HAL
open science

Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe-XXe siècle)

Amandine Duvillet

▶ To cite this version:

Amandine Duvillet. Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe-XXe siècle). Droit. Université de Bourgogne, 2011. Français. NNT : 2011DIJOD004 . tel-00697010

HAL Id: tel-00697010
https://theses.hal.science/tel-00697010

Submitted on 14 May 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE
Faculté de Droit et de Science Politique

THÈSE
Pour obtenir le grade de
Docteur de l'Université de Bourgogne
Discipline : Histoire du Droit

Présentée et soutenue publiquement par
Amandine DUVILLET

le 25 novembre 2011

Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe-XXe siècle)

Directeur de thèse
Madame Françoise FORTUNET, Professeur à l'Université de Bourgogne

Jury

Madame Virginie LEMONNIER-LESAGE, Professeur à l'Université de Rouen, Rapporteur

Monsieur Louis-Augustin BARRIÈRE, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Rapporteur

Monsieur Jean-Jacques CLÈRE, Professeur à l'Université de Bourgogne

Madame Françoise FORTUNET, Professeur à l'Université de Bourgogne, Directeur de thèse

L'Université de Bourgogne, la Faculté de Droit et de Science Politique n'entendent donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à présenter mes sincères remerciements à Madame le Professeur Françoise Fortunet qui a constamment manifesté son intérêt pour mes recherches. Je mesure le caractère décisif de sa présence pour l'achèvement de ces travaux. Au delà de ses diverses observations et rectifications apportées au cours de l'élaboration de cette thèse, nos nombreux dialogues m'ont permis d'analyser de manière pertinente mes développements.

Je remercie Madame Karen Fiorentino, Madame Léna Pertuy, et Monsieur le Professeur Jean Bart pour leurs conseils. Pour l'amabilité de leur accueil, je remercie le personnel de la Bibliothèque patrimoniale et d'étude de Dijon.

Ma profonde gratitude est adressée à Boris pour son concours (notamment au niveau de l'informatique), ses encouragements et sa patience. Je remercie tout particulièrement Christine, Marine, Laura, et René, ainsi que l'ensemble de ma famille et de mes amis pour leur soutien.

Introduction

Je vis avec une maitresse […] *sans être lié par les cérémonies du mariage.*[1] Ce fut ainsi, qu'au XVIIIe siècle, le chevalier Des Grieux avoua, à son père, son état de concubinage. Cette conduite regardée comme fautive lui valut des tourments considérables.

Au terme de plusieurs siècles de réprobation, le concubinage[2] a progressivement cessé de représenter un type d'union inhérente à une moralité douteuse. Depuis plus d'une dizaine d'années, le droit a reconnu, à côté du mariage, d'autres formes de conjugalité. La pluralité des modes d'union et de formation des familles est un phénomène nouveau qui ouvre le débat pour poursuivre la réforme du droit positif.

Pour l'ensemble des civilisations, même si les structures de parenté et d'alliance n'ont cessé de constituer une préoccupation, le mariage n'est pas forcément la norme immuable en matière de conjugalité. Ainsi, Jacques Poumarède rappelle que *le mariage et le cercle de famille qu'il est censé fonder ne sont en aucune manière une réalité simple, intemporelle, universelle mais au contraire une construction complexe et historique. Une construction à quatre dimensions : anthropologique, religieuse, juridique et politique qui sont apparues à des moments précis de l'histoire, qui ont évolué, et qui peuvent à tout moment disparaître*.[3]

Dans les sociétés occidentales, la cellule de base des familles obéit à un principe monogamique,[4] et durant les deux derniers millénaires, il n'y eut aucun bouleversement sur ce point. Cette cellule monogamique peut se présenter selon différents modèles que la société approuve ou réprouve, selon les époques. En l'occurrence, un modèle prévaut, celui du mariage. La place privilégiée occupée par le mariage est une constante tout au long de

---

[1] PRÉVOST Abbé, *Manon Lescaut*, Paris, Gallimard, 1972 (1re édition : 1731), Page 181.
[2] Selon l'étymologie, le concubinage désigne la communauté de lit (*cum cubare*).
[3] POUMARÈDE Jacques, « Mariage, concubinage ou la quadrature du cercle ? », dans NEIRINCK Claire (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, Actes du colloque de Toulouse, 21 juin 2007, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, Page 18.
[4] Sur ce point, *cf*. BONTEMS Claude, « Mariage et famille : l'originalité et les limites du modèle occidental », dans *Le Banquet*, N° 12, 1998, Pages 3-4.

l'histoire. Déjà, au cours de l'Antiquité romaine, l'institution du mariage était valorisée. Elle était considérée *comme point de départ et pierre angulaire de la culture humaine et de la vie civilisée en société*.[5] Regardant le rôle du mariage comme révélateur du fonctionnement des sociétés, Georges Duby analyse l'institution matrimoniale de la société féodale. *Les rites du mariage*, écrit-il, *sont institués pour assurer dans l'ordre la répartition des femmes entre les hommes, pour discipliner autour d'elles la compétition masculine, pour officialiser, pour socialiser la procréation. Désignant qui sont les pères, ils ajoutent une autre filiation à la filiation maternelle, seule évidente. Ils distinguent des autres les unions licites, ils attribuent aux enfants qui en naissent le statut d'héritiers* […]. *Le mariage fonde les relations de parenté, il fonde la société tout entière. Il forme la clef de voûte de l'édifice social.*[6] C'est pourquoi la manière dont se forment les familles intéresse l'État. La place symbolique occupée par le mariage au cours de l'histoire,[7] est incontestable, et sa remise en cause contemporaine suscite l'interrogation d'Irène Théry : le mariage constitue-il encore *l'horizon indépassable des relations entre les hommes et les femmes?*[8]

Au cours du XXe siècle, dans les sociétés occidentales, se produit une mutation de la perception de la famille, dont le mariage fut légalement la seule base durant les siècles passés. L'avènement des droits universels participe à cette mutation, en introduisant, au niveau supranational, une obligation positive de protection de la vie familiale, sans restreindre la notion de famille aux liens de parenté fondés sur le mariage. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, à l'article 16 § 3, dispose : *La famille est l'élément naturel et fondamental des sociétés et a droit à la protection de la société et de l'État*. En 1950, la Convention Européenne des Droits de l'Homme, à l'article 8 § 1, prévoit, pour toute personne, *le droit au respect de sa vie privée et familiale*, sans établir de distinction entre la famille légitime et la famille naturelle ; elle ne détermine pas un modèle familial spécifique. Sur un

---

[5] PETER Orsolya Marta, « L'image idéale du mariage et de la filiation à Rome », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Page 364.

[6] DUBY Georges, *Le chevalier, la femme et le prêtre*, Paris, Hachette Littératures, 1981, Page 23.

[7] THÉRY Irène, *Le démariage, Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1996, Page 14. Cet auteur souligne que *le mariage traditionnel, qu'il soit religieux ou laïcisé, exprimait toujours un lien profond entre un moment de notre histoire et les règles de l'alliance, l'idée qu'une même référence fondamentale présidait à toute la société, qu'on la pense divine, naturelle, ou fondée, comme la société moderne, sur le contrat. Cette référence, l'institution matrimoniale avait charge d'en être le symbole.*

[8] *Ibidem*.

plan national, la famille commence à être appréhendée juridiquement sans référence au mariage. La révolution des mœurs familiales, caractérisée par une chute de la nuptialité et un essor de la *concubinalité*,[9] s'engage dès le milieu des années soixante. A compter de cette époque, des réformes déterminantes relatives au droit des personnes et de la famille vont bouleverser l'ordre familial du Code civil. Le fondement de la famille n'est plus uniquement le mariage. Comme l'explique Jean Carbonnier : *La famille est désormais construite sur le couple* […]. *Le vocable remet en honneur la copula, la copula carnalis, l'union sexuelle. Par là même il entraîne le droit à moins discriminer entre les gens mariés et les autres.*[...] *il peut donc exister une famille qui n'ait pas été d'abord scellée par le sacrement, fût-ce le sacrement laïque reçu en mairie, mais seulement par des phénomènes affectifs.*[10] Le concept de famille est aujourd'hui protéiforme. En outre, la notion de bonnes mœurs est évolutive, les comportements tels que les concubinages que la société a pu juger comme des déviances ne sont désormais plus perçus de cette manière. A partir du moment où la société accepte la diversité des formes d'unions qui existe dans les faits, doit-elle continuer à l'ignorer dans le droit ; la réponse légale unique à l'union entre l'homme et la femme, qu'est le mariage, ne devrait-elle pas être adaptée à la complexité des situations ?

Il apparaît nécessaire de rappeler ce que furent les pratiques paramatrimoniales, antérieurement à la période étudiée. Nous ne traiterons pas de la pratique du concubinat chez les peuples orientaux de l'Antiquité,[11] pour nous intéresser directement au concubinat romain. Sous la Rome antique, divers types d'unions coexistaient avec l'institution du mariage, la restriction de l'accès au mariage impliquait cette pluralité de formes d'unions. Le mariage romain, appelé *matrimonium* ou *justae nuptiae*, était purement consensualiste. Sa formation ne requérait aucun acte solennel ; selon les périodes, elle reposait sur le consentement des *patres familias*, des futurs époux, ou des quatre.[12] Le mariage était réservé aux Romains

---

[9] Terme employé par CARBONNIER Jean, Préface dans RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique*, Tome I, Paris, Éditions du CNRS, 1986, Page 10.

[10] CARBONNIER Jean, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, Page 183.

[11] Sur le droit du concubinat dans le code d'Hammurabi, dans les lois assyriennes et dans les livres bibliques, *cf.* BOYER Laurent, « Concubinages et concubinats du code d'Hammurabi à la fin du XIXe siècle », dans RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *op. cit.*, Pages 128 à 130.

[12] *Le mariage, conclu primitivement par les parents pour le compte des enfants, est* […] *devenu un mariage conclu par les enfants avec une autorisation de leurs parents, dont ils peuvent se passer, quand les parents ne peuvent la donner ou la refusent injustement.* GIRARD Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1898, Page150.

(hormis ceux qui faisait partie des armées) car eux seuls étaient gratifiés du *conubium*,[13] c'est à dire du droit au mariage, qui permettait d'avoir des enfants légitimes. Les autres individus, qui constituaient la majorité de la population, n'étaient pas titulaires du *conubium*. Parmi ceux-ci, on distinguait les pérégrins, qui ne pouvaient se marier qu'entre eux (pour les époux issus de la même cité, leur loi pérégrine réglementait leur mariage, si ce n'était pas le cas, c'était le *ius gentium*). En 212 ap. J.-C., par l'édit de Caracalla, la citoyenneté fut concédée à la majeure partie des habitants libres de l'empire, ceci permit aux nouveaux citoyens d'acquérir le *conubium*. Les soldats ne pouvaient pas se marier (du moins tant qu'ils étaient aux armées), jusqu'au Bas-Empire à partir duquel le mariage leur fut autorisé. Quant aux esclaves, ils étaient cantonnés à la pratique de l'union de fait appelée *contubernium*. Ainsi, les unions de fait des pérégrins et des esclaves ne regardaient pas le *ius civile.*[14]

Une autre forme d'union allait finir par être régie par ce droit : le *concubinatus*. Pour la période de la Royauté, rien ne permet de confirmer que le concubinat existât déjà. La pratique du concubinat s'était installée au temps de la République.[15] Le droit romain prévoyait de nombreuses conditions de fond générales et spéciales qui varièrent selon les époques, dont, entre autres, celles destinées à éviter les mésalliances (notamment par l'interdiction des mariages entre patriciens et plébéiens, dont la suppression fut obtenue en 445 av. J.-C.), ou celle, d'ordre morale, qui prohibait le remariage de l'époux adultère avec son complice (qui datait de 18 av. J.-C.).[16] Ces conditions restreignaient la possibilité de se marier des citoyens romains, et pour ceux qui ne pouvaient pas se marier, la solution était le *concubinatus*.[17] Ce concubinat relevait également d'un choix de l'union libre pour un certain nombre de romains, plus particulièrement à partir du Haut-Empire.[18] Le *concubinatus* fut appréhendé, au gré des époques, de manière fort différente. Le concubinat, au cours du Haut-Empire, constituait une

---

[13] *Idem*, Page 151.
[14] JONES Huguette, « Mariage et union libre dans la Rome antique », dans DE PAGE Philippe, DE VALKENEER Roland, *L'union libre, Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles le 16 octobre 1992*, Bruxelles, Bruylant, 1992, Pages 37-38.
[15] *Idem*, Pages 42-43.
[16] Sur les empêchements au mariage, *cf. id.*, Pages 38-39.
[17] BOYER Laurent, *op. cit.*, Page 134 ; JONES Huguette, *ibidem*.
[18] Pour une étude des cas dans lesquels se pratiquait l'union libre, *cf.* GAUDEMET Jean, « Union libre et mariage dans la Rome impériale », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 376 à 380.

union de fait. L'absence d'*affectio maritalis*[19] le distinguait du mariage. Cette union était caractérisée par la continuité des relations, elle n'entrait donc pas dans le champ du *stuprum* (c'est à dire les relations passagères hors mariage), contre lequel la loi *Iulia de adulteriis* (18 av. J.-C.), promulguée par Auguste, prescrivit des peines. [20] Le concubinat ne fut pas reconnu juridiquement par Auguste, qui ne lui conféra pas d'effets civils. La majorité des jurisconsultes de l'époque admettaient la licéité du concubinat.[21] Des conditions similaires à celles édictées pour le *matrimonium*, étaient exigées pour que l'honorabilité du concubinat fut acquise (notamment la nubilité de la concubine, et que les concubins ne fussent pas proches parents ou alliés).[22] Toutefois, le concubinat n'était pas pour autant institutionnalisé.[23] Si le concubinat était accepté, il n'avait pas d'existence juridique en matière civile, par conséquent l'enfant naturel et son père n'avaient aucun lien légal. Il n'y avait pas de pères naturels, mais seulement des mères naturelles.[24] Une exception à l'inexistence de la filiation hors mariage *a patre* fut introduite par l'empereur Hadrien, qui, en 119 ap. J.-C., dans une constitution, accorda aux soldats le droit d'avoir pour héritiers *ab intestat* leurs enfants naturels.[25]

Sous le Bas-Empire, naquit une certaine hostilité envers le concubinat. A compter du moment où la société romaine se christianisa, s'annonça un *recentrage sur le mariage*.[26] D'une part, s'agissant du droit romain, il était moins conciliant vis-à-vis du concubinat, même s'il ne le confondait pas avec les autres conjonctions illégitimes. Sous l'empereur Constantin, qui tenait à protéger *l'honneur des familles*,[27] des lois particulièrement défavorables au concubinat furent promulguées : l'interdiction pour les hommes mariés d'entretenir une concubine, la prohibition des dons de concubin à concubine et l'incapacité pour les enfants naturels de recevoir des libéralités.[28] Les empereurs qui lui succédèrent firent, le plus souvent, preuve de moins d'intransigeance à l'égard des concubines et de leurs enfants. Le droit romain

---

[19] JONES Huguette, *op. cit.*, Page 40. Selon cet auteur, l'*affectio maritalis* […] *équivaut* […] *à la volonté de prendre épouse selon les usages et d'associer l'épouse à sa vie soiale.*

[20] *Cf.* ESMEIN Adhémar, « Le délit d'adultère à Rome et la loi *Julia de adulteriis* », dans *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, *Droit romain*, Paris, Larose et Forcel, 1886, Pages 93 (note 1) et 98-99.

[21] Sur cette question, *cf.* BOYER Laurent, *op. cit.*, Page 133.

[22] Sur l'honorabilité du concubinat, *cf. idem*, Page 134.

[23] Pour une critique de *la thèse du concubinat augustéen*, *cf. id.*, Page 132.

[24] GIRARD Paul Frédéric, *op. cit.*, Page 179.

[25] JONES Huguette, *op. cit.*, Page 41.

[26] CHASSAING Jean-François, « Famille romaine, famille chrétienne », dans BOUINEAU Jacques (dir.), Centre d'Études Internationales sur la Romanité, *La famille*, Paris, L'Harmattan, 2006, Page 190.

[27] GAUDEMET Jean, « Union libre et mariage dans la Rome impériale », *op. cit.*, Page 392.

[28] BOYER Laurent, *op. cit.*, Page 136.

chrétien établit l'existence juridique de la paternité naturelle. Ce qui aboutit à accorder aux enfants naturels un droit aux aliments, des droits de succession et la faculté d'être légitimés. Le droit romain finit donc par attribuer certains effets juridiques au concubinat. Une vocation successorale limitée pour la concubine fut prévue.[29] Le *Corpus iuris civilis* de Justinien distinguait le mariage et le concubinat, auquel il conférait un cadre juridique.[30] Dans ses *Novelles*, Justinien appréhendait le concubinat non plus comme une union de fait, mais comme une union *de iure*, un *inaequale conjugium*.[31] Ce fut ainsi que le concubinat devint une union régulière de second rang. D'autre part, la position de l'Église ne reflétait pas une défaveur unanime à l'égard du concubinat. La proscription ne fut pas immédiate puisque ce qui importait surtout à l'Église, c'était que l'union revêtit les caractères de monogamie et de perpétuité, et d'ailleurs, elle ne tolérait pas plus le divorce pour le concubinat que pour le mariage.[32] Au IIIe siècle, il est probable que le pape Callixte admit le concubinat.[33] En l'an 400, le 17e canon du concile tenu à Tolède reconnut le concubinat sous condition qu'il fut monogame (il défendit de refuser la communion à l'homme non marié vivant avec une concubine).[34] Des voix discordantes se firent entendre, entre autres, celle de Saint Augustin qui, dans sa 49e homélie, proscrivit la pratique du concubinage parce qu'elle était contraire à l'esprit du christianisme.[35] Toutefois, le Pape Léon Ier ne condamna pas encore le concubinat.[36] Ce que ne fit pas davantage, au début du VIIe siècle, l'évêque Isidore de Séville qui énonça qu'il était permis d'avoir une concubine à défaut d'épouse légitime.[37] Le modèle romain d'admission du pluralisme des formes de conjugalité, qui offrait des solutions

---

[29] *Cf. ibidem.*

[30] Sur cette question, *cf.* KARABELIAS Evangelos, « Le concubinat à Byzance : discipline ecclésiastique et droit impérial », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 743 à 748.

[31] *Cf.* BOYER Laurent, *op. cit.*, Page 137.

[32] NAZ R., *Dictionnaire de droit canonique*, Tome troisième, Paris, Letouzey et Ané, 1938, « Concubinage », col. 1514.

[33] Sur ce point, *cf.* GAUDEMET Jean, « Union libre et mariage dans la Rome impériale », *op. cit.*, Page 383.

[34] AMIABLE Louis, « De la condition des enfants illégitimes dans l'ancien droit français », dans *Revue historique de droit français et étranger*, Tome dixième, 1864, Pages 369-370.

[35] *Je vous dis qu'il n'est permis à l'homme vivant de forniquer ; soyez contens de vos Femmes ; si vous êtes sourds, Dieu entend mes paroles ; si vous les méprisez, que les Anges les écoutent : il ne vous est permis d'avoir Concubines, que vous pouvez avec le tems laisser pour vous marier à autres ; plus grièvement serez-vous condamnés, si vous prenez Concubines avec votre Femme.* Saint AUGUSTIN, cité par MUYART de VOUGLANS Pierre-François, *Institutes au droit criminel*, Paris, Le Breton, 1757, Page 492.

[36] Ce pape tolérait implicitement le concubinage, ceci ressort de l'une de ses lettres : *L'homme que l'on marie après avoir renvoyé sa concubine ne se remarie pas : ça n'était pas un plein mariage* […] *toute femme unie (juncta) à un homme n'est pas l'épouse (uxor) de cet homme.* Cité par DUBY Georges, *op. cit.*, Page 46.

[37] AMIABLE Louis, *ibidem*.

juridiques aux couples qui ne pouvaient accéder au mariage, fut progressivement annihilé par l'avènement d'un modèle unique : celui du mariage chrétien.

Au début de l'époque des royaumes barbares, le droit laïc ne condamnait pas le concubinat ; les capitulaires le reconnaissaient et distinguaient la concubine de l'épouse. L'oubli progressif du droit romain entraina la requalification du concubinat en simple union de fait, le concubinat perdit peu à peu toute existence légale et fit place au concubinage.[38] En effet, les princes francs, poussés par le clergé, entamèrent une lutte contre le concubinat, qui existait encore à l'état d'institution légale dans les provinces autrefois soumises aux Romains.[39] Le concubinat fut probablement définitivement proscrit par la législation laïque au cours de la période carolingienne, en effet, un capitulaire de cette époque, *fortement empreint de l'influence ecclésiastique*, décréta que l'union de l'homme et de la femme devait être un mariage régulier, et il prescrivit les conditions et les formes de ce mariage.[40] Par ailleurs, dans le droit matrimonial franc, une union de rang inférieur au mariage (la *Muntehe*) franc était reconnue : la *Friedelehe*.[41] Cette sorte de concubinage fut pratiquée de manière persistante dans l'aristocratie.[42]

Dès le IXe siècle, le mariage évinça peu à peu les *formes très profanes d'accouplement* et le concubinage dans les couches inférieures de la population.[43] Sur le plan du droit canonique, le pape Jean VIII, dans la seconde partie du IXe siècle, édicta la privation de tous les droits pour les fils nés d'un concubinage alors qu'antérieurement, seuls ceux nés d'une liaison passagère étaient visés par une telle sanction.[44] Au début du XIe siècle, l'évêque de Worms, Bouchard, dans un recueil de textes normatifs (le *Decretum*), établit une nette

---

[38] AMIABLE Louis, *ibid*. Cet auteur indiquait que *s'il faut en croire Cujas, le concubinat se serait maintenu jusqu'à son époque chez les Basques et les habitants des Pyrénées*.
[39] MORILLOT Léon, « De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge en Europe », dans *Revue historique de droit français et étranger*, Tome douzième, 1866, Page 182.
[40] AMIABLE Louis, *op. cit.*, Pages 374-375.
[41] DUBY Georges, *op. cit.*, Pages 46-47. *On utilisait cette conjugalité de seconde zone*, explique l'auteur, *pour discipliner l'activité sexuelle des garçons sans engager toutefois définitivement le destin de l'« honneur ». De tels ménages, en effet, naissaient des héritiers moins assurés que les rejetons de couples légitimes ; s'il advenait à leur père de contracter une alliance de rang supérieur, les enfants du second lit évinçaient ceux du premier. Moins ferme, l'union nouée de cette manière était fréquemment temporaire. Officielle cependant, rituellement conclue : le Morgengabe, prix de la virginité, acquitté au matin de la nuit nuptiale, en constituait le signe public.*
[42] *Cf. idem*, Pages 48-49.
[43] *Id*., Page 54.
[44] *Id.*, Page 55.

distinction entre le mariage légitime et le concubinage, en insistant sur la publicité des noces, et en instaurant, dans le pénitentiel, une peine (d'un tiers d'année d'abstinence) *pour celui qui a pris une femme sans la doter, sans venir à l'Eglise avec elle « pour recevoir la bénédiction du prêtre comme il est prescrit par les canons »*.[45] Alors que la liturgie nuptiale se développait, ce qui conduisait à une dépréciation du concubinage, les mouvements qualifiés d'hérétiques, qui apparurent au XIe siècle, contestèrent la bénédiction de l'union des corps, la jugeant *incongru ;* ils rallièrent ainsi à leur cause des prêtres concubinaires et des nobles qui ne voulaient pas se retrouver contraints à légitimer leur union.[46] A la fin du XIe siècle, dans la *Panormia*, l'évêque Yves de Chartes estimait que l'assimilation du concubinage au mariage aboutissait à son annihilation, il énonçait donc que *lorsque l'homme use de sa concubine comme d'une épouse, le couple est indissoluble*, dès lors il n'était plus autorisé à renvoyer une concubine pour se marier.[47] Le Décret de Gratien rapportait les décisions du concile de Tolède et de Isidore de Séville, et l'opinion de Saint Augustin,[48] il s'attachait à les concilier en considérant que le concubinage toléré était en réalité un mariage non solennel.[49] L'abolition du concubinat par le droit canonique semble avoir été explicitement énonçée pour la première fois, au XIIIe siècle, dans la collection de décrétales du pape Grégoire IX, qui contenaient une disposition défendant toute union charnelle hors mariage.[50] A cette époque, le concubinat romain avait complètement disparu de la presque totalité du territoire.[51]

L'Église classait le concubinage parmi les péchés de fornication, il se singularisait par rapport aux autres péchés de ce type car c'était un état permanent de péché par la répétition des relations sexuelles. Aux yeux des théologiens, il était le plus grave de ces péchés. Et au XIVe siècle, Panormitain (archevêque de Palerme), le considéra plus grave que la simple fornication, les canonistes suivirent son opinion.[52] Les sacrements et la sépulture ecclésiastiques étaient refusés aux concubinaires qui ne mettaient pas un terme à leur union

---

[45] *Id.*, Page 79.
[46] *Id.*, Pages 121-122.
[47] *Id.*, Page 176.
[48] AMIABLE Louis, *op. cit.*, Page 370.
[49] LÉVY Jean-Philippe, CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2010, Page 157.
[50] AMIABLE Louis, *ibidem*.
[51] MORILLOT Léon, *op. cit.*, Pages 365-366.
[52] BOYER Laurent, *op. cit.*, Pages 139-140.

irrégulière.[53] Le mariage chrétien strictement monogame et indissoluble, fut imposé par l'Église, mais il ne se démarquait pas avec certitude du concubinage. Un adage célèbre disait : *Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage, ce me semble*. Il s'agissait là d'une situation de fait, le mariage pouvait donc être prouvé par la cohabitation : *Homme et femme, ils vivent ensemble, même toit, même lit, au vu et au su du reste de la famille et du voisinage...*[54] La doctrine canonique classique permettait de prouver l'union matrimoniale par la possession d'état d'époux par le biais des trois éléments constitutifs de la possession : le *nomen*, le *tractatus* et la *fama* (repris de la possession d'état de filiation). Ces trois composantes étaient isolées par les canonistes afin de déterminer leur influence propre ou combinées avec certaines circonstances pour prouver un mariage.[55] Aux alentours de la fin du XIIIe siècle, l'adage fut complété dans un sens décisif : *mais il faut que l'Église y passe*.[56] Concernant la législation et la juridiction sur le mariage, le pouvoir séculier admit son incompétence en matière de sacrement dès le XIe siècle ; ce que Beaumanoir exposa (dans ses *Coutumes*, en 1283) dans les termes suivants : *de toutes les causes qui peuvent naître et devant le mariage et après le mariage,* […] *ne s'en doit mêler la laïque justice.*[57] Ainsi, la discipline canonique demeura la seule autorité sur le mariage durant six cents ans.

La *copula carnalis* s'avérait suffisante pour transformer des fiançailles en un véritable mariage. La validité du mariage s'appuyait sur une présomption, basée sur l'existence du consentement des parties qui était prouvé par la relation charnelle postérieure aux fiançailles. Cette présomption était irréfragable, Grégoire IX le décréta en 1234.[58] Les mariages *per verba de futuro carnali copula subsecuta* étaient valides s'il n'y avait pas d'empêchement canonique. Devant les officialités, une fois la preuve rapportée, les parties étaient sommées de célébrer

---

[53] GENDREL Michel, *Les mariages in extremis*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958, Page 12.

[54] CARBONNIER Jean, « Le droit entre le droit et le non-droit. Conclusion juridique pour un colloque de démographie sur la nuptialité », dans *Population*, 1992, Volume 47, Numéro 3, Pages 750-751.

[55] ESMEIN Adhémar, *Le mariage en droit canonique*, Tome premier, Paris, 1929, Libraire du recueil Sirey, Pages 222 à 225.

[56] CARBONNIER Jean, *ibidem*.

[57] BEAUMANOIR Philippe de, *Coutumes de Beauvaisis*, Tome premier, Paris, Alphonse Picard et fils, 1899, Chap. XI, § 313, Page 154.

[58] TOXÉ Philippe, « La *copula carnalis* chez les canonistes médiévaux », dans ROUCHE Michel (dir.), *Mariage et sexualité au Moyen Age, Accord ou crise?*, Colloque international de Conques, Paris, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2000, Page 126.

leur mariage *in facie ecclesie*, afin de le rendre public.[59] La théorie des mariages présumés se révélait utile car le concubinage était encore fréquemment pratiqué.

Au cours des siècles suivants, les concubinaires étaient régulièrement poursuivis par les juridictions ecclésiastiques.[60] Entre 1499 et 1504, l'officialité archidiaconale de Paris punit 50 affaires de concubinage caractérisé (parmi lesquelles 15 concernaient des membres du clergé).[61] De même, dans le diocèse de Troyes, les couples irréguliers étaient sanctionnés par les autorités de l'Église, par exemple, vers 1490, l'official condamna à une amende un maître d'école qui n'avait épousé sa concubine qu'après quinze mois de vie commune.[62] Le concile de Bâle (1431-1449) prescrivit l'excommunication pour punir les laïcs coupables de concubinage.[63] En France, les dispositions de la Pragmatique Sanction de Bourges de 1438, qui adopta le décret du concile de Bâle et qui fut elle-même confirmée par le Concordat de Bologne de 1516, devinrent la règle en matière de condamnation des concubinaires.[64] Dans la glose de la Pragmatique Sanction de Bourges, Guymier[65] affirmait que le concubinage était un délit ecclésiastique.[66] Mais, les officialités se virent, dès le XVIe siècle, dépossédées de ce contentieux par les juridictions royales. La Pragmatique fut interprétée, au XVIIIe siècle dans ce sens : le paragraphe relatif au concubinage[67] *doit s'entendre de l'obligation des pasteurs de travailler à la conversion des concubinaires par de salutaires exhortations, et par l'exemple d'une vie chaste et sainte, et non pas d'un pouvoir qu'il leur donnerait de procéder contre eux dans les formes de la juridiction contentieuse.*[68] Par ailleurs, les mesures prévues par la

---

[59] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Les officialités à la veille du concile de Trente*, Paris, LGDJ, 1973, Pages 176-177.

[60] ESMEIN Adhémar, *Le mariage en droit canonique*, 2e édition, mise à jour par R. GÉNESTAL et J. DAUVILLIER, Paris, Libraire du recueil Sirey, 1929-1935, Tome second, Page 353.

[61] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *ibidem*, note 131.

[62] SOLÉ Jacques, *Être femme en 1500, La vie quotidienne dans le diocèse de Troyes*, Paris, Perrin, 2000, Pages 142-143.

[63] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, 2e édition, Tome Premier, Lyon, Duplain, 1770, « Concubinage », Page 645.

[64] MORILLOT Léon, « De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge en Europe », dans *Revue historique de droit français et étranger*, Tome douzième, 1866, Pages 165-166.

[65] Cosme GUYMIER, canoniste de l'Université de Paris, mort en 1503 (la glose date de 1486).

[66] ESMEIN Adhémar, *ibidem*.

[67] Paragraphe *Cum omne*, II, *De concubinariis*, titre X, ratifié dans le titre XIII du Concordat, De *publicis concubinariis.*

[68] *Traité des deux puissances ou Maximes sur l'abus*, par l'abbé de Foy, Paris, 1752, Page 315, cité par ESMEIN Adhémar, *ibid*, note 4.

Pragmatique à l'encontre des concubinaires, continuèrent à s'appliquer après le concile de Trente, puisqu'il n'avait pas été reçu en France.[69]

A l'aube des Temps modernes, dans le peuple des campagnes, les comportements sexuels semblent empreints d'une certaine licence, en effet, les mœurs n'étaient pas entravées par le sentiment peccamineux. Les cohabitations prénuptiales, basées sur un simple échange des promesses, étaient fréquentes dans les milieux ruraux. Mais, la célébration devant l'Église s'imposa progressivement comme le passage obligatoire précédant la vie maritale.[70] La limite entre le concubinage et le mariage restait, par conséquent, incertaine.

Le point de départ de la recherche est le XVIe siècle (ce qui n'exclura pas quelques retours dans un passé plus lointain, pour éclairer nos propos). En effet, ce fut avec le concile de Trente qu'une rupture décisive s'opéra, le mariage, d'un acte purement consensuel devint un acte solennel soumis à des conditions de formes. Les mesures conciliaires marquent l'apogée du combat contre l'illégitimité. Le pouvoir royal s'attacha à reprendre à son compte la nouvelle discipline matrimoniale en la renforçant. La démarcation entre le mariage et le concubinage était désormais parfaitement lisible. En parvenant à dissocier formellement le mariage du concubinage, les autorités royales pouvaient s'attaquer de front à ceux qui s'engageaient clandestinement ou qui ne s'engageaient pas dans les liens du mariage. Au surplus, la théorie des mariages présumés, grâce à laquelle certains concubinages étaient assimilés à des mariages devint inopérante. En effet, le rôle joué par la *copula carnalis* perdit toute valeur lorsque le concile de Trente prescrivit une forme solennelle d'échange des consentements.

Avec le renforcement du pouvoir royal, la monarchie adopta une conception politique de l'institution matrimoniale, l'ordre familial devant assurer l'ordre social. Ce qui se traduisit par la mise en œuvre d'un contrôle parental sur le mariage (par la sanction de l'exhérédation).

---

[69] C'était ce qu'affirma Durand de Mailliane : *La disposition de la Pragmatique qui adopta le décret du Concile de Basle contre les concubinaires clercs et laïcs, et qu'a confirmé le Concordat, doit servir plutôt que le Concile de Trente de règle en cette matière dans nos tribunaux*. DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, 2e édition, Tome premier, Lyon, Duplain, 1770, « Concubinage », Page 645.

[70] BÉRARD Pierre, « Le sexe entre tradition et modernité, XVIe XVIIIe siècle », dans *Cahiers internationaux de Sociologie*, Volume LXXVI, PUF, Paris, 1984, Pages 136-137, 141.

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. Les ordonnances royales apportèrent un habillage séculier à la conception canonique du mariage. Elles entamèrent un processus qui trouva sa conclusion avec la loi du 20-25 septembre 1792 laïcisant le mariage.

Le mariage était l'unique source de légitimité familiale. A la fin du XVIIe siècle, Domat, le *jurisconsulte des magistrats*, dans son *Traité des loix* qui précédait *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, soutenait la parfaite cohérence de ce système familial : *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 qui règlent l'état des enfants qui en naissent.*[71] La procréation dans le mariage était favorisée à la fois par l'Église et par l'État, ce qui conduisait à vilipender la filiation illégitime. *Un auteur Grec dit qu'il y a quelque chose de divin dans la naissance légitime, et que ceux qui en sont privés sont appelés par les Grecs, comme éloignés de la Divinité*, ainsi était illustrée la supériorité de l'enfant légitime par un juriste du XVIIIe siècle.[72] La présomption de paternité, *Pater is est quem nuptiae demonstrant*,[73] se révélait être, depuis des siècles, l'effet primordial du mariage ; d'autant plus qu'elle participait à la préservation de la paix des familles, préoccupation majeure pour la société. A propos de la preuve de la légitimité des enfants, Bourjon résumait *le droit commun de la France* de la façon suivante : *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 tranquilité des familles ; ce seroit s'en écarter, que de tenter de l'affoiblir par de certains faits apparents ; elle subjugue impérieusement le fait et même la raison.*[74] Il s'agit là

---

[71] 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.

[72] CHORIER Nicolas, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape, dans ses décisions*, Seconde édition, Grenoble, Veuve d'André Giroud, 1769, Page 191, note a.

[73] Pour une étude détaillée de cette adage, *cf.* LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 393 à 401.

[74] BOURJON François, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, Tome premier, Nouvelle édition, Paris, Grangé et Cellot, 1770, Page 20.

de la différence, en matière de droit de la filiation, entre le mariage et le concubinage. Il est notable que la transposition de la présomption de paternité applicable au mariage au concubinage était une construction juridique, qui avait tout d'abord été introduite, dans une certaine mesure, très limitée, par le droit canonique, pour être, longtemps après, abondamment soulevé au cours de la seconde moitié du XIXe siècle.

Avec le siècle des Lumières, une société nouvelle émergeait avec une transformation des mœurs et des concepts nouveaux tels que le droit au bonheur et la liberté individuelle. L'historien belge Jos Van Ussel souligne qu'à compter du XVIIIe siècle, *l'union apparut comme une entité précédant la famille* […]. *De la même évolution, qui fit de l'union une institution considérée, naquit aussi l'amour libre (l'union non formelle) qui progressa depuis la fin du XVIIIe siècle. On revendiqua également la possibilité de divorcer* […].[75]

Sous la Révolution, le respect du modèle unique de conjugalité prévalut, l'institution du mariage civil laïcisa la norme, sans la bouleverser. En effet, le droit canonique avait laissé son empreinte sur le mariage, le socle exclusif de la famille. 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.[76] Ce droit au bonheur dans le couple trouva ici sa limite puisqu'il n'induisit aucunement la reconnaissance légale du concubinage. Il faut remarquer que les couples irréguliers avaient commencés à proliférer dans les milieux populaires dès 1750, que le phénomène du mariage tardif se traduisait par des unions pré-conjuguales,[77] et enfin que les frais d'Église et les dépenses à engager pour les noces rendaient le mariage inaccessible pour les plus pauvres.[78] Au cours du siècle suivant, le phénomène du concubinage des nouvelles classes ouvrières s'amplifia.

---

[75] VAN USSEL Jos, *Histoire de la répression sexuelle*, Paris, Robert Laffont, 1972, Page 117.

[76] BART Jean, « Le but de la société est le bonheur commun », dans *Les déclarations de l'an I*, Colloque de Poitiers, 2 et 3 décembre 1993, Paris, PUF, 1995, Page 142.

[77] GOUBERT Pierre et ROCHE Daniel, *Les Français et l'Ancien Régime*, Tome 2 : *Culture et société*, Paris, Armand Colin, 1984, Page 138. Les auteurs observent ce comportement : *A Paris et dans les grandes cités que traversent les routes du compagnonnage, on vit en concubinage ostentatoire en dépit du curé et du commissaire, et ce n'est pas l'indigence qui dicte les conduites mais l'attente prolongée dans une chasteté impossible et illusoire pour de jeunes célibataires qui se préparent au saut matrimonial.*

[78] FARGE Arlette, *La vie fragile : violence, pouvoirs et solidarités à Paris au XVIIIe siècle*, Paris, Hachette, 1986, Pages 89-90. L'auteur établit que *le concubinage ne se vit pas de la même façon selon les couches*

En 1804, le Code civil présenta la famille légitime, basée sur le mariage-institution comme le pilier de la société, ce qui n'est pas sans rappeler l'esprit de la législation royale de l'Ancien Régime sur ce même sujet ; et il ne permit aucune dérogation à ce modèle familial. La consolidation du modèle du mariage bourgeois, du mariage d'intérêt, caractérisa toute la première partie du XIXe siècle. L'abolition du divorce en 1816 fut inhérente au repli sur une vision conservatrice du mariage. Les couples de concubins étaient l'objet d'une nette réprobation sociétale. Le concubinage *est préjudiciable aux individus comme à l'ordre social.*[79] Pour De Bonald, *le concubinage est une union sans engagement de former société.*[80] L'opinion conservatrice ne pouvait accepter l'union hors mariage, cet état n'était pas rassurant pour les classes supérieures, d'où les politiques facilitant l'accès au mariage.

La rupture avec l'ordre familial traditionnel s'engagea avec le rétablissement du divorce. Et elle se poursuivit avec les avancées législatives relatives aux enfants naturels. Pour autant, il faut souligner que si l'institution du mariage s'était quelque peu libéralisée, dès la fin du XIXe siècle, avec le démantèlement du veto parental, ce fut surtout à dessein de combattre le concubinage. Jean Carbonnier écrit à ce propos : *Dans les milieux bourgeois* […], *le refus du consentement paternel opérait finalement comme une incitation à l'union libre, si bien qu'encourager les fils de famille à passer outre fut une manière d'encourager leur retour à la norme. Le droit, c'est-à-dire la société, a semblé abandonner sa coalition traditionnelle avec l'institution familiale, mais c'était en pensant à des situations exceptionnelles où les parents, par attachement à leurs intérêts propres, acceptaient de faire courir un risque à l'ordre social.*[81] La place du mariage restait prépondérante et ce, notamment, dans la perception qu'en avait la sociologie moderne. En effet, on relève qu'à la fin du XIXe siècle, Durkheim était un fervent défenseur du mariage comme institution, et il

---

sociales : sorte de polygamie pour les plus riches, c'est souvent une affaire d'amour et de pauvreté pour les autres, plus misérables, n'ayant pas assez d'argent pour se marier.

[79] LAROUSSE Pierre, *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle*, Tome IV, Genève-Paris, Slatkine, 1982, « Concubinage », Page 862.

[80] Cité par LAROUSSE Pierre, *ibidem*.

[81] CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 2001, Pages 258-259.

prévoyait un rôle croissant du mariage dans la famille moderne.[82] Sa conception de la famille était celle d'une institution organisée par l'État, par le biais du mariage civil.[83]

L'acceptation d'une diversité des formes de conjugalité, va se diffuser dans les dernières décennies du XXe siècle. Au tout début des années 1970, Jos Van Ussel, en constatant le phénomène de la révolution sexuelle, écrit : *On devrait chercher, reconnaître et soutenir des alternatives au mariage et à la famille. Il serait faux de croire que des institutions vieilles de quelques siècles seulement soient si parfaites, que l'humanité ne soit pas capable d'y apporter des améliorations ou de les remplacer par d'autres formes de vie commune. Étant conscient que la famille et le mariage donnent à beaucoup de gens la plus grande satisfaction possible, on a cependant reconnu que tous ne sont pas capables de se sentir à l'aise dans ces institutions. Par respect du mariage, on devra donc empêcher que ces gens ne soient forcés de se marier. La critique actuelle du mariage et de la famille ne signifie absolument pas la fin de ces institutions, car, d'une part, cette critique est déjà vieille de plusieurs siècles, et d'autre part, elle était, au tournant du siècle, plus violente et plus radicale qu'aujourd'hui*.[84] Dans une toute autre perspective, dans la décennie suivante, Philippe Ariès tend à rapprocher le mariage et l'union libre sous l'angle de la permanence de l'union : *Aujourd'hui, peu importent l'origine et la nature du lien, ce qui compte est sa durée. A la limite, et sans qu'on l'avance et qu'on le dise, un vrai mariage (peu différent d'une union libre qui résiste) n'est pas créé par un acte à la mairie ou à l'église, ni par un choix préalable, fragile, mais par le fait de sa durée*.[85]

Les réformes en matière de droit familial, accomplies dans la seconde partie du XXe siècle, montrent que la conservation de la famille, et le maintien du mariage dans son cadre juridique peuvent être acquis sans pour autant nier l'existence d'une famille naturelle. A

---

[82] SINGLY François de, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Armand Colin, 2007, Page 17.
[83] THOMAS Jean-Paul, « Le renouvellement des approches théoriques de la famille au XIXe siècle », dans LÉVY Marie-Françoise (dir.), *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Paris, O. Orban, 1989, Pages 379. L'auteur explique que cela est *conforme à la logique révolutionnaire qui invite les citoyens à faire reconnaître leurs unions devant des magistrats civils*.
[84] VAN USSEL Jos, *op. cit.*, Page 321.
[85] ARIÈS Philippe, « L'amour dans le mariage », dans *Communications*, 1982, Volume 35, N° 1, Page 122.

propos des réformes réalisées de 1964 à 1975, Jean Carbonnier souligne que *le mariage était* [...] *hors-débat. Non point qu'il ne pût y avoir de famille sans mariage* […].[86]

L'émergence de l'existence juridique de la famille naturelle implique un questionnement sur le statut du couple hors mariage, et sur celui des enfants naturels, au cours des cinq derniers siècles. Quelles sont les lignes directrices du long processus qui, partant de la suprématie de l'institution matrimoniale, se traduisant par la condamnation des unions hors mariage, aboutit à l'admission d'un pluralisme conjugal ?

La première partie s'étendra du XVIe siècle à la fin de l'Ancien Régime. Il y sera question de montrer qu'à partir du XVIe siècle, sous l'impulsion des mesures édictées lors du concile de Trente, et par la législation royale en matière matrimoniale, le mariage moderne devint un modèle exclusif et excluant, dans l'objectif d'éviter les mariages clandestins et l'assimilation au concubinage. Nous analyserons dans quelle mesure les unions paramatrimoniales, plus facilement détectables, purent dès lors être châtiées. Et nous traiterons des moyens directs de répression, parmi lesquels les peines infligées par l'Église, ou par le droit séculier en cas de concubinage scandaleux. Il paraîtra intéressant d'observer que sous l'ancien droit, malgré la présence de statuts différents, tel celui des esclaves, de religions distinctes tel le protestantisme, une seule solution, en terme de conjugalité, forgée par le droit canonique, celle du mariage chrétien, s'imposa à tous les sujets du royaume, excepté les clercs qui n'avaient accès ni au mariage, ni au concubinage. De surcroît, nous consacrerons une part des développements aux procédés indirects destinés à sanctionner les concubins, c'est-à-dire par la stigmatisation des enfants nés des unions concubinaires et par la prohibition des libéralités.

Dans la deuxième partie, nous aborderons la période révolutionnaire où certaines alternatives en termes de conjugalité furent exposées et durant laquelle les enfants nés hors mariage, au nom de l'égalité, furent intégrés dans la famille, sans qu'il n'y eût pour autant de mise en péril de l'ordre matrimonial et familial. Par la suite, à travers l'avènement du Code civil, nous percevrons comment les rédacteurs du Code cherchèrent à régir l'institution matrimoniale, en l'encadrant et en la protégeant, dans un but politique de contrôle social par le

---

[86] CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, Page 201.

biais des familles légitimes. Mais, nous nous attacherons à souligner, qu'au cours du XIXe siècle, la norme conjugale, se trouva récusée, de manière souvent non délibérée, par la population ouvrière et indigente, malgré les incitations à se marier restées insuffisantes à enrayer ce phénomène. L'analyse se portera ensuite sur le mouvement d'idées progressistes, de la seconde moitié du XIXe siècle, en faveur des enfants naturels, qui contribua aux avancées législatives. Puis, elle se penchera sur l'appréhension nouvelle de l'union libre qui s'amorça au XXe siècle, et sur les premiers effets conférés au concubinage, sous le joug des critiques des juristes. Enfin, nous constaterons que, malgré le dernier sursaut, dans les années trente et sous le régime de Vichy, pour renforcer la famille légitime, la voie était ouverte vers l'acceptation d'une pluralité des formes d'unions.

Première partie : L'appréhension juridique des concubinages du concile de Trente à la fin de l'Ancien Régime

Dès la fin du XVIe siècle, l'institution matrimoniale fut réglementée, par des dispositions conciliaires et par la législation royale, de façon à protéger la conception de la famille chrétienne, fondée sur le mariage, et à rejeter le concubinage dans l'illicéité, afin de l'annihiler.

Au cours des siècles précédents, l'Église catholique avait établi des règles relatives au mariage, ce sacrement dont la matière constituait un contrat consensuel. A l'issue du concile de Trente, les mesures réglementaires figurant dans le décret *Tametsi*, édicté par les Pères du concile, instaurèrent *la seule césure véritable*,[87] puisque le mariage fut réformé pour devenir un acte solennel. De plus, des dispositions conciliaires rappelèrent que le concubinage était un péché, par conséquent, les coupables, laïcs ou membres du clergé, furent condamnés à l'expier à travers de lourdes sanctions. Néanmoins, comme le déclarait un juriste de la fin de l'Ancien Régime : *cette rigueur, conforme à la pureté de notre Religion, est adoucie par notre institution civile*,[88] laquelle ne prononçait pas de peine directement à l'encontre de cette débauche (Titre I). Ce fut donc à travers leur descendance que les couples concubinaires étaient frappés puisqu'elle était déclarée illégitime ; de plus, ils étaient sanctionnés sur le plan patrimonial puisque les libéralités entre concubins étaient prohibées (Titre II).

---

[87] *Cf.* BERNHARD Jean, « Évolution du sens de la forme de célébration du mariage dans l'Église d'occident », dans *Revue de droit canonique*, 1980, Volume 30, N° 1-2, Page 187. L'auteur explique qu'il s'agit là de la « *doctrine commune » en la matière* et veut démontrer que *le décret Tametsi s'inscrit dans la ligne de la conception consensualiste du mariage.*

[88] FOURNEL, *Traité de la séduction considérée dans l'ordre judiciaire*, Paris, Demonville, 1781, Page 34.

Titre I – Des couples hors la loi, la répression morale et civile sous l'empire de l'ancien droit

Ce désordre si contraire à la pureté de nos mœurs, et aux règles de l'Evangile, n'a pas laissé de se glisser parmi les Chrétiens, […] *toute conjonction hors le mariage solemnel est illicite.*[89] La distinction entre le mariage et le concubinage s'établit clairement à partir du concile de Trente, et fut confortée par la législation royale, qui empiéta sur le monopole de l'Église en matière matrimoniale (chapitre 1) ; les couples qui choississaient délibérement le statut de concubinaires ou qui se trouvaient dans cette situation, faute de pouvoir accéder au mariage, subissaient une profonde réprobation (chapitre 2).

Chapitre 1 – L'illégitimité des unions par rapport au droit canonique et aux ordonnances royales

Jusqu'à la fin du XVIIIe siècle, la conception canonique du mariage a continué d'imprégner les mœurs, son rôle était jugé essentiel quant à la régulation de la société. Restif de la Bretonne rapportait l'importance que son père attachait à l'union matrimoniale : *il conçut par cette lecture* [la lecture de la Bible] *que le mariage est le seul état légitime de l'homme, et qu'à moins d'empêchements physiques, c'est un crime d'en prendre un autre.* [90] Dans son récit, cet écrivain envisageait le mariage comme un acte social primordial. En effet, le mariage était un sacrement dont la valeur était fondamentale dans la France d'Ancien Régime. Le mariage civil n'existait pas, et la seule forme d'union acceptée et acceptable était un mariage recevable comme tel par l'Église. Au sortir du Moyen Age, la démarcation entre l'état d'époux légitimes et celui de concubins s'avérait encore très floue. Ainsi, pour remédier aux désordres provoqués par ces incertitudes, furent élaborées des règles précises concernant la formation du lien matrimonial tant sur le plan du droit canonique (section 1), que sous l'angle du droit séculier (section 2).

---

[89] BRILLON P.-J., *Nouveau dictionnaire civil et canonique de droit et de pratique*, Paris, Besoigne, 1697, « Concubinage ».
[90] RESTIF DE LA BRETONNE, *La vie de mon père*, Paris, Garnier Frères, 1970 (1re édition : 1779), Page 29.

Section 1 : La nouvelle discipline matrimoniale et l'incrimination du concubinage : les dispositions tridentines

Au début du XVIe siècle, l'Église possédait une compétence exclusive en matière matrimoniale. La doctrine canonique portant sur le lien conjugal ayant été remise en cause, l'Église répondit aux critiques émanant des humanistes et de la Réforme, pendant les débats sur le mariage du concile de Trente (§ 1). Le décret *Tametsi*, pris à la fin du concile, établit des règles à respecter pour la formation du lien matrimonial, les unions devaient être conclues selon les nouvelles prescriptions (§ 2). Le mariage devenu un acte solennel, la préoccupation évidente était que ceux qui ne pouvaient désormais plus s'unir par un mariage clandestin[91] se retrouvassent dans un état de concubinage ; et ainsi, les concubinaires furent clairement sanctionnés afin d'éviter ce type de relations contraires à la foi (§ 3). Les décrets tridentins ne furent pas publiés dans le royaume de France (§ 4). Les laïcs relevaient du juge d'Église uniquement sur le plan spirituel, les autorités ecclésiastiques menaçaient des foudres de l'excommunication les coupables de concubinage ou de cohabitation prénuptiale (§ 5). Pour reprendre les termes d'un commentaire d'un arrêt du 28 octobre 1685 du parlement de Dijon : *Le simple concubinage qui est un péché mortel devant Dieu, et par conséquent digne de sa vengeance* […].[92]

§ 1 : Le concile de Trente, élément de la réforme catholique, face aux critiques à l'encontre de la doctrine canonique du mariage

Le Concile de Trente avoit été convoqué pour extirper les erreurs de Luther et de Calvin, pour réformer les mœurs des Ecclésiastiques et principalement ceux de la Cour de

---

[91] NAZ R., *Dictionnaire de droit canonique*, Tome troisième, Paris, Letouzey et Ané, 1938, « Clandestin », Col. 795. *D'une manière générale, on appelle clandestin tout ce qui se fait en secret et en dehors des prescriptions d'une loi. Un acte est clandestin quand il est accompli sans les solennités juridiques prévues par le législateur.*
Idem, « Clandestinité », Col. 795. *D'une façon stricte, la clandestinité s'applique surtout au mariage. Le sens de ce mot a évolué au cours des âges. Actuellement il est bien plus complexe que dans l'antiquité, parce qu'il englobe des éléments plus nombreux et que les formalités requises pour la célébration du mariage ont été en se précisant.*

[92] PERRIER François et RAVIOT Guillaume, *Arrests notables du Parlement de Dijon*, Tome second, Dijon, Augé, 1735, Question CCLXXV. *Infra* § 5.

Rome, qui avoient donné un prétexte plausible de schisme et de séparation à ces Hérésiarques.[93]

En effet, au XVIe siècle, l'Église catholique devait affronter d'importants bouleversements en son sein, conséquences de la Réforme. Une affirmation claire et précise des points de doctrine controversés était une nécessité.[94] C'est Martin Luther, au cours de son combat contre les abus commis par l'Église, qui fut à l'initiative, le 28 novembre 1518, d'un appel au concile général ; il renouvela cet appel le 11 octobre 1520. Il avait dans l'optique de faire de ce concile le juge de son conflit avec la papauté.[95] Après plusieurs tentatives qui échouèrent (Mantoue 1537, et Vicence 1539), le Pape Paul III réunit trente-quatre évêques à Trente le 13 décembre 1545.[96] *Le Roy de France avoit été celui de tous les Princes de la Chrétienté qui avoit le plus contribué à la convocation de ce Concile, qu'il avoit jugé nécessaire pour la conservation de la Foy, et dont il avoit souhaité la continuation, dans l'espérance de rétablir par cette voye la paix et l'union parmi ses sujets, que la diversité de Religion commençoit à troubler.*[97]

Ce concile œcuménique[98] siégea jusqu'en 1563 (avec un transfert à Bologne de 1547 à 1549 et deux interruptions). L'ambition essentielle du concile avait été de redéfinir précisément la foi catholique, notamment en ce qui concerne la justification, le péché originel, les sacrements: plus spécifiquement l'ordre, la pénitence et l'eucharistie, le sacrifice de la messe et le mariage.[99] L'autorité attachée à un concile œcuménique tel que celui de Trente *est*

---

[93] RASSICOD Etienne, « Dissertation sur la réception et l'autorité du Concile de Trente en France », dans *Notes sur le Concile de Trente*, Bruxelles, Foppens, 1708, Page 1. Cette « Dissertation » a été reprise (revue et corrigée) par LE RIDANT, *Examen de deux questions importantes sur le mariage*, s. n., 1753, Pages 344 à 400.
[94] FEUILLAS Michel, « Concile de Trente, 1545-1563 », dans BLUCHE François (dir.), *Dictionnaire du Grand siècle*, Paris, Fayard, 1990, Page 375.
[95] TALLON Alain, *Le concile de Trente*, Paris, Les éditions du cerf, 2000, Page 13.
[96] FEUILLAS Michel, *idem*, Page 375.
[97] RASSICOD Etienne, *idem*, Page 1.
[98] VACANT A., MANGENOT E. (dir.), *Dictionnaire de théologie catholique*, Tome troisième, Paris, Letouzey et Ané, 1911, « Conciles », col 641. *Un concile « œcuménique » ou « universel » est l'assemblée solennelle des évêques de tout l'univers, réunis à l'appel et sous l'autorité et la présidence du pontife romain pour délibérer et légiférer en commun sur les choses qui intéressent la chrétienté entière.*
[99] BLET Pierre, « Conciles », dans BÉLY Lucien, *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, PUF, Paris, 1996, Page 307.

à la fois la plus haute et la plus solennelle qui existe dans l'Église, elle impose des lois disciplinaires universelles et prononce infailliblement sur les questions de foi et de mœurs.[100] De façon générale, la doctrine catholique considère que ce concile de Trente *est célèbre par tout ce qu'il a fait pour opposer une véritable et sage réforme de l'Église aux excès et aux innombrables erreurs de la pseudo-réforme protestante.*[101]

La réforme protestante s'était imposée dans une partie de la chrétienté occidentale et avait établit, en quelque sorte, *un droit canonique protestant*[102] qui s'éloignait sur de nombreuses questions de la discipline catholique concomitante. L'un des domaines où les controverses ont été considérables est celui de l'institution matrimoniale. C'est la raison pour laquelle l'Église romaine, à travers les mesures édictées par le concile de Trente, a explicité et consolidé sa législation en matière matrimoniale.

Dès les débuts du XVIe siècle, la doctrine classique de l'Église concernant le mariage fut contestée et débattue. Selon le droit canonique, le mariage était un acte purement consensuel, des problèmes se posaient puisque la validité de l'engagement restait douteuse. Le principe de consensualisme impliquait d'une part qu'aucune règle de publicité n'était imposée pour la validité du mariage, facilitant de ce fait les mariages clandestins. D'autre part, le consensualisme avait pour incidence que le consentement des parents au mariage des enfants n'était pas requis à peine de nullité. A l'appui de ce postulat, l'Église soutenait que le mariage étant un sacrement, chacun devait avoir la possibilité d'accéder à cette voie de sanctification. Et, elle affirmait que les enfants (ayant atteint l'âge de la nubilité) déterminaient librement leur état de vie puisqu'ils étaient des personnes libres.[103]

Les tenants de l'humanisme et du protestantisme combattaient avec vigueur les risques induits par le consensualisme. Dès 1516, Érasme avait déprécié, de façon voilée, le caractère sacramentel du mariage et il était réticent quant à la forme consensuelle de la formation du lien matrimonial. Dans les *Annotationes Novi Testamenti*, il souhaitait montrer que le

---

[100] VACANT A., MANGENOT E. (dir.), *op. cit.*, Tome troisième, « Conciles », col. 664.
[101] *Idem*, « Conciles », col. 672-673.
[102] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, Paris, Cerf, 1987, Page 277.
[103] BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *L'époque de la Réforme et du Concile de Trente*, dans LE BRAS Gabriel et GAUDEMET Jean, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident*, Tome XIV, Paris, Cujas, 1990, Pages 212-213.

problème du mariage chrétien était qu'on le contractait sans peine mais qu'il était impossible de le dissoudre (alors que pour les païens et pour les juifs, le consentement des parents était nécessaire et la rupture du mariage était possible). Il blâmait les mariages clandestins : *Les mariages faits en cachette entre de tout jeunes gens, avec le concours d'entremetteuses, sont néanmoins considérés comme indissolubles et sacramentels.*[104] Selon Érasme, la validité des mariages clandestins reposait sur la théorie selon laquelle il suffit que les paroles de présent eussent été prononcées entre les futurs conjoints pour former le mariage, sans que l'accord préalable des parents fût nécessaire pour rendre l'union valable. Dans son dialogue, *Virgo misogamos*, il mettait en cause cette disposition reconnue par le droit canonique en expliquant *qu'une telle loi n'émanait pas de Dieu, mais d'un cénacle de moines, qu'elle était contraire à la nature, aux lois anciennes, à la loi de Moise, à la doctrine évangélique et apostolique.*[105] Pour éviter ces mariages clandestins, Érasme émit l'idée que des règles de publicité fussent exigées de telle façon que la sanction du non-respect de ces règles impliquât la nullité du mariage.[106]

Alors qu'Érasme ne dénigrait pas le pouvoir pontifical et ne contestait pas son autorité, Luther, quant à lui, rejetait les traits fondamentaux du droit matrimonial canonique issu du droit des décrétales.[107] D'abord, en 1520, dans l'ouvrage *De captivitate babylonica Ecclesiae*, se produisit la rupture complète : Luther repoussa la doctrine canonique en refusant de considérer le mariage comme un sacrement. Ensuite, à travers deux traités,[108] il approfondit son argumentation théologique contestant l'enseignement de l'Église catholique sur le lien matrimonial. Ainsi, les critiques émises par les réformateurs à l'encontre du droit canon étaient nombreuses tant face aux graves inconvénients qu'entrainait la clandestinité qu'à l'égard de la conversion des fiançailles en mariage par la *copula carnalis* ou de la sévère contrainte de l'indissolubilité...[109] A propos de la clandestinité, Luther affirmait que le mariage

---

[104] ÉRASME, *Opera* […], Leyde, 1703-1706, VI, 698, cité par BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *op. cit.*, Pages 213-214.
[105] ÉRASME, *Colloquia*, cité par PLATTARD Jean, « L'invective de Gargantua contre les mariages contractés sans le sceu et adveu des parents », dans *Revue du XVIe siècle*, Tome XIV, 1927, Page 384.
[106] ÉRASME, *Opera* […], *op. cit.*, V, 627-651, cité par BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *op. cit.*, Page 214.
[107] BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *op. cit.*, Pages 215- 216.
[108] *Vom ehelischen Leben,* 1522 ; *Von Ehesachen* , 1530.
[109] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, *op. cit.*, Page 279.

était, *de droit divin, un état public*, et que cela commandait la présence de témoins.[110] Luther nommait mariages clandestins ceux contractés sans le consentement des parents et il insistait beaucoup plus sur celui-ci que sur la nécessité de témoins. *Même s'il y avait mille témoins à des sponsalia qui se font à l'insu et contre la volonté des parents, ces mille témoins ne peuvent être comptés que comme un seul parce qu'ils agissent dans l'ombre et non la lumière.*[111] Ce consentement des parents, Luther le jugeait nécessaire et conditionnant la validité du mariage.[112] Quant à Calvin, dans l'*Institution de la religion chrestienne* (parue en français en 1541), dans le chapitre intitulé *Cinq autres cérémonies qu'on a faulsement appeléez sacremens*, il critiquait l'attitude des théologiens catholiques, qui après avoir forgé le principe du caractère sacramentel du mariage, *ont tiré par devers eux la cognoissance des causes matrimoniales ; d'autant que c'étoit chose sacrée à laquelle ne devoit toucher les juges laycs. D'avantage, ils ont ordonné loix, pour confirmer leur tyrannye, mais lesquelles sont en partie meschantes contre Dieu, en partie injustes contre les hommes, comme sont celles qui s'ensuyvent : que les mariages faictz entre jeunes personnes, qui sont soubz la puissance de leurs parents, sans le consentement de leurs dicts parens, demeurent fermes et immuables* […].[113]

Tout comme Érasme, Rabelais souleva la question des règles du droit canonique classique relatives au mariage des enfants de famille. Dans *Le Tiers Livre des faicts et dicts Heroïques du bon Pantagruel*, il abordait le problème des lois matrimoniales qui permettaient aux enfants de se marier *sans le sceu et adveu de leurs peres et meres*. [114] A cet effet, son personnage, Gargantua, qui projetait de marier son fils Pantagruel, disait réprouver celles-ci : *Car de mon temps a esté par le continent trouvé pays on quel ne sçay quelz pastophores Taulpetiers,*[115] […] *les quelz ont dict loix ès gens mariez sus le faict de mariage.* Il reprochait à ces lois qu'il qualifiait de *malignes et barbaricques*, d'être *toutes* […] *à l'adventaige de leurs*

---

[110] *Cf.* BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, op. cit., Page 219. *Dieu ordonne que toute affaire soit décidée sur la parole de deux ou trois témoins*.
[111] LUTHER, *Von Ehesachen*, *D. M. Luthers Werke*..., Weimar, 1883, XXX, 3, Page 207, cité par BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, op. cit., Page 219.
[112] GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Page 281.
[113] CALVIN, A. Lefranc, Chatelain et Pannier, 1541, Chap. XIII, Page 706, cité par PLATTARD Jean, *op. cit.* Page 383.
[114] RABELAIS, *Le Tiers Livre des faicts et dicts Heroïques du bon Pantagruel*, Paris, M. Fezandat, 1552 (1re édition : Paris, Christian Wechel, 1546), Chapitre XLVIII.
[115] Ces termes désignent les moines.

Mystes,[116] *nul au bien et proufict des mariez, qui est cause suffisante pour les rendre suspectes comme iniques et fraudulentes.* Le géant expliquait à son fils qu'aux termes de cette législation, le consentement des parents n'était pas nécessaire pour le mariage des enfants et que, dès lors, une fille subornée et ravie à ses père et mère se trouvait légitimement mariée à son ravisseur, si un prêtre célébrait l'union : *Moyenantes les loigs dont je vous parle, n'est ruffien, forfant, scelerat, pendart, puant, punais, ladre, briguant, voleur, meschant en leurs contrées qui violentement ne ravisse quelque fille il vouldra choisir, tant soit noble, belle, riche, honneste, pudicque que sçauriez dire, de la maison de son père, d'entre les bras de sa mere, maulgré tous ses parens, si le ruffien se y ha une foys associé quelque Myste* […].[117]

Il s'agissait donc d'une question sur laquelle nombre de juristes s'interrogèrent à l'époque, parmi lesquels Jean de Coras, professeur de droit à Toulouse, futur conseiller au parlement de cette ville, et plus tard engagé au sein de l'Église réformée. Il dénonçait, dans ses *Miscellanées de droit civil* (publiées en 1549), les mariages clandestins et plaidait pour leur nullité. Pour lui, la nécessité du consentement des parents au mariage des enfants se fondait sur le droit divin et le droit humain, et il soutenait que les canonistes se méprenaient.[118] Il s'appuyait sur les idées d'Érasme, et mentionnait également des jurisconsultes et des empereurs romains, l'Ancien Testament et Innocent III ; il réprouvait les mariages clandestins scellés entre des jeunes gens *légers, vains, sots, imprudents, mus par quelque passion secrète.*[119] Selon lui, une union clandestine s'avérait plus proche d'un état de concubinage que d'un véritable mariage. En 1556, Henri II promulgua un édit contre les mariages clandestins.[120] Jean de Coras poursuivait son combat, conforté par l'édit, dans son *Petit discours et briève résolution sur les mariages clandestinement et irrévéremment contractés par les enfants de famille, au desceu, ou contre le gré, vouloir et consentement de leurs Pères et mères*. Il y reprenait l'argumentation utilisée dans ses *Miscellanées,* mais en langue française et non plus en latin, considérant que ce sujet n'était pas réservé aux *doctes et*

---

[116] *Myste* se disait *des initiés aux mystères du paganisme ; les humanistes appliquaient ces termes aux religieux.* PLATTARD Jean, *op. cit.*, Page 382.
[117] RABELAIS, *idem*, Chapitre XLVIII.
[118] PLATTARD Jean, *idem*, Pages 385-386.
[119] CORAS Jean de, *Miscellaneorum iuris civilis, libri sex*, Lugduni, G. Rouillium, 1549, ch .I, 17, Pages 51 à 53, cité par BOLOGNE Jean Claude, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Hachette Littératures, 2005, Page 217.
[120] *Infra* Section 2, § 1.

scavans.[121] Il exposait que les enfants mariés *témérairement et à la volée* devaient *être ôtés du catalogue des hommes*. De telles unions ne pouvaient pas être appelées des mariages: *Qui êt celui tant défavori de cervelle, raison, ni entendement, qui juge deux jeunes personnes imprudentes, indicrètes, follattres enivrées de quelque vaine intention, cupidité lascive, affexion impudique, parolles de maquereaux, ou autre passion, et volonté déréglée, et par ainsi assemblées, contre la loi de Dieu et de nature, honneur et révérence deuë aux parents etre conjoints de Dieu ?* Et il achevait : *Je di, être chose trêcertaine, trêconstante, et trêvéritable, le mariage contracté par les enfants, sans le vouloir, consentement, et autorité des pères, être de tout droit divin, naturel, et humain invallable, et de nul éfet.*[122] Ce juriste démontrait donc que de telles unions étaient *illégitimes* car elles étaient contraires *non seulement à la loi de Dieu et de nature, mais encore de tout droit et raison humaine*.[123] Il admettait des exceptions à la nullité : *le consentement tacite du père qui ne poursuit pas son fils en justice; la consommation qui rend valide tout mariage; l'absence du père pendant plus de trois ans, qui empêche de demander son consentement, et les atermoiements du père, qui perd toute autorité sur sa fille s'il ne l'a pas mariée à vingt-cinq ans*.[124]

Au sein de l'Église catholique, dans la première moitié du XVIe siècle, un important mouvement d'opinion en faveur d'une réforme du mariage, était apparu, en raison des sérieux inconvénients des unions clandestines. En 1530, la question fut soulevée lors de la publication d'une collection de conciles (faisant partie de textes anciens qui avaient été retrouvés). Parmi ces textes, une lettre du pape Evariste (fin du Ier siècle) réprouvait les mariages clandestins ; Gratien l'avait reprise en partie dans ses décrets. En fait, la lettre n'était pas authentique, mais on l'ignorait. Une section du texte, que Gratien avait omis, rapportait la condamnation des mariages clandestins à une tradition apostolique. Cet aspect fut soulevé en 1536, au cours du concile provincial de Cologne où le vicaire général, Jean Gropper souhaita que cette question fût traitée lors d'un concile général.[125] En 1545, Jean Gropper reprit ce thème dans un ouvrage, il y prôna la nullité des mariages clandestins, conclus *par amour plutôt que pour Dieu*. Pour lui, il était nécessaire qu'il y eût une dimension religieuse dans la convention

---

[121] CORAS Jean de, *Des mariages clandestinement... contractés,* Toulouse, Pierre du Puis, 1557, cité par PLATTARD Jean, *id.*, Page 386.
[122] CORAS Jean de, *idem*, Pages 8-9, 47 et 86, cité par BOLOGNE Jean Claude, *idem*, Pages 217-218.
[123] CORAS Jean de, *id.*, cité par PLATTARD Jean, *id.*, Page 386.
[124] BOLOGNE Jean Claude, *id.*, Page 218.
[125] *Id.*, Page 220.

passée par les mariés pour que ce fût un sacrement.[126] Son analyse peut être rapprochée de l'argumentation protestante. Elle fut reprise pendant les travaux préparatoires du concile de Trente à Bologne en 1547. En 1555, Gentien Hervet, un humaniste français présent lors du préconcile, publia un mémoire sur le sujet.[127]

Les inconvénients posés par la clandestinité inquiétaient en raison du risque de mésalliance.[128] Sous la pression de la noblesse qui souhaitait l'interdiction des mariages clandestins, la royauté dut s'imposer en légiférant dans le domaine du mariage, jusqu'ici réservé à l'Église, tel fut l'objet de l'édit de Henri II en 1556.[129] Ce sujet controversé des mariages clandestins se posa donc lors des débats du concile sur le mariage.

§ 2 : Les décisions conciliaires relatives à la législation matrimoniale : la doctrine nouvelle introduite par le décret *Tametsi*

Le concile de Trente établit une théorie du mariage nouvelle sur nombre de points.
Les premières sessions (1545-1548) traitaient principalement du dogme catholique, les Pères conciliaires y attestèrent du caractère sacramentel du mariage. La liste des sept sacrements fut établie au cours de la VIIe session (mars 1547) reprenant celle fixée par le concile de Florence. En 1563, le caractère sacramentel du mariage fut réaffirmé: *les saints Pères, les conciles et la tradition de l'Église universelle ont toujours enseigné que le mariage devait être compté parmi les sacrements de la Loi nouvelle*.[130] Douze canons furent consacrés à contrer les méprises relatives à la doctrine catholique sur le sacrement de mariage. Parmi les canons *De sacramento matrimonii*, le premier canon énonçait : *Si quelqu'un dit que le mariage n'est pas vraiment et proprement l'un des sept sacrements de la loi évangélique institué par le Christ Notre-Seigneur, qu'il est une invention humaine* [introduite] *dans l'Église, qu'il ne*

---

[126] GROPPER Jean, *Enchiridion christianae institutionis* (*Manuel d'institution chrétienne*), cité par BOLOGNE Jean Claude, *id.*, Page 220.
[127] *Gentiani Heruetti Aurelii Oratio ad concilium, qua suadetur, ne matrimonia quae contrahuntur a filiis familias sine consensu eorum in quorum sunt potestate, habeantur deinceps pro legitimis*, Parisiis, apud Martinium Iuuenem, 1556, cité par BOLOGNE Jean Claude, *op. cit.*, Page 220.
[128] VACANT A., MANGENOT E., AMANN E. (dir.), *Dictionnaire de théologie catholique*, Tome neuvième, Paris, Letouzey et Ané, 1927, « Mariage», col 2233.
Pour une définition de la mésalliance, *infra* Section 2, § 1.
[129] *Infra* Section 2, § 1.
[130] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, *op. cit.*, Pages 287 à 289.

confère pas la grâce, qu'il soit anathème. Le cinquième, le sixième et le septième canon étaient relatifs à l'indissolubilité (les causes de divorce autorisées par les protestants furent refusées). Et le douzième affirmait : *Si quelqu'un dit que les causes matrimoniales ne sont pas de la compétence des juges ecclésiastiques, qu'il soit anathème.*[131]

C'est donc vers la fin de sa tenue, que le concile souleva la question du mariage et apporta ses réponses dans les décrets de réforme, y compris sur des sujets essentiels tels l'indissolubilité du lien matrimonial et à travers d'autres mesures contenues dans *les canons sur le sacrement du mariage*.[132] Lors de la Congrégation de Théologiens qui s'attacha à partir du 9 février 1563, à débattre du droit du Concile d'édicter la nullité des mariages clandestins, commença une controverse. D'un coté Maillard, doyen de la Sorbonne, soutenait que l'Église n'avait pas la faculté d'intervenir en la matière, *qu'elle ne sçauroit faire qu'un Sacrement, légitime dans le temps présent, fût invalide à l'avenir ;* et qu'on ne pouvait exiger la publicité de la célébration, *le premier mariage entre Adam et Eve, qui est le modèle des autres, s'étant fait sans témoins*. Et de l'autre, le jésuite Salmeron considérait *que l'Eglise a tant de pouvoir sur la matiere des Sacrements, qu'elle peut y altérer tout ce qui n'est pas de leur essence ; que les qualités de « public » ou de « secret » étant accidentelles au mariage, l'Eglise peut ordonner sur ces qualités ce que bon lui semble , et par conséquent exiger pour sa validité qu'il fût public.*[133] Le 24 juillet 1563, les ambassadeurs envoyés par le roi de France sollicitèrent les pères du Concile afin que les mariages clandestins et ceux contractés sans le consentement des parents par les enfants de famille fussent frappés de nullité.[134] En novembre 1563, s'ouvrit la XXIVe session du concile, le mariage fut à l'ordre du jour avec la promulgation d'un décret d'ordre disciplinaire sur ce sujet.[135] Le décret *de reformatione matrimonii* comprenait dix chapitres.[136] Le premier chapitre était nommé par le mot par lequel

---

[131] VACANT A., MANGENOT E., AMANN E. (dir.), *op. cit.*, Tome neuvième « Mariage », col. 2246.
[132] *Cf.* GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Page 288 à 290.
[133] FRA-PAOLO, *Histoire du Concile de Trente*, liv.7 (PALLAVICINI démentait, dans son *Histoire,* ce que rapportait Fra-Paolo à propos de l'avis du Doyen Maillard), cité par POTHIER, Traité du contrat de mariage, Tome premier, Paris, Debure, 1771, Pages 430-431.
[134] BASDEVANT Jules, *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au code civil*, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de l'Université de Paris, Paris, Larose et Forcel, 1900, Page 24.
[135] NAZ R., *op. cit.*, « Clandestinité », col. 802.
[136] ESMEIN A., *Le mariage en droit canonique,* Deuxième édition mise à jour par R.GENESTAL et J. DAUVILLIER, Tome second, Paris, Libraire du recueil Sirey, 1929-1935, Page 192. *Le décret « de*

il commençait : *Tametsi*.[137] Il concernait les mariages clandestins. Les pères de Trente ne touchèrent pas la matière et la forme du sacrement de mariage, le décret *Tametsi* imposa seulement des solennités et énonça que les mariages célébrés d'une façon clandestine, donc sans respecter les formes prescrites, étaient nuls et invalides. La *cause efficiente du mariage* restait inchangée, elle provenait bien du consentement mutuel des conjoints.[138]

Tout d'abord, pour assurer la publicité des mariages, le décret *Tametsi* fixait des conditions quant à l'obligation de publication des bans (obligation instituée par le concile de Latran de 1215 mais sans qu'aient été précisés le nombre ni le lieu des bans[139]) : pendant trois dimanches consécutifs, au cours de la messe (ou aux jours de fêtes), le propre curé des futurs époux annonçait les noms de ceux-ci.[140] Si les parties n'étaient pas domiciliées dans la même paroisse, les bans devaient être proclamés dans la paroisse de chacune d'elle (de façon à pouvoir déceler d'éventuels empêchements).[141] La publication des bans n'était pas requise à peine de nullité du mariage.[142] Le défaut de publication était passible de peines et de déchéances.[143] Les futurs époux pouvaient solliciter une dispense totale ou partielle de bans auprès de leur évêque.[144] S'agissant de la phase antérieure à la célébration du mariage, le décret recommandait aux futurs conjoints de ne pas habiter ensemble avant d'avoir reçu la bénédiction nuptiale.[145] Selon Thomas Sanchez, il ne s'agissait pas d'un péché mortel, puisque dans ce cas le décret n'aurait pas seulement exhorté à vivre séparément mais l'aurait

---

clandestinis » était complètement fondu avec les dispositions « de abusibus circa sacramentum matrimonii », et cela constituait un « decretum de reformatione matrimonii » divisé en dix chapitres.

[137] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, *op. cit.*, Page 290.

[138] NAZ R., *op. ci*t., « Clandestinité » col. 802.

[139] *Cf.* BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *op. cit.*, Page 261. Le décret *Tametsi* était plus précis que le canon 51 du concile de Latran qui avait transformé en loi l'ancienne coutume des publications de mariage.

[140] PETOT Pierre, *Histoire du droit privé français*, La famille, Paris, Loysel, 1992, Page 440.

[141] ESMEIN A., *op. cit.*, Pages 195-196.

[142] *Infra* Section 2, § 2.

[143] *Cf.* ESMEIN A., *op. cit.*, Page 200. *Les peines étaient fixées par le quatrième concile de Latran, souvent renforcé par des statuts synodaux.*

[144] *Idem*, Pages 196-197.

[145] BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *op. cit.*, Page 261.

Cf. ESMEIN A., *op. cit.*, Page 201. Une seconde exhortation *leur est adressée, celle de se confesser et de recevoir la communion avant de contracter mariage, ou au moins trois jours avant la consommation du mariage.* Ces deux exhortations ne sont prescrites qu'à titre de conseil.

imposé.[146] Le concile, toujours dans le but de favoriser la publicité du mariage, prescrivait que dans chaque paroisse, le curé avait pour mission la tenue d'un registre où devait figurer les mariages, le jour et le lieu de leur célébration ainsi que les noms des époux et ceux des témoins. Cette disposition ajoutait à ce qui se pratiquait déjà une qualité légale, *ces registres dorénavant font pleinement foi et preuve.*[147]

Le concile imposa le caractère public de la célébration religieuse du mariage : *le changement essentiel qu'il apporte et qui bouleverse le droit traditionnel de l'Église, c'est qu'il entoure l'échange des consentements d'une certaine solennité.*[148] Le décret prévoyait une célébration *in facie ecclesiae*,[149] où les futurs époux échangeaient leurs consentements en présence de leur propre curé (ou d'un autre prêtre ayant reçu l'autorisation de l'évêque) et de deux ou trois témoins. Ensuite, le prêtre devait donner la bénédiction nuptiale : *Je vous unis en mariage au nom du père, du Fils et de l'Esprit Saint*.[150] Au prêtre n'était attribué qu'une assistance passive, son rôle se cantonnant à sa seule présence. L'échange des consentements n'était valable qu'en présence du curé et des témoins ; toutefois, selon la doctrine, l'intervention du curé quand il interrogeait les parties sur leur consentement et leur donnait la bénédiction nuptiale n'était pas de la substance du mariage.[151] Dans le cas où les futurs époux ne résidaient pas dans la même paroisse, les curés de chaque paroisse étaient également compétents.[152]

---

[146] SANCHEZ Thomas, De Matrimonii Sacramento, liv. VIII, d. XII, n°7, 8, 9, 10, cité par FLANDRIN Jean-Louis, *Les amours paysannes*, Paris, Gallimard, 1993, Page 232. De plus, Thomas Sanchez estimait : *Je tiens pour certain que ce n'est pas péché mortel de consommer avant les bénédictions de l'Église* […] *Et je tiens pour problable* […] *que ce n'est pas (même) véniel.* Il posait toutefois trois conditions : *Qu'il n'y ait pas mépris (des bénédictions de l'Eglise)* […] *; à condition qu'il n'en résulte pas de scandale* […] *; à condition que dans ce diocèse on n'ait pas porté d'excommunication contre ceux qui consomment avant les bénédictions* […].
Thomas Sanchez (1550-1610) était un jésuite espagnol, la première édition de son traité du mariage parut au début du XVIIe siècle.
[147] ESMEIN A., *op. cit.*, Pages 214-215.
[148] PETOT Pierre, *op. cit.*, Page 441.
[149] BEAUCHET Ludovic, « Étude historique sur les formes de célébration du mariage dans l'ancien droit français », dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1882, Page 639, Note 1. *La locution « en face d'Église » ne signifie pas que le mariage doive être célébré dans le temple, mais devant l'Église considérée comme corps et dont le curé est le représentant pour ses paroissiens.*
[150] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, *op. cit.*, Page 293, Note 28. D'autres formules, reprenant des usages régionaux, pouvaient être utilisées.
[151] PETOT Pierre, *op. cit.*, Pages 441-442.
[152] ESMEIN A., *op. cit.*, Pages 202-203.

La première disposition du décret n'édictait pas la nullité du contrat en cas de mariage clandestin. Ceux qui comptaient s'unir de cette façon étaient passibles d'incapacité personnelle.[153] En effet, les parties étaient juridiquement incapables de contracter mariage sans les solennités requises, obligatoires désormais.[154] Il s'agissait donc là d'un nouvel empêchement dirimant, les Pères du concile créaient une nouvelle incapacité, le droit de l'Église défendait ainsi de s'unir de façon clandestine, de la même façon qu'il ne permettait pas les mariages entre parents proches depuis qu'avaient été établi des empêchements relatifs dirimants concernant la parenté. Cette nouvelle prohibition était applicable aux mariages contractés postérieurement au décret du concile, les mariages clandestins étaient déclarés nuls pour l'avenir. Cette théorie de l'incapacité personnelle (*inhabilitatio personarum*) fut adoptée par le concile, pourtant elle était controversée, certains[155] émettaient des objections en considérant que l'incapacité tenait *simplement à une forme du contrat, c'était bien celui-ci que l'on visait au fond*.[156] En plus de l'invalidation des mariages clandestins, le décret *Tametsi* avait menacé tous ceux qui participeraient à la conclusion de telles unions : [...] *Le saint concile ordonne que le curé ou tout autre prêtre qui aura été présent à de tels contrats avec un nombre de témoins moindre qu'il n'est prescrit, que les témoins qui y auraient assisté sans la présence du curé ou du prêtre autorisé, et les parties contractantes elles-mêmes soient sévèrement punis à la discrétion de l'Ordinaire*.[157]

Sur le consentement des parents au mariage, le concile, à l'issue de plusieurs projets qui échouèrent,[158] repoussa le dessein d'en faire une condition essentielle du mariage. Le décret prévoyait l'anathème contre ceux qui soutenaient que les mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement des parents étaient nuls. Le décret *de reformatione matrimonii* énonçait *que l'Église, tout en affirmant que les mariages clandestins sont « vera et rata »*[159]*, et qu'il n'est pas au pouvoir des parents de confirmer ou d'annuler le mariage de*

---

[153] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Pages 21-22.
[154] NAZ R., *op. cit.*, « Clandestinité », col. 803.
[155] BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *op. cit.*, Page 262. Des canonistes, *à la suite de Sanchez.*
[156] ESMEIN A., *op. cit.*, Pages 185-186.
[157] BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *op. cit.*, Page 262.
[158] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, *op. cit.*, Page 290-291.
[159] POTHIER, *Traité du contrat de mariage,* Tome premier, Paris, Debure, 1771, Pages 429-430. *Par ces termes , « rata* […] *& vera », le Concile déclare que ces mariages étoient non-seulement de vrais mariages, en tant que contrats civils, mais même qu'ils étoient Sacrements ; c'est ce que signifie ce terme « RATA » dans le langage des*

leurs enfants, contracté sans leur consentement, a toujours détesté ces deux catégories de mariages.[160] Ainsi, les thèses des réformateurs en la matière furent contredites. Et les pères du Concile ne répondirent pas à la demande de nombreux états qui souhaitaient que le consentement des parents fût une condition de validité du mariage. Le consentement mutuel des époux suffisait, et cela n'allait pas dans le sens, voulu par les pouvoirs laïcs, d'une répression claire de la part de l'Église à l'encontre des mariages clandestins ; sur ce point, *le concile eut donc le courage de s'opposer aux valeurs dominantes, patriarcales et nobiliaires*.[161]

Le concile ayant ainsi délibéré, et réglé la question des mariages clandestins, il était désormais moins aisé de confondre les mariages et les unions concubinaires ; il fut alors question d'envisager ce point particulier, celui du concubinage.

§ 3 : Le chapitre VIII du décret *de reformatione matrimonii* : les peines encourues par les concubinaires

Les Pères de Trente redoutaient que la condamnation des mariages clandestins risquât fortement d'entraîner des relations de couple sous forme de concubinage. Ils édictèrent une série de mesures répressives à l'encontre du concubinage des laïcs dans le premier projet de *canones super abusibus circa sacramentum matrimonii*. *Tous ceux, de quelque rang et dignité qu'ils fussent, mariés ou non mariés, qui entretenaient des concubines devaient être par trois fois et d'office avertis par l'évêque, et, s'ils persistaient, ils étaient de plein droit frappés d'excommunication, jusqu'à ce qu'ils fussent rentrés dans l'ordre et eussent obtenu l'absolution de l'évêque. S'ils restaient sous le coup de cette excommunication pendant une année, il pouvait être procédé contre eux comme il était procédé contre les hérétiques, et ils*

Canonistes , comme on peut le voir au chapitre 7, « ext. de divort. » où Innocent III dit: que quoique le mariage des infideles soit un vrai mariage, il n'est pas « RATUM », pour dire qu'il n'est pas Sacrement […]. *C'est une fort mauvaise objection que de dire que si ces mariages sont Sacrements, l'Eglise ne doit pas les détester. Je réponds qu'elle les déteste comme elle déteste les mauvaises dispositions dans lesquelles on confere & on reçoit les autres Sacrements, qui ne laissent pas d'être Sacrements, nonobstant ces mauvaises dispositions.*
BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *op. cit.*, Page 260. *Le décret affirme,* [...], *que ces mariages conclus librement sont valides et véritables (« vera ac rata »), tant que l'Eglise ne les aura pas rendus nuls* [...].

[160] VACANT A., MANGENOT E., AMANN E. (dir.), *op. cit.*, Tome neuvième, « Mariage », col. 2246.

[161] TALLON Alain, *op. cit.*, Page 76.

étaient soumis aux peines édictées contre les adultères et les personnes suspectes d'hérésie. Quant aux femmes vivant publiquement en état de concubinage, après une triple monition de la part de l'évêque, si elles n'avaient pas obéi, l'ordinaire devait, même d'office, les frapper de peines sévères, et même de l'exil s'il le trouvait bon.[162] Ces règles paraissaient d'une sévérité exagérée et surtout les moyens nécessaires pour l'application des sanctions ne pouvaient être mis en œuvre partout compte tenu de la présence accrue du pouvoir séculier. Ainsi, la discussion sur ce projet contint nombres de critiques. *Dès le début de la discussion, le cardinal de Lorraine vint déclarer qu'en France les droits du pouvoir temporel s'opposeraient à l'exécution de ces mesures, et d'autres proposèrent d'invoquer directement l'appui du bras séculier. La peine de l'exil, édictée contre les concubines, souleva particulièrement des réclamations ; quelques-uns seulement l'approuvaient* […]. *Il n'était pas jusqu'à l'excommunication de plein droit qui ne fut critiquée. Enfin, plusieurs faisaient remarquer qu'on devrait faire une différence entre les concubinaires mariés et non mariés.*[163] Le projet fut remanié dans le sens d'une moins grande sévérité. Ce second projet *contenait le même système de monitions que le premier, mais il remplaçait l'excommunication de plein droit par une excommunication ferendae sententiae ; il ne livrait plus les concubinaires endurcis aux inquisiteurs, mais seulement à la juridiction de l'ordinaire ; enfin, il ne prononçait plus contre les concubines la peine de l'exil proprement dit, et permettaient seulement à l'évêque de les chasser de la ville ou du diocèse, en invoquant, s'il était besoin le bras séculier*.[164] Ce fut ces dispositions qui furent adoptées et reprises dans le texte définitif.

Ainsi, le concile de Trente condamna les concubinaires. *C'est une lourde faute,* dit-il, *que des hommes libres vivent criminellement avec des femmes ; mais c'est encore une faute plus grave pour un homme marié de fouler aux pieds la dignité du sacrement, jusqu'à mener cette vie de damnation en introduisant et en nourrissant quelquefois dans la maison des femmes étrangères.*[165] Au chapitre VIII du décret *De reformatione matrimonii*, il menaçait donc les réfractaires de la peine de l'excommunication. Il décida que ceux-ci, *tant libres que mariés, qui, après avoir été avertis par l'évêque de renvoyer leurs concubines, auront négligé, ou refusé de le faire, soient punis de la peine d'excommunication et qu'ils n'en soient point*

---

[162] ESMEIN A., *op. cit.*, Pages 349-350.
[163] *Idem*, Pages 351-352.
[164] *Id.*, Page 352.
[165] VACANT A., MANGENOT E. (dir.), *op. cit.*, Tome troisième, « Concubinage », col. 799.

relevés jusqu'à ce qu'ils obéissent aux monitions qui leur ont été faites. Il ajouta, *que si, au mépris de ces censures, ils demeurent encore pendant un an entier avec leurs concubines, dans ce cas, ils doivent être punis sévèrement par l'évêque, suivant la qualité du crime*.[166] La Sainte Congrégation du concile[167] précisa les mesures punissant le concubinage, tout d'abord en 1587 dans une réponse à l'évêque de Vintimille, elle expliqua *qu'avant d'excommunier un concubinaire, il fallait lui adresser trois monitions séparées*. Ensuite, la Congrégation dut répondre à une controverse née au Portugal entre juges ecclésiastiques et laïques et portant sur l'interprétation du chapitre VIII, elle décida que *la triple monition n'est pas nécessaire, sinon quand on procède à l'excommunication ; il n'y a pas à attendre un an après l'excommunication pour infliger les autres peines*.[168]

Encore fallait-il, pour que ces dispositions pussent être effectives, que les canons du concile fussent reçus en France.

§ 4 : La réception des décrets tridentins

Un court délai avait été prévu par les Pères de Trente pour l'entrée en vigueur du décret Tametsi, en effet il était prescrit à la fin de ce texte qu'il devait être appliqué *dans chaque paroisse trente jours après sa publication dans la paroisse*. En 1564[169] et 1565, trois bulles papales avaient accrédité et imposé les décisions conciliaires.[170] Mais la publication du décret qui garantissait l'application dans le monde catholique ne fut que partielle. Les textes tridentins furent reçus et introduits dans les législations de la Pologne, du Portugal, des cantons catholiques suisses, de Florence et de Venise. En Allemagne, les décisions conciliaires firent l'objet d'une application irrégulière, selon les paroisses. En Espagne, elles ne furent

---

[166] JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Tome troisième, Paris, Debure Père, 1771, Titre XI, Article 2.

[167] BLUCHE François, « Concile de Trente (Prestige et leçons du)», dans BLUCHE François (dir.), *Dictionnaire du Grand siècle*, Paris, Fayard, 1990, Page 378. La congrégation du concile avait été créée par Pie IV (1559-1565), Pie V (1566-1572) accrut ses privilèges et sa compétence, et Sixte Quint (1585-1590) lui conféra sa forme finale.

[168] NAZ R., *op. cit.*, Tome troisième, « Concubinage », col. 1515.

[169] RASSICOD Etienne, « Dissertation sur la réception et l'autorité du Concile de Trente en France », *op. cit.*, Page 11. Le Pape *avoit ordonné dès l'année 1564 que le Concile commenceroit d'obliger dans toute la chrétienté au mois de May de cette même année*.

[170] BLUCHE François, « Concile de Trente (Prestige et leçons du)», *idem*, Page 378.

acceptées que *sous réserve*. Aux Pays-Bas, la publication des textes tridentins fut imposée par Philippe II, la régente Marguerite de Parme et le duc d'Albe (concile provincial d'Utrecht, 1565) ; toutefois, eu égard à la prééminence du calvinisme, la publication dut être réitérée en 1609. Quant à l'Angleterre, elle ne reçut pas les décrets en raison de sa séparation avec la papauté.[171]

En France, ces dispositions ne pouvaient avoir aucun effet puisque les décrets tridentins n'y furent jamais reçus de façon officielle. *Aussitôt après la conclusion du Concile, Prosper de Sainte Croix Nonce en France, fit de grandes instances de la part du Pape auprès de la Reine Catherine de Médicis, lors régente, pour la réception du Concile. Mais comme on n'avoit pas encore vû en France les Décrets des dernières sessions, la Reine le remit au retour du Cardinal de Lorraine*[172]*, de la bouche duquel elle dit qu'elle apprendroit tout ce qui s'étoit passé. Et depuis le Cardinal étant arrivé, elle fit assembler son conseil en présence du Roy, les quatre Présidens de la Cour de Parlement appellez, avec les Avocats et Procureurs Généraux, où il résolu, malgré les grands efforts du Cardinal de Lorraine, qu'il seroit sursis à la publication du Concile.*[173] La régente Catherine de Médicis[174] était opposée à la réception du concile, *susceptible de provoquer un nouveau soulèvement du côté des réformés*.[175] Le juriste Charles Du Moulin dans son *Conseil sur le faict du concile de Trente*[176] soutenait que *le concile de Trente était nul : il a manqué de liberté et a été convoqué par la seule autorité du pape ; ses décisions sont contraires à celles des conciles de Bâle et de Constance*.[177] Ayant soulever des causes de nullité dans la convocation et la tenue du concile, au surplus, Du Moulin vilipendait le décret *De reformatione matrimonii* sur deux points, d'abord sur le fait que les mariages des enfants de famille contractés contre le gré des parents n'étaient pas sanctionnés par la nullité, et ensuite sur la règle imposant la présence du curé au mariage à peine de nullité car il estimait qu'elle se révélait être en contradiction vis-à-vis des édits de pacification qui admettaient les mariages contractés dans les églises réformées.[178] Ainsi, il ne

---

[171] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, *op. cit.*, Page 298.
[172] Le cardinal Charles de Lorraine était un prélat français, archevêque de Reims.
[173] RASSICOD Etienne, *idem*, Page 9.
[174] TALLON Alain, *op. cit.*, Page 86. Catherine de Médicis *venait de rétablir la paix civile par l'édit d'Amboise quelques mois avant la fin du concile* (19 mars 1563).
[175] BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *op. cit.*, Page 408.
[176] Lyon, 1564.
[177] DU MOULIN, cité par BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *idem,* Page 408.
[178] *Infra* chapitre 2, section 2, § 1.

reconnaissait pas la validité du Concile de Trente.[179] Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, l'opposition gallicane allait s'appuyer sur ces affirmations. Sur ce sujet de la réception du Concile, une liste de décrets portant atteinte aux droits du roi et aux libertés de l'Église gallicane fut exposée, en 1593, par le président Le Maître aux États de la ligue.[180] S'agissant du décret *De reformatione matrimonii*, le chapitre premier accordait aux évêques *la punition de ceux qui contractent des mariages clandestins et des témoins qui y ont assisté ; ce qui est réservé aux Juges royaux en France, les Evêques n'ayant le pouvoir que de juger de la validité ou invalidité des mariages*. Et le chapitre VIII *donne aux Evêques la connoissance des concubinages et adultères. Ce qui a toûjours été réservé en France aux Juges Royaux*.[181] Admettre la réception des décrets dans la législation royale présentait un danger politique non négligeable puisque cela aurait signifié une soumission totale vis-à-vis des forces catholiques. Henri III[182] et ensuite Henri IV avaient par conséquent préféré renoncer à valider les décisions arrêtées par le concile.[183] Henri IV avait pourtant l'intention de recevoir le concile, en effet c'était l'une des conditions fixées par le pape Clément VIII pour obtenir la levée de l'excommunication qu'il avait encourue comme hérétique et relaps.[184] Ainsi, en 1600, fut rédigé un édit qui déclarait: *Ordonnons, voulons, et nous plaît que le saint concile de Trente soit reçu et observé en tous les lieux de notre royaume*. Mais, face au parlement qui s'apprêtait à refuser l'édit, le roi dut se résoudre à ne pas tenir cet engagement.[185]

---

[179] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 26.

[180] RASSICOD Etienne, *op. cit.*, Page 12. [...] *le parti de la Ligue ayant convoqué une assemblée à Paris sous le nom des Etats* [...] *la publication du Concile de Trente y fut proposée.*

[181] *Idem*, Pages 28-29.

[182] *Id.*, Page 11. Après la mort de Charles IX (1574), le Pape Grégoire XIII sollicita d'Henri III la publication du concile. Henri III répondit à Henri de Navarre, futur Henri IV, qui s'inquiétait de la possibilité de la réception du concile : *Mon frère ceux qui vous ont mandé que je voulois faire publier le Concile de Trente, sont très-mal informés de mon intention, car je n'y ay aucunement pensé et connois trop comme telle publication préjudiciroit à mes affaires, et ne suis pas moins jaloux de mon autorité et préeminence de l'Eglise Gallicane et pareillement de l'observation de mon édit de paix*.

[183] TALLON Alain, *op. cit.*, Page 86.

[184] *Cf.* RASSICOD Etienne, *op. cit.*, Page 12. *Le Pape Clément VIII porta cette affaire plus loin qu'aucun de ses Prédécesseurs ; car profitant du désir que le Roy Henry IV témoignoit d'obtenir l'absolution de sa Sainteté pour avoir professé la Religion de Calvin, et même pour y être retombé après l'avoir une fois abjurée, il lui fit promettre sollemnellement qu'il feroit publier le Concile de Trente, et l'inséra dans la Bulle de son absolution parmi les articles ausquels il s'étoit obligé. Mais aussi le Pape consentit à ce qu'on retranchât les points, qui pourroient troubler la paix du Royaume* [...].

[185] BLET Pierre, *op. cit.*, Page 308.

La réception des décrets tridentins fut demandée par le clergé français quelque temps après la fin du concile, d'abord aux états généraux de Blois en 1576, puis à l'assemblée du clergé tenue à Melun en 1579.[186] Mais une partie du clergé, pour divers motifs, émettait des réserves, ce qui ne facilitait pas le ralliement au concile. En 1588, au cours des états de Blois, la demande fut réitérée mais sans succès. Les assemblées du clergé de 1599, 1602, 1605 et 1610 appelèrent à nouveau à la réception de la discipline tridentine, ce fut sans effet.[187] En 1614, lors des États Généraux, le clergé renouvela sa demande[188] ; le Tiers, conditionné par des parlementaires gallicans, refusa. Le 7 juillet 1615, l'Assemblée générale du clergé se réunit et énonça : *Les cardinaux, archevêques, prélats et autres ecclésiastiques sous-signés représentant le clergé général de France assemblé par la permission du Roi au couvent des Augustins de Paris, après avoir murement délibéré sur le sujet de la publication du concile de Trente, ont unanimement reconnu et déclaré, reconnaissent et déclarent être obligés par leur devoir et conscience à recevoir comme de fait ils ont reçu et reçoivent ledit concile et promettent de l'observer autant qu'ils peuvent*.[189] Toutefois, cette décision ne fut jamais confirmée par une loi du roi, et donc il n'y eut jamais de réception officielle dans le royaume de France. Par ailleurs, la résolution prise par l'Assemblée du clergé précisait l'*obligation faite aux conciles provinciaux de s'assembler dans les six mois et de le recevoir à leur tour*.[190]

Les décrets tridentins furent repris progressivement dans les conciles provinciaux.[191] Les archevêques étaient tenus, selon les prescriptions du concile de Trente, de réunir leurs

---

[186] RASSICOD Etienne, *op. cit.*, Page 14. A l'Assemblée générale du clergé, un prélat (Arnaud de Pontac Évêque de Bazas) avait été député pour émettre des remontrances au roi Henri III, il soutint *l'utilité et la sainteté des Décrets de ce Concile, il ajoûte que les Evêques en demandent la Réception, parce qu'ils sont liez et astraints aux Loix qui sont faites par l'Eglise Universelle, sur peine d'être tenus pour Schismatiques envers l'Eglise Catholique, Apostolique et Romaine, et d'encourir envers Dieu anathême et perpétuelle damnation..* [...] *Et après avoir blâmé le mauvais conseil de ceux, qui empêchent le Roy d'admettre la publication du Concile, il finit par ces mots. Car jamais ne fut chose trop vérifiée qu'un Royaume se départit ou refusât les Constitutions de lEglise catholique, qu'il ne fût Schismatique, et que ce ne fût un présage certain de sa prochaine ruine.*

[187] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, *op. cit.*, Page 299.

[188] [...] *la chambre du clergé ayant résolu de faire tous les efforts possibles pour obtenir le consentement du Roy pour la Réception du Concile, déclara le 29 novembre que la doctrine du Concile ne pouvoit être rejetée par aucun Catholique*. RASSICOD Etienne, *op. cit.*, Page 16.

[189] BLET Pierre, « Conciles », dans BÉLY Lucien, *op. cit.*, Page 308.

[190] BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *op. cit.*, Page 408.

[191] DARRICAU Raymond, « Conciles provinciaux », dans BLUCHE François (dir.), *op. cit.*, Page 378. Deux textes du concile de Trente (sessionXXIV, *De reformatione*, c.2, et session XXV, *De reformatione*, c.2) recommandaient *la tenue régulière de conciles provinciaux, c'est-à-dire la réunion des évêques d'une province ecclésiastique autour de leur métropolitain*.

conciles provinciaux tous les trois ans. Ceux-ci furent tenus, mais dans des délais bien différents. D'abord, dès 1564, le cardinal de Lorraine appela ses suffragants afin de recevoir les décisions tridentines. En 1581, puis une seconde fois en 1583, ce fut les suffragants de Normandie qui se réunirent à l'appel du cardinal de Bourbon. En 1583 également, l'archevêque de Bordeaux réunit son concile provincial, une deuxième session eut lieu en 1624. Toujours en 1583, un concile fut tenu par l'archevêque de Tours (l'Anjou et la Touraine et les sept évêchés bretons faisaient partie de sa province). Ensuite, en 1584, l'archevêque de Bourges réunit un concile. Et en 1585, se tint le concile provincial de l'archevêché d'Aix. Celui de l'archevêché de Toulouse eut lieu en 1590. Quant à l'archevêché de Narbonne, ce fut en 1609 seulement (réunion tardive probablement en raison des guerres de religion). *Les derniers Conciles provinciaux* […] *ont confirmé et renouvellé ces Réglements du Concile de Trente.*[192] En effet, tous ces synodes reprenaient l'optique de réformation engagée par les Pères de Trente. La prohibition des mariages clandestins, les formes exigées dans les décisions tridentines, à défaut desquelles le mariage pouvait être annulé, furent répétées dans les statuts synodaux.[193] Aux XVIIe et XVIIIe siècles, les conciles provinciaux furent beaucoup plus rares, les exigences de la réforme catholique défendues au concile de Trente eurent des difficultés à s'inscrire dans les mœurs.[194]

§ 5 : La répression du concubinage et de la cohabitation des fiancés par les autorités ecclésiastiques

L'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 ayant restreint la compétence des juridictions ecclésiastiques,[195] seules des peines spirituelles pouvaient être prononcées par les juges d'Église. Les officialités n'avaient plus le droit de citer devant elles des laïcs accusés de concubinage. Ceux-ci pouvaient dans ce cas, élever l'appel comme d'abus. Févret donnait une définition de l'abus : *l'Eglise abuse du pouvoir qu'elle a sur les choses spirituelles, si elle l'étend sur la temporalité : comme au réciproque la Justice séculière ne peut sans Abus*

---

[192] DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, Tome I, Lyon, Duplain, 1770, « Concubinage ».
[193] BLET Pierre, « Conciles », dans BÉLY Lucien, *op. cit.*, Page 309.
[194] BOURQUIN Laurent (dir.), *Dictionnaire historique de la France moderne*, Paris, Belin, 2005, « Conciles provinciaux », Pages 110-111.
[195] *Infra* section 2, § 2.

entreprendre sur les choses spirituelles.[196] Denisart le définissait en ces termes : *Le mot abus signifie toute contravention commise par les Juges et Supérieurs Ecclésiastiques, en matière de Droit.* A la suite de quoi, il exposait la procédure de l'appel comme d'abus : *La manière de se pourvoir contre les Jugemens et autres Actes émanés des Ecclésiastiques, même de la Cour de Rome, dans lesquels on prétend qu'il y a Abus, est de recourir à l'autorité Séculière des Parlements par la voie de l'appel, qu'on nomme, pour le distinguer de l'appel simple, appel comme d'Abus.*[197] Dans un arrêt du 16 février 1673, le parlement de Paris déclara qu'il y avait abus *dans une sentence de l'official de la Rochelle, rendue contre deux particuliers vivants ensemble sous la foi d'un mariage auquel il manquait des solennités essentielles à sa validité, et que les lois ne pouvaient considérer que comme un vrai concubinage.*[198] Ainsi, les juridictions ecclésiastiques ne pouvaient plus, comme aux siècles précédents, juger les concubinaires laïcs. En effet, la jurisprudence des parlements s'opposa aux usages des officialités, et au XVIIIe siècle, fut établit le principe selon lequel *l'official ne peut sans abus connaître du concubinage des laïcs*.[199]

Si les autorités ecclésiastiques ne pouvaient qu'infliger des peines spirituelles, cela ne les empêchait pas de montrer parfois beaucoup de rigueur et de détermination dans la lutte contre les concubinaires. C'est ce qui apparaît à travers une procédure d'excommunication datant de 1622, dont le contexte était le suivant : *Monseigneur le Cardinal de Sourdis dès son arrivée au siège Métropolitain de Bourdeaus, voyant le vice pulluler en son Dioceze au grand desadvantage de l'Eglise de Dieu, et que les Officiers de la justice séculière le laissoient croistre impunément, se délibéra d'oster les scandales du royaume de Dieu par la puissance d'excommunier* […]. Cette *saincte* résolution fut suivie par plusieurs procédures contre des concubinaires, ceux-ci obtempérèrent, devant *les menaces salutaires de l'excommunication*, en mettant fin à leur concubinage. Mais le cardinal fut ensuite confronté à des diocésains moins obéissants : *Jean le Conte, écuyer, Sieur de Saugean* […] *vivait concubinairement avec Jamine Chaloubie au grand scandale de tout le peuple* […]. Ces derniers avaient été à diverses reprises avertis et admonestés par plusieurs personnes dont notamment le curé de la

---

[196] FEVRET Charles, *Traité de l'abus*, Tome I, Lyon, Girin et Rivière, 1673, Page 2.
[197] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Neuvième édition, Paris, Veuve Desaint, 1777, Tome premier, « Abus », Page 21.
[198] *Idem*, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, Veuve Desaint, 1786, Tome cinquième, « Concubinage », Page 97.
[199] ESMEIN A., *op. cit.*, Tome second, Pages 353-354.

paroisse, et néanmoins ils continuaient à vivre ensemble. Le 14 novembre 1622, le curé finit par déférer ces concubinaires devant le cardinal, et celui-ci fit délivrer un mandement pour informer dans lequel il écrivit : […] *Comme nous déplorons le misérable estat des ames qui croupissent en péché public et scandaleux, aussi travaillons nous à les en tirer* […]. L'information du 22 novembre 1622 contenait des témoignages corroborant l'état de concubinage et faisant état de la grossesse de Jamine Chaloubie. La notoriété du concubinage étant prouvée, le cardinal enjoignit, le 26 novembre 1622, au Sieur de Saugean et à Jamine Chaloubie *de se séparer l'un l'autre de toute demeure, hantize et fréquentation familière sur peine d'excommunication*. Et le cardinal ordonna, au cas où les concubinaires n'obtempéreraient pas, de leur faire des admonitions, par trois fois. Ceux-ci ne se plièrent pas à l'injonction ; de surcroit, une fille, Catherine le Conte, naquit de leur union, en janvier 1623. Le registre baptistaire mentionnait le nom de son père, Jean le Conte, et de sa mère, Jamine Chaloubie, ce qui ne laissait aucun doute sur leurs relations. Une première admonition fut donc faite, le 18 mars 1623, puis une deuxième, le 24 mai, à la porte de la maison du Sieur de Saugean, et à la porte de l'église, mais le couple continua sa *mauvaise vie*. Une troisième admonition fut faite le 1er juin 1623, à la suite de laquelle le Sieur de Saugean ne quitta toujours pas sa concubine. Par conséquent, une sentence d'excommunication fut prononcée le 2 août 1623 : *qu'ils soient* […] *retranchez du corps de la saincte Église*.[200]

La peine d'excommunication destinée à châtier les concubinaires, fut également au cœur d'un arrêt du parlement de Dijon, en date du 28 octobre 1685, elle était définie par l'arrêtiste comme *la plus grande des peines canoniques* […]. *L'excommunication par elle-même ne peut rien sur les biens temporels ni sur les effets civils, tout son objet se termine au gouvernement de la Religion et au Salut des Âmes ; elle retranche de la société des fidèles, elle prive des suffrages de l'Église et de la participation des Sacrements ; l'Église peut bien exercer cette police pour son gouvernement spirituel, pour la correction des mœurs, et pour l'édification publique en réparant le scandale, en punissant les vices énormes et extérieurs, en intimidant par ce glaive spirituel ceux qui pourroient tomber dans le désordre et se laisser*

---

[200] SOURDIS Henri d'ESCOUBLEAU de, *Procédure de Monseigneur l'illustrissime et reverendissime Cardinal de Sourdis, Archevesque de Bourdeaus, et Primat d'Aquitaine, Contre Jean Le Conte, escuyer, Sieur de Saugean et Jamine Chaloubie, ses diocesains, excommuniez pour leur concubinage, Avec l'arrest de la Cour de Parlement de Tholoze, sur ce intervenu. Ensemble les raisons canoniques au contraire*, Bourdeaus, Par Pierre de la Court, 1627, Pages 3 à 18.

séduire par le mauvais exemple […].[201] La question qui se posait dans cette affaire était de déterminer si un laïc pouvait être excommunié pour concubinage public. Les faits étaient les suivants : *un paysan de Nansoutil ayant passé un contrat de mariage avec l'une de ses parentes qui avait des enfants d'un premier lit, l'avait reçue dans sa maison avec ses enfants et ses meubles avant qu'ils se fussent présenté au curé pour recevoir la bénédiction nuptiale : comme ils se trouvèrent parens dans un degré prohibé, le Curé refusa de les marier : ils continuèrent de demeurer ensemble, ce qui fit du scandale, et obligea le Curé de les avertir qu'ils eussent à se préparer : après quatre monitions réitérées, le Curé suivant la permission qui lui en avoit été donné par l'Official déclara excommunié le paysan, dont il se fit absoudre ; et la paysanne interjeta appel comme d'abus de l'excommunication*.[202] Trois moyens furent exposés par le défenseur de l'appelante : d'abord *que le Curé avoit été obligé d'informer et d'acquérir la preuve du prétendu concubinage public* ; ensuite *que le concubinage n'étant qu'un simple délit dans les personnes laïques, il ne pouvoit donner lieu à une peine aussi sévère que l'excommunication qui ne pouvait être employée que pour la punition des grands crimes*, ce moyen s'appuyait sur la Pragmatique Sanction (*titre De concubinariis*) et le Concordat[203] qui édictaient que *les personnes Ecclésiastiques convaincues de ce crime n'étaient sujettes qu'à la privation de leurs revenus, ou tout au plus du titre de leur Bénéfice*, donc *il ne falloit pas par conséquent condamner les laïcs au châtiment qui étoit beaucoup plus grand envers eux, que la condition assujetissoit moins aux règles de la continence que les ecclésiastiques* ; et pour finir *que l'appelante s'étoit séparée à la quatrième monition, et que par conséquent le Curé n'avoit pas dû l'excommunier, puisqu'elle avoit profité de ses avertissements*. Le défenseur du Curé soutenait, quant à lui, que, *l'information étoit inutile lorsque le fait étoit notoire et le scandale public, comme en cette rencontre, où l'appelante, nonobstant les monitions du Curé continuoit sa demeure avec son proche parent qu'elle avoit voulu épouser ; de sorte qu'elle n'était pas seulement coupable de concubinage, mais d'inceste, que la Pragmatique et le Concordat permet au Curé d'employer les peines canoniques pour séparer les concubinaires ; cela ne se pouvoit entendre que de l'excommunication, sans laquelle les monitions qui seroient faites deviendroient inutiles* [...]*, que le fait qui est articulé n'était point véritable, et ne tendoit qu'à*

---

[201] PERRIER François et RAVIOT Guillaume, *Arrests notables du Parlement de Dijon*, Tome second, Dijon, Augé, 1735, Question CCLXXV.
[202] *Ibidem*.
[203] *Supra* introduction.

éloigner la condamnation de l'appelante.[204] La Cour ordonna, avant de faire droit à l'appel comme d'abus, que l'appelante fît la preuve qu'elle s'était séparée avant l'excommunication prononcée contre elle. Elle permit à l'intimé d'établir la preuve contraire. Il fut préjugé *que sur la notoriété du fait, un laïc peut être excommunié pour concubinage public*. Le parlement de Dijon confirmait que l'Église avait ce pouvoir. Il était indiqué, dans les commentaires sur cet arrêt, qu'elle *peut exercer cette juridiction sur tous ses enfants, sur les laïcs comme sur les* autres ; et que *le Parlement n'auroit point approuvé la censure sur une preuve résultant de la seule notoriété publique*, si l'excommunication impliquait des peines afflictives, *parce que nos maximes ne permettent pas en France de condamner personne sur cette notoriété : un jugement doit en pareil cas être précédé d'une information juridique*.[205] Dans l'espèce jugée, *les monitions canoniques tiennent lieu d'information et de preuve. Après ces monitions jusqu'à la sentence définitive, il y a lieu à la résipiscence, et si le coupable sommé de se corriger quitte sa mauvaise habitude, il est hors d'atteinte, et on ne pouvait plus suivant les canons le flétrir par des ceintures*. C'était pour cette raison que la Cour avait permis à l'appelante de prouver qu'elle s'était séparée, avant l'excommunication, *de celui qui la tenait chez lui comme sa concubine*.[206] Le commentateur ajoutait, reprenant les faits, que si le paysan concubinaire ne s'était pas marié c'est peut être parce qu'il n'avait pas le moyen d'obtenir des dispenses. Selon lui, *les paysans n'ont guère chez eux de concubine* ; les dispenses ne sont pas très onéreuses et *ne sont pas si difficiles à obtenir,* [...] *un curé zélé jusqu'à excommunier pouvait bien suppléer à la dépense, ou obtenir de gens charitables de quoi fournir aux frais de la dispense*. En l'espèce, ce qui aggrava le cas du paysan c'était que *cet homme était un incestueux, ce qui causait un plus grand scandale, et ce qui rendait son crime plus énorme.* Toutefois, il s'agissait d'un inceste entre parents éloignés et celui-ci n'est pas puni par des peines afflictives par la justice séculière (contrairement à l'inceste au premier degré *c'est-à-dire entre tous les ascendants et descendants et en collatérale entre les frères et sœurs*, qui est sujet à la peine de mort[207]).[208]

---

[204] PERRIER François et RAVIOT Guillaume, *ibid.*
[205] *Infra* chapitre 2, section 1, § 2.
[206] PERRIER François et RAVIOT Guillaume, *ibid.*
[207] Arrêt du Parlement de Paris de 1470 : *Jean Comte d'Armagnac ayant contracté un mariage incestueux avec sa sœur fut condamné à mort*, cité par PERRIER François et RAVIOT Guillaume, *ibid.*
[208] PERRIER François et RAVIOT Guillaume, *ibid.*

Le concile de Trente ayant exhorté les couples à ne pas habiter dans la même maison avant la bénédiction de l'Église,[209] la question de la cohabitation des fiancés et sa condamnation se posa au sein de l'Église. Les pratiques de fréquentations prénuptiales entre jeunes gens qui n'étaient pas encore fiancés furent traitées de la même manière, certaines furent même assimilées à des concubinages. Toutes ces formes traditionnelles de fréquentation entre garçons et filles (rencontres dans les *escraignes* en Champagne et en Bourgogne, coutume de l'*albergement* en Savoie, coutume analogue dans le Comté de Montbéliard, vie maritale avant la bénédiction nuptiale en Corse et au Pays basque)[210] firent l'objet d'une répression sévère de la part des autorités ecclésiastiques. Les ordonnances épiscopales les avaient interdites formellement. Par exemple, dans les diocèses de Bayonne et d'Alet, la cohabitation des fiancés fut proscrite à partir de 1640 : c'était un motif d'excommunication.[211] S'agissant du *mariage à l'essai* au Pays Basque, l'évêque de Bayonne, scandalisé par cette *affreuse coutume*, avait ordonné aux coupables de faire une pénitence publique. Et dans le diocèse d'Alet, l'évêque, afin d'éviter cette cohabitation qui avait lieu à l'issue des promesses de futur, avait défendu *à tous Prêtre d'assister à l'avenir à aucunes fiançailles*.[212] Dans le diocèse de Troyes, dès 1680, la fréquentation dans les *escraignes* était passible de la peine d'excommunication ; selon l'évêque de Troyes, elle fut peu pratiquée à partir de 1686. Quant à l'*albergement* savoyard, cette coutume avait été proscrite sous peine d'excommunication en 1609 (elle n'aurait été annihilée entièrement qu'en 1820). La coutume similaire qui existait dans le pays protestant de Montbéliard, fut prohibée non pas par l'Église catholique, mais par les autorités civiles en 1772 (toutefois, elle ne disparut qu'à la fin du XIXe siècle, et, de la même manière, ce type de relation prénuptiale se pratiqua longtemps dans nombre de pays protestants).[213]

Bien que la France n'ait jamais reçu les décrets tridentins, la royauté souhaitait reprendre certaines dispositions de façon à réglementer elle-même divers aspects de la pratique matrimoniale.

---

[209] *Supra* § 2.
[210] *Supra* introduction.
[211] FLANDRIN Jean-Louis, *Le sexe et l'Occident*, Paris, Seuil, 1981, Pages 93 et 288-289.
[212] FLANDRIN Jean-Louis, *Les amours paysannes*, Paris, Gallimard, 1993, Pages 236 et 240 à 243.
[213] *Idem*, *Le sexe et l'Occident*, *op. cit.*, Pages 93 et 288-289.

Section 2 : L'institution du mariage sous contrôle

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 naturelle 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.[214] Cet extrait du préambule de la déclaration de Saint-Germain de novembre 1639 démontre clairement une volonté d'immixtion de l'État dans le domaine de la famille. En effet, à partir du milieu du XVIe siècle, la royauté avait commencé à légiférer dans un domaine dont la compétence appartenait à l'Église : le droit matrimonial (§ 1). De nombreuses réglementations civiles allaient être édictées par la royauté sur diverses questions concernant la discipline matrimoniale (§ 2). Toutefois, la législation royale n'alla pas jusqu'à statuer sur la validité du lien matrimonial, elle se conforma au droit canonique aux yeux duquel le mariage était un acte sacramentel. De leur côté, les parlements contribuèrent à affermir nettement la compétence séculière en matière de mariage (§ 3). De plus, les dispositions légales relatives à l'établissement de la preuve des unions matrimoniales renforcèrent ce contrôle de l'État (§ 4).

§ 1: Les prémices de l'intervention de la puissance séculière : l'édit de 1556 sur les mariages clandestins

Ce fut une union conclue clandestinement, qui causa un véritable scandale à la cour d'Henri II, qui se trouva être le prétexte à l'origine de la première mesure royale constituant une brèche dans le monopole du droit matrimonial canonique. Le concile de Trente n'avait, à cette date, pas encore traité de la question du mariage, et ses travaux étaient suspendus. Henri II projetait de marier sa fille légitimée, Diane de France avec François de Montmorency, le fils aîné du Connétable de France. Mais le promis s'était déjà marié avec Jeanne de Piennes, fille d'honneur de la Reine. Ce mariage par simple échange des consentements (de paroles de présent) était parfaitement valable aux yeux de l'Église. Néanmoins, il s'agissait d'un mariage

---

[214] LE RIDANT, *Code matrimonial,* Herissant, Paris, 1766, Page 34. Déclaration de Louis XIII, du 26 novembre 1629, *Portant règlement sur l'ordre qui doit être observé en la célébration des Mariages, et contre ceux qui commettent le crime de rapt.*

clandestin puisqu'il n'avait pas été célébré *in facie ecclesiae* avec la bénédiction d'un prêtre. Cette union était reconnue comme valide ; et François de Montmorency, sous la pression de son père et du roi, tenta, en vain, d'obtenir du pape Paul IV la dissolution de ce mariage.[215]

Par conséquent, en février 1556, Henri II promulgua un édit sur les mariages clandestins, où il était question *des mariages qui journellement* [...] *se contractoient en nostre royaume par les enfants de famille, au desceu et contre le vouloir et consentement de leur père et mère*. Les parents recevaient *regret, ennui et déplaisir* de ces unions. Les enfants devaient *révérence et obéissance* à leurs parents, le respect de l'autorité familiale était imposé. De plus, cette loi civile empiétait quelque peu sur le domaine spirituel puisqu'elle déclarait que ces mariages constituaient une *transgression de la loy et commandement de Dieu*.[216] Cet édit contraignit donc les enfants à se soumettre à la volonté de leurs parents ; pour ce faire, des sanctions furent prévues contre ceux qui contracteraient une union non autorisée. Elles étaient de deux sortes, des sanctions civiles d'une part : les parents pouvaient exhéréder et exclure de leurs successions les enfants qui s'étaient mariés sans leur accord. Cette exhérédation était définitive, il était impossible de revenir en arrière, précisait l'article 1er. De plus, les parents pouvaient *révoquer toutes et chacunes les donations et advantages qu'ils auroient fait à leurs enfans*. Les enfants étaient privés de tous les avantages, profits et émoluments auxquels ils pouvaient prétendre, soit en vertu de leur contrat de mariage, soit par application des lois ou coutumes du royaume (article 2). Et, d'autre part, des sanctions pénales : selon l'article 3, les enfants coupables et leurs complices étaient punissables. Les sanctions n'étant pas précisées, il revenait aux juges d'apprécier en l'espèce et de déterminer une peine. Les curés ayant célébré un mariage clandestin pouvaient être jugés, et la compétence sur ce point était confiée aux tribunaux royaux. L'article 4 autorisait la rétroactivité, les règles édictées valaient *tant pour l'advenir que pour le passé*, mais elles ne concernaient pas les mariages qui avaient été consommés avant la promulgation de l'édit. Il était posé comme principe que la majorité matrimoniale était fixée à trente ans pour les fils et à vingt-cinq ans pour les filles. Au delà de ces seuils imposés dans l'article 5, les enfants

---

[215] MOREL Henri, « Le mariage clandestin de Jeanne de Piennes et de François de Montmorency », dans *Mélanges offerts à Jean Dauvilliers*, Toulouse, Université des sciences sociales, Centre d'histoire juridique méridionale, 1979, Pages 555 à 564.

[216] ISAMBERT, DECRUSY, ARMET, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Tome XIII, Paris, Belin-Leprieur, 1828, Pages 469 à 471.

devaient *requérir l'advis et conseil de leurs dits pères et mères*.[217] Cet édit ne sanctionnait les enfants par la peine de la déchéance de leurs conventions matrimoniales et des bénéfices des coutumes *qu'en cas d'exhérédation ; car la loi n'étant faite que pour venger les pères et mères, lorsque les pères et mères veulent bien leur pardonner, la loi leur pardonne aussi*.[218]

L'édit d'Henri II fut corroboré par une déclaration rendue à Orléans en 1560[219] ; mais les peines prévues restaient lacunaires aux yeux de certains légistes.[220] Parmi ceux-ci Estienne Pasquier, qui, dans une lettre,[221] adressée à *Messieurs Robert et Fournier, Docteurs Régents es Droits en l'Université d'Orléans*, estimait que la décision royale était déficiente : *Quant à cest Edict, chacun s'en esjoüit comme beau et digne d'un Roy. Moy seul* […]*, le pleure, gémis, et lamente, non que je ne sois bien aise de l'authorité que l'on donne aux Pères dessus leurs enfans mais parce que je suis marry que l'on ne leur en octroye d'avantage*.[222] Pasquier expliquait qu'il eut été préférable que l'on déclara : […] *par une ordonnance faicte du commun consentement de l'Eglise Gallicane,* […] *tous mariages des enfans nuls, esquels il n'y auroit que les simples paroles de présent sans l'authorité et consentement des pères et mères*.[223] Selon lui, il s'agissait d'une matière ecclésiastique pour laquelle il regrettait que la France *n'ait osé y mettre la dernière main*.[224] L'exhérédation lui paraissait une sanction insuffisante. S'appuyant sur l'autorité des *bons Patriarches du vieux Testament*, de Saint Paul, de Tertullien, de Saint Ambroise, de l'Empereur Justinien, il remettait en cause la doctrine

---

[217] *Ibidem*.
[218] POTHIER, *op. cit.*, Tome premier, Page 384.
[219] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 15-16. Ordonnance de Charles IX de janvier 1560, *donnée aux Etats tenus à Orléans, concernant le rapt*. L'article CXI énonçait : *Parce qu'aucuns abusans de la faveur de nos prédécesseurs par importunité, ou plustost subrepticement, ont obtenu quelquefois des lettres de cachet et closes, ou patentes, en vertu desquelles ils ont fait sequestrer des filles, et icelles espousé ou fait espouser, contre le gré et vouloir des pères et mères, parens, tuteurs, ou curateurs, chose digne de punition exemplaire : Enjoignons à tous juges procéder extraordinairement, et comme en crime de rapt, contre les impétrans, et ceux qui s'ayderont de telles lettres, sans avoir égard à icelles.*
[220] PLATTARD Jean, *op. cit.*, Pages 386-387.
[221] Du vivant même d'Estienne Pasquier (1529-1615), plusieurs éditions de sa correspondance furent publiées ; la première datant de 1586 (Abel L'Angelier) et couvrant une période allant approximativement de 1560 à 1586 ; ses lettres étaient adressées à des correspondants variés ; celles destinées à des magistrats contiennent des argumentaires intéressants sur certains points du droit de l'époque.
[222] PASQUIER Estienne, *Les lettres d'Estienne Pasquier*, Tome premier, Paris, Laurent Sonnius, 1619, Livre III, Pages 111 à 121.
[223] *Ibidem*.
[224] *Ibid.*

canonique en la matière : *ceste barbare et brute opinion* [...] *que le consentement des pères et mères n'estoit requis aux mariages de leurs enfans que par honneur, et non de nécessité*.[225]

Effectivement, la société souhaitait éviter les mésalliances[226], les familles tenaient à pouvoir contrôler les mariages de leurs membres *soit en choisissant le futur conjoint, soit en exerçant une sorte de droit de veto, afin de préserver l'homogénéité familiale, et d'assurer sa continuité et son élévation sociale*.[227]

§ 2: La réglementation portant sur la formation du lien matrimonial à travers la législation royale de la fin du XVIe siècle et des XVIIe et XVIIIe siècles

En 1539, l'ordonnance de Villers-Cotterêts *sur le fait de la justice* avait restreint les prérogatives des juridictions ecclésiastiques au profit de la justice royale. Les articles 1 et 2 défendaient *à tous nos sujets, de ne faire citer, ni convenir les laïcs pardevant les juges d'église, ès actions pures personnelles, sur peine de perdition de cause et d'amende arbitraire*, et *à tous juges ecclésiastiques, de ne bailler ni délivrer aucunes citations verbalement, ou écrit, pour faire citer nosdits sujets* [...], *èsdites matières pures personnelles, sur peine d'amende arbitraire.* L'article 4 précisait : *Sans préjudice toutefois de la juridiction ecclésiastique ès matières de sacrement et autres pures spirituelles et ecclésiastiques, dont ils pourront connoître contre lesdits purs laïcs selon la forme du droit* […].[228] Cette ordonnance laïcisait, en quelque sorte, la justice, en ne laissant aux officialités qu'une compétence exclusive pour les questions concernant la foi. Puisque le concile de Trente n'avait pas été reçu dans le royaume de France, pour la justice séculière, les mariages contractés par simples paroles de présent restaient donc valables. C'est ce qui fut jugé par le parlement de Paris dans un arrêt du 11 décembre 1576, à la suite d'un appel comme d'abus formé contre une sentence de l'officialité de Soissons qui avait annulé un mariage clandestin car les formes établies par le

---

[225] *Ibid*.

[226] GHESTIN Jacques, « L'action des parlements contre les « mésalliances » aux XVIIe et XVIIIe siècles », dans *Revue historique de droit français et étranger*, 1956, Pages 74-75. [...] *la mésalliance pourrait se traduire : toute union tendant à introduire en une famille un élément susceptible de porter atteinte à son homogénéité. Elle englobe ainsi le mariage d'un vieillard avec sa concubine, aussi bien que celui d'un mineur avec la servante de ses parents*.

[227] *Ibidem.*

[228] Ordonnance de Villers-Cotterêts, articles 1 à 4, dans ISAMBERT, DECRUSY, ARMET, *op. cit.*, Tome XII, Pages 600 à 602.

concile de Trente n'avaient pas été respectées. Il s'agissait donc d'une sentence abusive, toutefois la cour releva que ce mariage constituait un grave péché et renvoya les parties devant l'évêque *pour y être procédé ainsi qu'il sera avisé*.[229] La possibilité de s'unir clandestinement persistait, le bras séculier allait bientôt s'atteler à la tâche afin de les proscrire par des mesures civiles et mêmes pénales.

Henri III aurait décidé de reprendre certaines dispositions du concile dans la législation royale car *comme on luy représentoit d'un côté qu'il n'étoit pas juste de priver la France du fruit du Concile, que tout le monde avoüoit avoir fait des règles très saintes et très-utiles, et que de l'autre il ne vouloit pas contredire à ce que les Roys ses Prédecesseurs avoient fait, ni préjudicier aux Droits et aux libertez de l'Eglise Gallicane, il trouva un tempéramment, qui fut de prendre dans les Décrets du Concile ce qu'il trouveroit de plus utile pour la discipline, et de plus conforme aux loix de l'Edit, et sans nommer et approuver le Concile, en faire un Edit qui serviroit à l'avenir de Loy à tous ses Sujets. Cet Edit, ou Ordonnance fut publiée dans les Etats de Blois l'an 1576.* [...] *cette Ordonnance étoit injurieuse au Concile, et à l'autorité du Pape*,[230] puisqu'elle ne reprenait pas explicitement et point par point les mesures conciliaires en matière matrimoniale et ne conférait absolument pas force exécutoire au concile de Trente. *Pour obvier aux abus et inconviéniens qui avdiennent des mariages clandestins*, l'ordonnance de Blois de mai 1579, dans l'article 40, disposa qu'à l'avenir les mariages devaient être contractés publiquement après trois publications de bans et que quatre témoins devaient assister au mariage.[231] Une exception était prévue quant à l'obligation des trois notifications publiques : il était possible d'obtenir une dispense des deux dernières publications des bans *après la première proclamation faite, et ce seulement pour quelque urgente et légitime cause*.[232] Le même article prescrivait aux curés *de s'enquérir soigneusement de la qualité de ceux qui voudront se marier ; et s'ils sont enfans de famille ou estant en la puissance d'autrui, nous leur défendons étroitement de passer outre*

---

[229] LE PRESTRE, *Questions notables de droit*, Page 373, cité par BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 63.
[230] RASSICOD Etienne, *op. cit.*, Pages 12-13.
[231] *Cf.* IMBERT Jean, « Les témoins au mariage du Concile de Trente à 1792, en France », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 307 à 313, spécialement page 312.
[232] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 84 à 89. Une déclaration de Louis XIV du 16 février 1692 ordonna que *les dispenses de mariages et les publications de bans, ou les dispenses qui en auront été obtenues, ensemble l'insinuation desdites dispenses, soient énoncées dans les actes de célébration de mariage, lorsqu'ils seront enregistrez par les curés ou vicaires* [...].

à la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparoît du consentement des pères, mères, tuteurs, ou curateurs, sur peine d'estre punis comme fauteurs du crime de rapt. L'article 41 énonçait : *Nous voulons que les ordonnances cy-devant faites contre les enfants contractans mariages, sans le consentement de leurs pères, mères, tuteurs et curateurs, soient gardées, mêmement celle qui permet en ce cas les exhérédations* ; confirmant ainsi la disposition de l'édit de février 1556. Selon l'article 42, la peine encourue pour le crime de rapt, par *ceux qui se trouveront avoir suborné fils ou fille mineurs de vingt-cinq ans sous prétexte de mariage ou autre couleur, sans le gré, sçeu, vouloir et consentement exprès des pères, mères & tuteurs,* était la peine de mort s*ans espérance de grâce et pardon*. De cette façon, l'ordonnance confondait rapt et défaut de consentement des parents. L'article 44 interdisait aux notaires de recevoir des promesses de mariage par paroles de présent *sur peine de punition corporelle*.[233]
L'ordonnance s'avérait plus rigoureuse que le concile en imposant la présence de quatre témoins alors que le décret tridentin n'en exigeait que deux ou trois. Les mesures établies par l'autorité royale ne correspondaient donc pas toujours à ce qui avait été édicté par le concile de Trente. Notamment en ce qui concerne les publications de bans, il y eut des divergences (contrairement à la décision de la Congrégation du concile, la jurisprudence interpréta l'ordonnance en considérant que le défaut de bans était une cause de nullité du mariage puis elle se ravisa et décida, que la nullité n'était applicable qu'à l'égard des mineurs[234]). S'agissant de la célébration du mariage, ce type de problème se posa à propos de la présence et du rôle du prêtre. Tandis que le décret *Tametsi* imposait la présence du curé des parties (ou d'un prêtre autorisé par le curé), l'article 40 prescrivait une célébration publique où la présence du prêtre n'était pas exigée.[235] L'ordonnance ne spécifiait pas si le prêtre devait être le propre curé des parties. Le pouvoir royal légiférait en reprenant partiellement le décret *Tametsi* et notamment l'annulation des mariages clandestins, mais le concile de Trente n'avait pas prononcé la nullité des mariages des enfants de famille sans le consentement des parents et le roi de France ne se permit pas de déroger à la décision conciliaire. Les dispositions prévoyant le refus d'assistance du curé en cas de mariage de mineurs sans le consentement des parents et l'interdiction faite aux notaires n'empêchèrent pas le développement des *mariages à la Gaulmine*.[236]

---

[233] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XIV, 1829, Pages 391-392 et 423.
[234] *Infra* § 3.
[235] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Pages 70 à 72.
[236] *Infra* suite § 2 et § 3.

Dans l'article 271, l'ordonnance de Blois reprenait la mesure instaurée par l'ordonnance d'Orléans de 1560,[237] elle condamnait la pratique qui consistait à obtenir des lettres de cachet afin de faire séquestrer des filles et de les épouser ou de les faire épouser *contre le gré et vouloir du père, mère, parents, tuteurs et curateurs*, elle énonçait que les coupables et les complices seraient punis comme fauteurs du crime de rapt.[238]

L'édit de Henri III de février 1580 *donné à Melun* rappela que les juridictions ecclésiastiques restaient compétentes pour tout ce qui touchait au lien matrimonial, et souligna que l'article 40 de l'ordonnance de Blois devait être appliqué. L'article XXV *concernant le mariage* disposait : *Nous défendons à nos juges, qu'ès causes de mariages pendantes pardevant lesdits ecclésiastiques, de faire défenses de passer outre au .jugement d'icelles, fous prétexte de rapt, fans grande & apparente raison, dont nous chargeons leur conscience & honneur. Et néanmoins seront tenus les délateurs, ou parties instigantes, de faire instruire & mettre en état de juger ladite instance de rapt dans un an ; autrement & à faute de ce faire, sera passé outre au jugement desdits mariages par lesdits juges ecclésiastiques. Voulons néanmoins l'article XL dudit édit des états tenus à Blois, portant défenses aux curez & vicaires d'épouser aucuns enfans de famille, & ceux qui sont en puissance d'autrui, s'il ne leur appert du consentement des père et mère, tuteurs ou curateurs, être inviolablement gardé sur les peines contenues en icelui édit.*[239] Une assemblée du clergé se déroula en 1605, et dans ses remontrances (article 27), le clergé sollicitait du roi que sa compétence en matière de causes matrimoniales ne subît pas d'empiètement de la part de la justice séculière et que les règles édictées à propos des mariages clandestins fussent clarifiées.[240] La réponse du roi fut reprise par l'article 12 de l'ordonnance de 1606, qui reconnaissait qu'en matière matrimoniale la compétence appartient aux juges d'Église et que ceux-ci devaient appliquer les mesures prises dans l'ordonnance de Blois, notamment l'article 40, et donc annuler les mariages clandestins.[241] Ainsi les juridictions ecclésiastiques avaient

---

[237] *Supra* § 1.
[238] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 22.
[239] *Idem*, Pages 23-24.
[240] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 68.
[241] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 24-25. L'édit d'Henry IV de décembre 1606 disposait à l'article XII : *Nous voulons que les causes concernans les mariages soient & appartiennent à la connoissance & juridiction des juges d'église, à la charge qu'ils seront tenus de garder les ordonnances, même celle de Blois en l'article XL, & suivant icelles, déclarer les mariages qui n'auront esté faits & célebrez en l'église, & avec la forme & solemnité requise par ledit article, nuls & non valablement contractez, comme cette peine indicte par les conciles. Et afin*

l'obligation de se conformer à la loi du roi alors que celle-ci dérogeait aux dispositions tridentines.

L'ordonnance de janvier 1629 (ou code Michau du nom de son auteur Michel de Marillac) reprenait l'injonction de l'édit de 1606 dans son article 39 : *Et seront tenus les juges ecclésiastiques juger les causes desdits mariages conformément à cet article*. Par cette ordonnance, le pouvoir royal réaffirma que les règles posées par l'ordonnance de Blois devaient être observées et ajoutait que les *mariages contractés contre la teneur de ladite ordonnance* étaient déclarés *non valablement contractés*. Ce même article 39 prescrivait que la célébration devait être effectuée par le *proprius parochus*, sous peine d'amende arbitraire à l'encontre du prêtre.[242] L'ordonnance se différenciait des positions du concile de Trente qui n'avait pas prononcé la nullité dans cette hypothèse. L'article 169 concernait le rapt : *Désirant conserver l'autorité des pères sur leurs enfans, l'honneur et la liberté des mariages, et la révérence due à un si saint sacrement, et empêcher qu'à l'avenir plusieurs familles de qualité ne soient alliées avec personnes indignes et de mœurs dissemblables : avons renouvellé les ordonnances pour la punition du crime de rapt ; et ajoutant à icelles, voulons que tous ceux lesquels commettront rapt et enlèvement de veuves, fils et filles, étant sous la puissance de pères, mères, tuteurs et parens, ou entreprendront de les suborner pour se marier, et qui auront aidé et favorisé tels mariages sans l'avis et consentement de leurs parens, tuteurs et autres qui les auront eu en charge, seront punis comme infracteurs des loix et perturbateurs du repos public.* La peine infligée aux coupables était la mort et la confiscation des biens. La loi assimilait les mariages contractés sans le consentement des parents à ceux conclus à la suite d'un rapt : *tels mariages faits, avec ceux qui auront ravi et enlevé lesdites veuves, fils et filles, être déclarés nuls et de nul effet et valeur, comme non valablement ni légitimement contractés*. Il était spécifié que cette nullité était prononcée *suivant les saints décrets et constitutions canoniques*.[243] C'était la seule loi du roi qui contenait une disposition aussi nette mais le code Michau ne fut jamais appliqué en raison de l'opposition parlementaire.

---

que les évêques, chacun en leur diocèse, & les curez, en leurs paroisses, en soient avertis, & qu'ils ne faillent cy-après contre ladite ordonnance, elle sera renouvellée & publiée derechef, à ce que lesdits évêques & officiaux ayoient doresnavant à juger conformément à icelle.

[242] *Idem*, Pages 26-27.

[243] ISAMBERT, TAILLANDIER, DECRUSY, *op. cit.*, Tome XVI, Pages 273-274.

Par la suite, la déclaration de Saint- Germain du 26 novembre 1639, *Portant règlement sur l'ordre qui doit être observé en la célébration des Mariages, et contre ceux qui commettent le crime de rapt*, constatait que *quelque ordre qu'on ait pû apporter jusques à maintenant, pour rétablir l'honnêteté publique et des actes si importants ; la licence du siècle, la dépravation des mœurs, ont toujours prévalu sur nos ordonnances si saintes et si salutaires, dont même la vigueur et l'observation a été souvent relâchée par la considération des pères et mères qui remettent leur offense particulière, bien qu'ils ne puissent remettre celle qui est faite aux lois publiques* [...] *et voyans d'autre part, à notre grand regret, et au préjudice de nôtre état, que la plupart des honnêtes familles de nôtre royaume demeurent en trouble par la subornation et enlevement de leurs enfans* [...]. Partant, elle décidait ceci : *nous avons résolu d'opposer à la fréquence de ces maux, la sévérité des loix.*[244] Son article premier réitérait l'obligation de se conformer à l'ordonnance de Blois, et elle ajoutait que dans le cas d'un mariage contracté par des enfants de famille, les bans devront être publiés avec l'accord des parents.[245] Toujours à l'article premier, le roi Louis XIII ordonnait […] *qu'à la célébration du mariage assisteront quatre témoins dignes de foy, outre le curé qui recevra le consentement des parties, et les conjoindra en mariage, suivant la forme pratiquée en l'Eglise.*[246] *Cette présence du curé requise par nos loix pour la validité ses mariages, n'est pas une présence purement passive. C'est un fait & un ministere du Curé qui doit recevoir le contentement des parties, & leur donner la bénédiction nuptiale.*[247] Donc la déclaration attribuait un rôle actif au curé, cependant, la précision : *suivant la forme pratiquée en l'Eglise* impliquait que la nullité ne sanctionnera pas une présence inactive du prêtre puisque les lois de l'Église ne prescrivaient pas l'intervention active du prêtre à peine de nullité.[248]

Dès lors, cette disposition législative ne permit pas de contrer le développement de la pratique des *mariages à la Gaulmine*, malgré l'article 44 de l'ordonnance de Blois. Sous la

---

[244] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 36-37.
[245] *Idem*, Page 38. [...] *la proclamation des bans sera faite par le curé de chacune des parties contractantes, avec le consentement des pères, rnères, tuteurs ou curateurs, s'ils sont enfans de famille, ou en la puissance d'autruy* [...].
[246] *Id*, Pages 38-39.
[247] POTHIER, *op. cit.*, Page 436.
[248] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 73.

dénomination de *mariage à la Gaulmine*,[249] on entendait un mariage enregistré par un notaire où l'acte est signifié au curé de la paroisse donc l'exigence de la publicité et de la présence du curé était accomplie de cette façon. Ce furent les parlements qui mirent fin à cette pratique.[250] De plus, l'article premier de la déclaration de 1639 contenait une mesure relative à la compétence des curés quant à la célébration : *Faisons très-expresses défenses à tous prêtres, tant séculiers que réguliers, de célébrer aucun mariage qu'entre leurs vrais et ordinaires paroissiens, sans la permission par écrit des curez des parties ou de l'évêque* […]. L'article 2 de cette déclaration rappelait les articles 41 à 44 de l'ordonnance de Blois sur le crime de rapt et énonçait que la peine demeurait encourue lorsque le consentement des parents était intervenu après le mariage (le défaut d'autorisation était donc toujours assimilé au rapt mais sans parler de nullité) ; et reprenant l'édit de 1556, maintenait la majorité matrimoniale à trente ans pour les garçons et vingt-cinq ans pour les filles, et exigeait le consentement des parents même en cas de remariage d'un veuf ou d'un veuve. La sanction était plus sévère que celle prévue en 1556 et surtout s'appliquait obligatoirement : *les veuves, fils et filles, moindres de vingt-cinq ans* étaient déclarés *privez et déchus par le seul fait, ensemble les enfans qui en naîtront, et leurs hoirs, indignes et incapables à jamais des successions de leurs pères , mères & ayeuls, et de toutes autres directes et collatérales, comme aussi des droits et avantages qui pourroient leur être acquis par contrats de mariages et testamens, ou par les coûtumes et loix de nôtre royaume, même du droit de légitime, et les dispositions qui seront faites au préjudice de cette nôtre ordonnance, soit en faveur des personnes mariées, ou par elles au profit des enfans nez de ces mariages, nulles, et de nul effet & valeur. Voulons que les choses ainsi données, léguées ou transportées, sous quelque prétexte que ce soit, demeurent en ce cas acquises irrévocablement à nôtre fisque, sans que nous en puissions disposer qu'en faveur des hôpitaux, ou autres œuvres pies*. S'agissant des fils, entre vingt-cinq et trente ans, l'exhérédation était facultative (en application de l'édit de 1556). Une fois majeurs, ils devaient demander *l'avis et consentement de leur père et mère pour se marier, sous peine d'être exhéréder par eux*. A propos du rapt, l'article 3 déclarait c*onformément aux saints décrets et constitutions canoniques, les mariages faits avec ceux qui ont ravi et enlevé des veuves, fils et filles , de quelque âge et condition qu'ils soient, non valablement contractez*.

---

[249] MARTIN Henri, *Histoire de France*, XVI, Page 600, cité par BEAUCHET Ludovic, *op. cit.*, Page 643, note 1. *On appelait les mariages purement civils, mariages à la gaulmine, parce que le doyen des maîtres des requêtes, au temps de la Fronde nommé Gaumin (ou Gaulmin) s'était marié par simple contrat civil*.
[250] *Infra* § 3.

Ensuite, les mariages secrets furent l'objet de l'article 5 de la déclaration, elle entendait mettre fin à cet *abus qui commence à s'introduire dans nôtre royaume* en imposant à tous les majeurs de contracter mariage conformément aux prescriptions de l'ordonnance de Blois et déclarait que les *enfans qui naîtront de ces mariages que les parties ont tenus jusques icy ou tiendront à l'avenir cachez pendant leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage, incapables de toutes successions, aussi bien que leur postérité*.[251]

L'édit de Versailles de mars 1697 corroborait les mesures prises à propos de la célébration des mariages par les législations antérieures : […] *les rois nos prédécesseurs ont autorisé par plusieurs ordonnances l'exécution d'un règlement si sage, et qui pouvoit contribuer aussi utilement à empêcher ces conjonctions malheureuses, qui troublent le repos, et flétrissent l'honneur de plusieurs familles, par des alliances souvent encore plus honteuses par la corruption des mœurs que par l'inégalité de la naissance* […] ; et surtout il précisait certains points. Il réaffirmait particulièrement l'exigence de la présence du propre curé : *que les Ordonnances des Rois nos prédécesseurs, concernant la célébration des mariages, et notamment celles qui regardent la nécessité de la présence du propre curé de ceux qui contractent, soient exactement observées* […]. La loi indiquait les *vrais et ordinaires paroissiens*, il s'agissait de ceux *demeurans actuellement et publiquement dans leurs paroisses, au moins depuis six mois à l'égard de ceux qui demeuroient auparavant dans une autre paroisse de la même ville, ou dans le même diocèse ; et depuis un an pour ceux qui demeuroient dans un autre diocèse, si ce n'est qu'ils en ayent une permission spéciale et par écrit du curé des parties qui contractent, ou de l'archevêque ou évêque diocésain.* L'édit détaillait les peines encourues par les prêtres qui *célèbrent ci-après sciemment et avec connoissance de cause, des mariages entre des personnes qui ne sont pas effectivement de leurs paroisses : outre les peines canoniques que les juges d'église pourront prononcer contre eux, lesdits curez et autres prêtres, tant séculiers que réguliers, qui auront des bénéfices, soient privez pour la première fois de la jouissance de tous les revenus de leurs cures et bénéfices pendant trois ans* […]. *Qu'en cas d'une seconde contravention, ils soient bannis pendant le temps de neuf ans des lieux que nos juges estimeront à propos* […]. Cet édit signifiait aux prêtres célébrant un mariage qu'ils devaient s'enquérir, en présence de ceux qui assistaient à la cérémonie, auprès de quatre témoins dignes de foi, *du domicile aussi bien que*

---

[251] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 39 à 45.

de l'âge et de la qualité de ceux qui le contractent, et particulièrement s'ils sont enfans de famille ou en la puissance d'autruy, afin d'avoir en ce cas les consentements de leurs pères, mères, tuteurs ou curateurs. L'édit prononçait des peines sévères contre les témoins qui auraient certifié des faits faux et ceux qui se seraient dits faussement pères, mères, tuteurs ou curateurs des mineurs : les hommes étaient condamnés *à faire amende honorable, et aux galères pour le temps que nos juges estimeront juste, et au bannissement s'ils ne sont pas capables de subir ladite peine des galères ; et les femmes, à faire pareillement amende honorable et au banissement qui ne pourra être moindre de neuf ans*. Il était précisé que *le domicile des fils et filles de familles, mineurs de vingt-cinq ans, pour la célébration de leurs mariages, est celui de leurs pères, mères, ou de leurs tuteurs et curateurs.* Complétant l'édit de 1556 et l'article 2 de la déclaration de 1639, cette loi permettait *aux pères et aux mères d'exhéréder leurs filles, veuves, mêmes majeures de vingt-cinq ans, lesquelles se marient sans avoir requis par écrit leurs avis et conseils.*[252]

La même année fut promulguée une déclaration, le 15 juin, *Concernant les mariages faits par d'autres prêtres que les curez des contractans*. Elle s'adressait à des *personnes qui vivent comme dans des mariages véritables, sous la foy de ceux qu'ils prétendent avoir contractez devant des prêtres autres que leurs propres curez ; et quelques autres qui s'imaginent que des actes que des notaires ont eu la témérité de leur donner de leurs consentements réciproques, leur ont pû conférer la grâce du sacrement de mariage* […]. Il était enjoint aux cours de parlement, et autres juges royaux (lorsqu'ils jugeaient des causes, ou procès, dans lesquels il s'agissait de mariages célébrés par des prêtres, autres que les propres curés des contractants, sans en avoir obtenu les dispenses nécessaires, et même sur les poursuites que les procureurs pouvaient faire d'office, dans la première année de la célébration de ces prétendus mariages) *d'obliger ceux qui prétendent avoir contracté ces mariages de cette manière, de se retirer pardevant leur archevêque ou évêque, pour les réhabiliter, suivant les formes prescrites par les Saints Canons, et par nos ordonnances* [...]. De plus, la déclaration permettait aux promoteurs[253] des archevêques et des évêques, lorsqu'aucune

---

[252] *Idem*, Pages 95 à 106.

[253] JOUSSE, *op. cit.,* Tome premier, Page 337. Les promoteurs dans les officialités étaient chargés de requérir l'application des lois disciplinaires et pénales. Jousse énumère les *devoirs des Promoteurs des Officialités en matière criminelle. Les Promoteurs doivent poursuivre d'office tous les délits qui troublent le bon ordre et la discipline ecclésiastique ; comme la négligence des Ecclésiastiques dans l'instruction des fidèles, la visite des*

procédure n'avait été engagée devant les juges royaux, de faire assigner devant les archevêques et évêques, avec la permission expresse de ceux-ci (et dans le délai d'un an), les personnes qui demeuraient et vivaient ensemble en se prétendant mariés, afin qu'elles leurs présentassent dans un temps convenable les actes de célébration de leurs mariages. Et, si les archevêques et évêques trouvaient que les mariages n'avaient pas été célébrés par les propres curés des parties, et qu'il n'y avait pas d'autre empêchement légitime, ils pouvaient leur imposer de les réhabiliter dans les formes prescrites par les saints canons et par les ordonnances royales (après l'accomplissement d'une pénitence *salutaire* et éventuellement une séparation pendant un certain temps). Dans le cas où les personnes assignées ne rapportaient pas les actes de célébration dans le temps imparti, il était demandé aux officiers royaux, sur l'avis des archevêques et évêques, de les obliger à se séparer par des condamnations d'amende et d'*autres peines plus grandes*. Cette déclaration enjoignait également les parlements *de tenir la main à ce que nosdits officiers fassent ponctuellement exécuter les ordonnances desdits archevêques et évêques à cet égard et de donner auxdits prélats toute l'aide et le secours qui dépend de l'autorité que nous leur avons confiée*.[254] Selon l'un des grands juristes de l'Ancien Régime, Jousse, cette déclaration contenait des dispositions pouvant s'appliquer *à l'égard des laïcs concubinaires*.[255] Pourtant, ces mariages devant être réhabilités, cela impliquait qu'ils étaient valides, en effet leur nullité aurait impliqué qu'ils étaient en fait des concubinages et dans ce cas les mesures employées contre ces couples auraient été différentes.[256]

Le 14 mai 1724, une déclaration[257] de Louis XV réitérait les exigences de forme de la célébration dans son article 15 : *Voulons que les ordonnances, édits et déclarations des rois nos prédecesseurs sur le fait des mariages, et notamment l'édit du mois de mars 1697, et la déclaration du 15 juin de la même année, soient exécutez selon leur forme et teneur par nos sujets nouvellement réunis à la foi catholique, comme par tous nos autres sujets : leur enjoignons d'observer dans les mariages qu'ils voudront contracter, les solemnitez prescrites tant par les saints canons reçus & observez dans ce royaume, que par lesdites ordonnances,*

---

malades, l'administration des Sacrements, et dans les autres fonctions de leur ministere ; la corruption dans leurs mœurs ; l'ivrognerie ; la fréquentation des cabarets ; les jurements ; la profanation des Sacrements ; [...].

[254] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 107 à 115.

[255] JOUSSE, *op. cit.*, Tome troisième, Pages 286 et suivantes.

[256] BEAUCHET Ludovic, *op. cit.*, Pages 645-646.

[257] *Concernant les nouveaux réunis à la religion Catholique, l'éducation de leurs enfants, les maîtres d'écoles des paroisses, leurs mariages, etc.* LE RIDANT, *op. cit.*, Page 146.

édits et déclarations, le tout sous les peines qui y sont portées, et même de punition exemplaire, suivant l'exigence des cas.[258]

La déclaration[259] de Louis XV du 22 novembre 1730 reprenait les règles relatives au rapt des législations précédentes : celles qui *ont eu principalement en vûe d'affermir l'autorité des pères sur leurs enfans, d'assurer l'honneur et la liberté des mariages, et d'empêcher que les alliances indignes par la corruption des mœurs, encore plus par l'inégalité des conditions, ne flétrissent l'honneur de plusieurs familles illustres, et ne deviennent souvent la cause de leur ruine : c'est par des traits si marquez que les loix ont pris soin de caractériser ce genre de crime, qu'elles ont appellé rapt de séduction* ; elle se référait à l'article 42 l'ordonnance de Blois et à la déclaration de 1639.[260] Elle reproduisait l'expression *rapt de séduction* confirmant ainsi la jurisprudence.[261]

Ainsi, l'apport de la législation royale devint considérable en matière matrimoniale. Le professeur de droit d'Orléans, Pothier, appuyait la mainmise de l'État en réaffirmant la dissociation entre le contrat civil et le sacrement de mariage : *Observez que quoique la forme prescrite par le Concile pour les mariages soit très-sage, & qu'elle ait été en conséquence adoptée & confirmée par les Ordonnances de nos Rois,* […] *néanmoins le Concile excédoit son pouvoir en déclarant nuls de sa seule autorité les contrats de mariages où elle n'auroit pas été observée ; car les mariages en tant que contrats, appartiennent, comme tous les autres contrats, à l'ordre politique, et ils sont par conséquent de la compétence de la puissance séculiere, et non de celle du Concile à qui il n'appartenoit pas de statuer sur leur validité ou invalidité.*[262]

Afin de parachever ce développement de l'autorité séculière sur l'union conjugale, les parlements aboutirent à l'avènement de la compétence étatique pour juger les affaires portant sur le lien matrimonial.

---

[258] *Idem*, Pages 166-167.
[259] *Concernant le rapt de séduction dans la province de Bretagne, et quelques autres provinces du Royaume. Id.*, Page 186.
[260] *Id.*, Pages 186 à 196.
[261] *Infra* § 3.
[262] POTHIER, *op. cit.*, Pages 432-433.

§ 3: Un parlementarisme gallican à l'appui de la sécularisation du mariage

Et d'abord tout le monde convient que le mariage est la première de toutes les sociétés, et la source de toutes les autres ; et c'est sans doute pour cette raison que les législateurs se sont comme épuisés dans tout les temps, pour lui donner plus de force et d'autorité. Aussi lorsque dans les officialités, on donne la moindre atteinte aux mariages, et que l'on s'écarte des loix qui sont prescrites en cette matière, on commet autant d'abus, on blesse autant de fois cette puissance du souverain, qui assure le repos de l'état par celui des particuliers.[263] A travers la jurisprudence des parlements, on dénotait leur soutien à un empiètement du pouvoir laïc sur l'institution matrimoniale, et leur volonté de défendre l'ordre familial. Néanmoins, l'étude d'un certain nombre de décisions juridictionnelles au XVIIe siècle paraît révéler des positions plus nuancées.[264] *Les Parlements, par l'appel comme d'abus, veillaient à l'observation des édits royaux*[265] ; tel était le rôle des juges royaux à cet égard.

D'abord, les parlements combattaient les décisions des officialités puisque l'ordonnance de Blois n'ayant pas expressément déclaré nuls les mariages contractés sans une bénédiction par le prêtre, les juges d'Église statuaient en se fondant sur des principes antérieurs tels que celui issu des décrétales : *sponsalia de futuro transeunt in matrimonium per carnalem copulam subsecutam*,[266] ou sur la cohabitation impliquant la présomption de mariage si bien qu'il n'était pas possible d'admettre de preuve contraire. De cette manière, les officialités jugeaient (et ce encore jusqu'au XVIIe siècle) que le commerce de deux personnes qui avaient promis de s'épouser pouvait constituer un mariage. C'est-à-dire, plus précisément, que ces juges d'Église estimaient que les promesses suivies de cohabitation formaient le commencement d'un mariage, que *ce ne pouvait être qu'un vrai mariage, autrement on*

---

[263] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 147-148. Pour cet auteur (qui fut avocat au Parlement de Paris), le mariage est un contrat de droit civil sur lequel la puissance séculière et non l'Église possède l'exclusive autorité, le sacrement ne faisant que se surajouter au contrat pour les baptisés.

[264] *Cf.* JEANCLOS Yves, « Consentement et pratique matrimoniale en France au XVIIe siècle », dans *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Volume 58, *Parents et enfants*, Dijon, 2001, Pages 309 à 358. L'auteur démontre, à travers de nombreux arrêts rendus par les parlements, *ibidem*, Pages 311 et 315 (cette étude porte sur *le XVIIe siècle, qui, en matière matrimoniale, commence avec l'édit de 1556, et se termine, de manière ordinaire en 1715*), que *la pratique des juridictions vient parfois contredire les exigences royales et valoriser l'approche ecclésiastique*. Selon lui, *ibid*., Page 357, *le mariage-consentement semble une pratique matrimoniale ordinaire dans la France du XVIIe siècle*.

[265] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 32.

[266] Décrétales de Grégoire IX, cité par BEAUCHET Ludovic, *op. cit.*, Page 637.

n'aurait pas pu condamner les parties à se marier solennellement sans violer le principe que le consentement des époux doit être librement donné. De cette façon, l'officialité de Sens jugea , le 13 septembre 1600, *présumé de présomption de droit un mariage qui reposait sur une simple promesse et condamna les parties à le solenniser en face d'Église*. Ces sortes de sentences des officialités furent déclarées abusives par un arrêt du parlement de Paris du 21 février 1606 ; pourtant cette pratique continua puisqu'on relève neuf arrêts jugeant ces sentences abusives et ce jusqu'en 1637.[267] La question de la sanction du défaut des publications de bans se posa devant les tribunaux, relativement à l'article 40 de l'ordonnance de Blois de 1579. La nature de cette sanction était confuse puisque tout en déclarant les mariages *sans proclamations précédentes de bans* non valablement contractés, cet article se référait aux *peines portées par les conciles*[268] ; or le concile de Trente avait prévu que l'absence de bans n'impliquait pas la nullité du mariage mais des pénalités. La jurisprudence varia. Au départ, des arrêts (dont un arrêt du parlement de Paris de 1584) jugèrent que le défaut de publication des bans rendait le mariage nul. Ensuite, à partir du milieu du XVIIe siècle, les juges différencièrent les mariages conclus entre des majeurs, pour lesquels la publication des bans n'était plus exigée pour la validité du mariage, et ceux conclus entre des mineurs. A l'encontre de ces derniers, si l'union avait été contractée sans le consentement des parents, le défaut de publication entrainait la clandestinité et donc la nullité du mariage. De cette façon, la jurisprudence contrait la décision du concile de Trente quant aux mariages contractés sans autorisation des parents.[269] Le pouvoir séculier se heurta à la défiance du clergé quant à l'application de la disposition de la déclaration du 26 novembre 1639, qui attribuait un rôle actif au prêtre dans la célébration du mariage ; le clergé n'admettant pas que la législation royale eût contrevenu aux mesures conciliaires. Et ce fut le parlement de Paris qui tenta de trancher la question en rendant un arrêt de règlement, en 1650, où il imposait la présence volontaire et active du prêtre pour la validité du mariage. Seuls les statuts synodaux des diocèses ressortissant au parlement de Paris prirent plus ou moins en compte cet arrêt.[270]

Les anciennes pratiques de formation du mariage persistaient au XVIIe et les parlements intervenaient pour faire respecter la législation royale. Si dans l'ensemble, la

---

[267] BEAUCHET Ludovic, *idem*, Pages 636-637.
[268] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XIV, 1829, Page 391.
[269] ESMEIN A., *op. cit.*, Tome second, Pages 199-200.
[270] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, *op. cit.*, Page 318.

bénédiction nuptiale s'était imposée comme l'usage général, un nombre non négligeable de couples se passaient de la célébration religieuse. Ce fut à l'égard des *mariages à la Gaulmine* (qui se faisaient par un simple acte dressé par un notaire, en présence du curé, par lequel les parties déclaraient se marier) que les parlements eurent l'occasion de devancer la législation royale, qui n'avait jamais été jusqu'à prononcer la nullité. La nullité apparaissait comme la seule façon de mettre un terme à ces unions qui causaient *de grands troubles dans les familles, beaucoup de désordres dans les consciences et d'extrêmes embarras aux curés et aux évêques.*[271] D'abord, la jurisprudence varia jusqu'aux alentours de 1680-1690.[272] Notamment, lors d'un plaidoyer devant le parlement de Paris, en 1673, l'avocat général Talon concluait *qu'un mariage peut être valablement contracté sans bénédiction, en la présence du curé et de quatre témoins, lequel curé doit assister volontairement*. En effet, selon lui, le but était d'écarter le danger de la clandestinité, ce qui était le cas grâce à la présence du prêtre et des témoins. De plus, le concile de Trente n'avait pas prescrit la bénédiction nuptiale à peine de nullité. A l'occasion d' une affaire où la présence du curé était involontaire (les parties s'étaient rendues dans le presbytère avec un notaire qui avait dressé acte du refus du curé et de leur consentement réciproque de s'unir), l'avocat général Talon plaida dans le sens de la non validité du mariage.[273] Un arrêt de règlement, du 5 septembre 1680,[274] avait *fait défenses à tous Notaires, à peine d'interdiction, de passer aucuns actes par lesquels les hommes et femmes déclarent qu'ils se prennent pour mari et femme, sur le refus qui leur seroit fait par les Evêques , Grands-Vicaires et Curés, de leur conférer le Sacrement de mariage , et ordonne que lesdits Evêques, Grands-Vicaires et Curés seront tenus de donner des actes par écrit, contenants les causes de leur refus, lorsqu'ils en seront requis.* Ces *défenses* furent réitérées

---

[271] Extrait de l'article 11 des remontrances du clergé de 1680, cité par BEAUCHET Ludovic, *id.*, Pages 641 à 643.

[272] GHESTIN Jacques, *op. cit.*, Pages 84 à 87. *Le 29 décembre 1639, sur conclusions conformes de l'avocat général Bignon, le parlement de Paris refusa d'annuler le mariage de Geneviève Duval et François Le Prêtre, qui, sur le refus de leur curé de procéder à la célébration, l'avaient interpellé par devant notaires et s'étaient fait donner acte de ce qu'ils se prenaient en sa présence pour mari et femme.* [...] *au milieu du XVIIe siècle, l'avocat général Bignon devait conclure à la nullité de tels mariages ; mais il ne semble pas que la jurisprudence du parlement se soit déjà fixée*.

[273] BEAUCHET Ludovic, *id.*, Page 642.

[274] *Cf.* DEMARS-SION Véronique, « L'amour astucieux : les mariages par surprise dans le ressort de l'officialité de *Cambrai* au XVIIIe siècle », dans BONTEMS Claude (dir.), *Mariage- Mariages*, Actes du colloque international de l'AFAD, Paris, PUF, 2001, Page 188 (notes 20 et 21). Il s'agit d'un arrêt de 1680 et non de 1650, c'est une erreur dans l'ouvrage de Pothier. Cet arrêt ne s'appliquait que dans le ressort du parlement de Paris, et il ne fut pas réellement efficace sur l'attitude des notaires.

par un arrêt du 10 décembre 1688.[275] En cas de refus de la part du prêtre de procéder à la célébration du mariage, si ce refus était mal fondé, les parties avaient deux possibilités : soit la voie ordinaire, c'est-à-dire se pourvoir devant l'officialité pour demander qu'il fût enjoint au curé de célébrer le mariage, soit la voie de l'appel comme d'abus du refus du prêtre ou appel comme d'abus de la sentence de l'officialité qui avait autorisé le refus du prêtre.[276] Dans les remontrances du clergé adressées à Louis XIV, et en particulier celles de 1680, les évêques se plaignaient que les *mariages à la Gaulmine* devenaient très répandus.[277] Les statuts synodaux les assimilaient à des mariages clandestins.[278] L'assemblée du Clergé de 1680 sollicita donc du roi qu'il déclarât de tels mariages privés d'effets civils (et non pas nuls puisque le concile de Trente n'avait pas établit cette nullité), et qu'il prononçât des peines à l'égard des époux, des notaires et des témoins. Dans l'article 11 de ses remontrances, l'assemblée constatait *que trois sortes de personnes contractent mariage dans cette forme: ceux au mariage desquels on a formé opposition ; les enfants de famille qui n'ont pas le consentement de leurs parents ; les catholiques qui veulent épouser des personnes de la R.P.R.*.[279] A partir de la fin du XVIIe siècle, les *mariages à la Gaulmine* furent déclarés nuls par les cours souveraines. Le parlement de Paris, dans un arrêt du 12 août 1698, déclara que l'intervention active du prêtre était essentielle à la formation du mariage. Ainsi, ce qui pouvait être appréhendé comme une forme de célébration civile du mariage ne fut pas soutenu et fut même combattu par les parlements, ceux-ci n'envisageant pas la licéité d'un mariage civil.[280]

Par ailleurs, le parlement de Paris avait pu affermir son rôle de juge de la validité du lien matrimonial à l'occasion de l'affaire du mariage de Gaston de France. Un ancien usage *qui s'est toujours pratiqué dans le Royaume* établissait la règle selon laquelle *les Princes de sang ne peuvent contracter mariage sans le consentement du Roi*.[281] La question était alors de déterminer si ce défaut de consentement était un empêchement dirimant au mariage. Elle se

---

[275] POTHIER, *op. cit.*, Pages 436-437.
[276] *Idem*, Pages 437-438.
[277] BEAUCHET Ludovic, *id.*, Page 643.
[278] DEMARS-SION Véronique, *op. cit.*, Pages 187-188. Le clergé condamna cette pratique dès la seconde moitié du XVIIe siècle. En 1679, une ordonnance de l'évêque de Tournai sanctionnait tous les participants à ces mariages d'excommunication. Pourtant ces mariages n'omettaient pas de souscrire aux formes prescrites par le concile de Trente qui ne les auraient donc pas considérés comme clandestins, mais de cette façon, les autorités ecclésiastiques répondaient *à une fraude par une autre fraude*.
[279] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 74.
[280] *Idem*, Pages 74-75.
[281] POTHIER, *id.*, Pages 411 à 413.

posa lors du mariage de Gaston de France (Duc d'Orléans)[282] avec la Princesse Marguerite de Lorraine, contracté sans le consentement du roi.[283] Le procureur général Molé fut chargé des poursuites en vue de l'annulation du mariage (la nullité ayant été sollicitée par le roi, par lettre de cachet adressée au parlement de Paris) et dans ce but une action de rapt fut intentée dont les principaux accusés étaient la princesse Marguerite et son frère le duc de Lorraine. Dans un arrêt du 5 septembre 1634, le parlement jugea le *prétendu mariage non valablement contracté* pour cause de rapt.[284] De plus, en 1635, l'assemblée du Clergé, dans une déclaration, admit que l'absence de consentement du roi impliquait la nullité du mariage.[285] Ainsi, le roi légiférait sur le lien matrimonial puisqu'il établissait des empêchements dirimants.[286] Ce droit du roi de constituer un empêchement dirimant fondé sur le seul défaut de son consentement, même s'il ne reposait sur *aucune loi assez formelle et assez précise*, fut accepté par *les Docteurs de Sorbonne* dont l'opinion avait été requise à propos de la nullité du mariage.[287]

Les parlementaires allaient s'avérer beaucoup plus radicaux que le pouvoir royal pour défendre leurs positions gallicanes. Par exemple, Denys Talon, un juriste défendant la conception d'une emprise laïque totale sur l'institution matrimoniale, déclara devant le parlement de Paris, le 16 février 1677 : *C'est en vain que l'on oppose les décrets du Concile de Trente. Ce Concile n'est point reçû dans le royaume* [...] *encore que ce Concile ait lancé des anathèmes contre ceux qui doutent de la validité des Mariages des enfans de famille, contractés contre la volonté de leurs Pères ; et qu'il ait prononcé la même peine à l'égard de ceux qui soutiennent que l'Église ne peut pas apporter Empêchemens aux Mariages, toutes*

---

[282] Frère de Louis XIII.

[283] *Cf.* DEGERT A., « Le mariage de Gaston d'Orléans et de Marguerite de Lorraine », dans *Revue historique*, Tomes CXLIII et CXLIV, 1923, Pages 161 à 180 et 1 à 57. Spécialement page 171, l'auteur indiquait qu'*aucune des formalités requises par le droit canon en pareille occurrence n'avait été omise.*

[284] DEGERT A., *idem*, Pages 6 à 10.

[285] POTHIER, *id.*, Page 411 à 413. Le Duc d'Orléans *reconnut la nullité de son mariage par acte du 16 Août 1635 ; mais depuis étant rentré en grâce, il obtint la permission de le réhabiliter, et il fut de nouveau célébré par l'Archevêque de Paris à Meudon au mois de Mai 1647.*

[286] BASDEVANT Jules, *idem*, Pages 31-32.

[287] POTHIER, *id.*, Page 411 à 413. *Tel étoit le sentiment de M. Hennequin, célèbre Professeur de Sorbonne, qui, suivant une anecdote que nous rapporte M. Boileau, dans son Traité des Empêchements de mariage, ayant été mandé par le Cardinal de Richelieu, pour dire son avis sur ce mariage, répondit : « le mariage est bon » ; que le Roi fasse une loi qui fasse un empêchement dirimant du défaut de son consentement, et de tels mariages seront nuls.*

ces choses ne peuvent être des matières de Foi.[288] Précédemment, l'avocat général Talon avait déjà attenté à la compétence juridictionnelle de l'Église, à propos de la jurisprudence des officiaux qui donnait force obligatoire aux fiançailles (c'est-à-dire qu'ils condamnaient les fiancés à solenniser en raison des promesses de mariages). Ce fut à l'occasion d'un réquisitoire (dans un arrêt du 10 avril 1636 du parlement de Paris) qu'il exposa : [...] *n'y ayant aucune action parmi les hommes où la liberté et la franchise soit si pleinement et absolument nécessaire comme un mariage, à la solennisation et consommation duquel personne ne peut être contraint, quoiqu'il y en ait promesses par écrit mêmes passées devant notaires* [...] *il s'ensuit que la juridiction des officiaux est superflue et inutile*.[289]

De plus en plus, l'empiètement du droit séculier sur la réglementation canonique du mariage s'affirma, appuyé par ce parlementarisme gallican. Dans un arrêt de règlement du 27 août 1692, le parlement de Paris explicita *la forme légitime* que devait prendre la procédure des sommations respectueuses, qui était obligatoire sous peine d'exhérédation pour les fils majeurs (au delà de trente ans) et les filles majeures (au delà de vingt-cinq ans)[290] et qui consistait à requérir par écrit le consentement de leurs pères et mères. *L'enfant doit commencer par présenter au Juge Royal du lieu du domicile de ses père et mère, une requête aux fins qu'il lui soit permis de faire à ses père ou mère des sommations respectueuses, de lui donner leur consentement au mariage qu'il se propose de contracter avec un tel ou une telle. En conséquence de la permission que le Juge met en bas de la requête, l'enfant doit se transporter chez ses père ou mère, avec deux Notaires, ou un Notaire et deux témoins ; et là les requérir de lui accorder leur consentement au mariage qu'il se propose de contracter avec une telle ; de laquelle réquisition, le Notaire dresse un acte ; c'est ce qu'on appelle sommations respectueuses. Il doit en être fait au moins deux*.[291] Les cours souveraines allèrent plus loin que la simple interprétation des ordonnances royales en surajoutant certaines exigences à ce qui était prévu par les textes en vigueur. Ce fut le cas à propos de la question de savoir si la présence d'un seul curé suffisait quand les parties étaient issues de deux

---

[288] *Discours de Messieurs Talon et de Lamoignon, sur le pouvoir qu'ont les Souverains d'apposer des Empêchemens dirimans au Mariage*, Du 16 février 1677, cité par LE RIDANT, *Traité sur le mariage*, *Examen de deux questions importantes sur le mariage*, s. n., 1753, Pages 84-85.

[289] Cité par LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « Ad matrimonium contrahere compellitur », dans *Revue de droit canonique*, 1978, Volume 28, N° 2-4, Page 215.

[290] Déclaration du 26 novembre 1639. L'édit de mars 1697 imposa la même procédure aux veuves majeures (plus de vingt-cinq ans).

[291] POTHIER, *id.*, Pages 407-408.

paroisses différentes. Le concile de Trente s'en contentait et la déclaration de 1639 prescrivait seulement une permission par écrit de chacun des prêtres. Les parlements exigèrent le concours des deux curés, cette jurisprudence ne se fixa qu'en 1732 quant le premier président du parlement de Paris déclara : *La cour* […] *ne balancera jamais à décider pour la nécessité du concours des deux curés*. Une autre question se posait aux parlementaires, celle du domicile matrimonial, qui était régi par l'ordonnance de 1697 (six mois ou un an de résidence, et pour les mineurs de vingt-cinq ans, ils étaient considérés domiciliés chez leurs parents). Cette réglementation fut modifiée, afin de parvenir à un contrôle efficace des familles sur les mariages, par la jurisprudence. Il y eu notamment un arrêt du 22 juillet 1733 rendu par le parlement de Paris, qui annula un mariage, l'une des parties n'ayant pu avoir un domicile autre que celui de ses parents ; la cour jugea que le domicile d'un mineur reste identique même après sa majorité tant qu'il n'a pas établi domicile ailleurs.[292]

Sous un autre aspect, la jurisprudence des parlements fut plus audacieuse que les ordonnances royales en admettant la nullité des mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement des parents : il s'agissait de la théorie du rapt de séduction. Grâce à cette construction jurisprudentielle, les juges réussirent à prononcer la nullité de ces mariages tout en étant en quelque sorte en accord avec le concile de Trente qui annulait les mariages pour cause de rapt.[293] En effet, les parlements utilisèrent l'empêchement canonique de rapt, le concile de Trente ayant décidé, lors de la XXIVe session du concile (chapitre 6), qu'il s'agissait d'un empêchement dirimant, le mariage contracté suite à un rapt était nul.[294] Le rapt pouvait être appréhendé sous deux formes : *l'un qui se commet avec violence et par l'enlèvement forcé de la personne ravie qui n'y consent pas, c'est ce qu'on appelle rapt de violence ; l'autre qui se fait par caresses, présents, attraits et artifices, mais sans ravir le consentement et c'est ce qu'on appelle rapt de séduction.*[295] La question se posa de déterminer si le rapt de séduction

---

[292] GHESTIN Jacques, *op. cit.*, Pages 88 à 91.
[293] ESMEIN A., *op. cit.*, Page 194. *Mais il n'entendait ni la clandestinité ni le rapt dans le même sens que nos anciens jurisconsultes. Dans leur doctrine il y avait, quant à la forme, une interprétation extensive, et, pour le fond, une réforme véritable.*
[294] DUGUIT Léon, « Étude historique sur le rapt de séduction », dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1886, Page 616.
[295] DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, Tome IV, Lyon, Duplain, 1770, « Rapt ».

pouvait être assimilé au rapt entendu par l'Église qui était le rapt commis avec violence ; [296] les théologiens gallicans et plusieurs ultramontains établirent l'affirmative.[297] La législation royale avait assimilé au rapt l'absence de consentement des parents au mariage des enfants. Les cours souveraines jugeaient que si un mineur s'était marié sans autorisation parentale, c'était à la suite des promesses fallacieuses dont il avait été victime, la séduction était présumée,[298] le mariage était nul pour cause de rapt. En plus des peines pécuniaires prévues par les lois du roi[299] à l'encontre des enfants de famille, la peine encourue était la peine de mort.[300] Toutefois, la peine de mort pour rapt ne fut que rarement appliquée.[301] Le rapt était un crime public, les ravisseurs et leurs complices pouvaient être poursuivis d'office par les officiers du ministère public.[302] Pour les parlements, il s'agissait de protéger les familles

---

[296] DUGUIT Léon, *idem*, Page 617. [...] *la séduction en fait de mariage n'est un rapt de séduction que quand elle se trouve accompagnée de ces neuf conditions : 1- Il faut que la personne séduite ou ravie soit mineure. 2- Il faut un enlèvement soit avec transmarchement de personnes, soit, concerté de façon que la fille se retire, du consentement de son ravisseur, de la maison paternelle, et se livre en sa puissance. 3- Il faut que la séduction soit pressante et artificieuse. 4- Il faut que la fille consente à l'enlèvement, sans quoi ce seroit un rapt de violence. 5- Il faut que la séduction se fasse à l'insu des parents ; s'ils y consentoient ou la conseilloient, il n'y aura plus de rapt. 6- Il faut que les parties ne soient pas égales en biens et en condition ; car alors le rapt ne se présumeroit pas aisément. 7- Il n'est pas nécessaire pour le rapt de séduction, que la personne séduite ait été violée. 8- Il faut que le rapt de séduction se fasse en vue d'un mariage. 9- Il faut que la fille qui est séduite, soit ou passe dans le monde pour une fille d'honneur ; car si c'est une personne connue publiquement pour être une débauchée, ou s'il est notoire qu'elle a déjà perdu son honneur, ce n'est plus un rapt de séduction, c'est libertinage ; la présomption est contre elle.*

[297] *Cf.* DURAND DE MAILLANE, *idem*, « Rapt ».

[298] JOUSSE, *op. cit.*, Tome troisième, Pages 705 et 727 à 729. Le rapt était répertorié parmi les crimes de luxure c'est-à-dire *toute conjonction ou habitude charnelle illicite et prohibée par les loix*, le rapt était défini comme *le crime de ceux qui séduisent ou enlèvent des personnes pour les épouser, ou pour avoir habitude avec elles. Lorsqu'on emploie pour cela que des artifices capables de séduire, ce crime prend le nom de rapt de séduction, surtout à l'égard des mineurs ; et les mariages qui se font en conséquence sans le consentement des parents, sont regardés comme des mariages clandestins.* [...] *la séduction se présume toujours à l'égard des personnes mineures*. Plus précisément, concernant le *rapt de séduction à l'égard des filles ou veuves mineures*, il *n'est pas moins qualifié de ce nom, quoiqu'il se fasse du consentement de la fille mineure ; parce qu'une mineure n'est pas libre de sa volonté, et ne peut disposer de sa personne pour s'abandonner à une autre.* Le rapt pouvait avoir lieu *à l'égard des mineurs mâles*.

[299] *Supra* § 2.

[300] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 193-194. Article 42 de l'ordonnance de Blois, article 169 de l'ordonnance de 1629, article 3 de la déclaration du 26 novembre 1639 et article 2 de la déclaration du 22 novembre 1730. Ce dernier article prescrivait que cette peine de mort soit prononcée contre les ravisseurs, *sans qu'il puisse être ordonné qu'ils subiront cette peine s'ils n'aiment mieux épouser la personne ravie, ni pareillement que les juges puissent permettre la célébration du mariage avant ou après la condamnation, pour exempter l'accusé de la peine prononcée par les ordonnances ; ce qui aura lieu, quand même la personne ravie, et ses pères et mères, tuteur ou curateur, requeroient expressément le mariage*.

[301] DUGUIT Léon, *id.*, Page 623.

[302] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Veuve Desaint, 1777, Tome quatrième, « Rapt et enlèvement », Page 93. *Le rapt étant un crime*

contre les mésalliances, en effet, *il faut pour qu'un rapt soit qualifié de rapt de séduction, qu'il y ait inégalité de fortune, d'âge, ou de condition, ou quelqu'autre circonstance qui le démontre*.[303] La théorie élaborée par la doctrine et la jurisprudence s'était systématisée au XVIIIe siècle ; elle s'appliquait aux mineurs de vingt-cinq ans ayant contracté un mariage sans l'accord parental, leur mariage était annulé car il y avait présomption absolue de séduction (pas d'admission de la preuve contraire).[304] *Cette notion avait l'avantage de faire que l'antagonisme entre les lois ecclésiastiques et les lois séculières existait quant aux résultats seulement et non quant aux principes*.[305]

Les causes matrimoniales étaient à la fois justiciables des juridictions ecclésiastiques[306] et de la justice du roi, plus précisément une partie pouvait invoquer la nullité d'un mariage soit par la voie ordinaire, devant l'officialité,[307] soit par la voie extraordinaire, devant le parlement.[308] Selon Pothier, seule la voie de l'appel comme d'abus

---

public, il est interdit aux peres et meres de consentir au mariage de ceux qui en sont coupables, et de faire grace au ravisseur. Tel fut le fondement d'un arrêt *rendu le 14 juillet 1725, en la tournelle*.

[303] JOLY De FLEURY, avocat général, dans un arrêt du 30 juillet 1707, cité par JOUSSE, *op. cit*., Pages 727-728.

[304] DUGUIT Léon, *op. cit.*, Pages 617 et 620-621.

Cf. JEANCLOS Yves, « Consentement matrimonial et rapt de séduction en France d'après quelques actes de la seconde moitié du XVIIIe siècle », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 269 à 305, spécialement pages 303 à 305. Il souligne qu'à la fin du XVIIIe siècle, en interprétant de façon restrictive les éléments constitutifs du rapt de séduction et en reconnaissant la validité du lien matrimonial malgré l'accusation de rapt de séduction, *nombre de juges privilégient désormais le « consensus partium » sur l'« acceptatio parentum »*.

[305] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 115.

[306] CUILLIERON Monique, « Les causes matrimoniales des officialités de Paris au Siècle des Lumières, 1726-1789 », dans *Revue historique de droit français et étranger,* 1988, Volume 4, Pages 527 et 558. En s'appuyant sur les requêtes en annulation de mariage devant les officialités diocésaine et métropolitaine de Paris pour la période allant de 1726 à 1789, l'auteur constate que *les officialités de Paris connaissent encore, à la fin du siècle des Lumières, d'un certain nombre de causes d'annulation du mariage*, et ce *malgré l'âpre concurrence des juges séculiers*.

[307] POTHIER, *op. cit.*, Tome second, Pages 93-94. *La voie ordinaire est l'assignation que la partie qui demande la cassation de son mariage, doit donner à l'autre devant l'Official, pour en voir prononcer la nullité. Quoique le mariage soit principalement un contrat civil, qu'il appartienne, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, et qu'en conséquence il soit soumis à la puissance séculiere ; néanmoins comme, en tant qu'il est élevé à la dignité du Sacrement, il renferme aussi quelque chose de spirituel ; nos Rois ont bien voulu permettre et attribuer aux Juges d'Eglise la connoissance des causes qui concernent les mariages, à la charge, par eux de se conformer aux Ordonnances*.

[308] *Idem*, Page 96. *La voie extraordinaire est l'appel comme d'abus que la partie peut interjetter en la Grand'Chambre du Parlement, (à qui la connoissance de l'abus est attribuée, par les Ordonnances du Royaume) des Jugements, Ordonnances, ou procédures, faites par le Juge d'Eglise sur ce sujet, lorsqu'il s'y trouve quelque*

pouvait être soulevée lorsque la nullité était soulevée par une partie autre que les conjoints,[309] cela était *contestable en droit* (car la question des *intérêts temporels* se rapportait au jugement sur la validité du mariage) et dénotait les restrictions qui avaient été apportées à la compétence des tribunaux d'Église au cours du XVIIIe siècle.[310]

En plus de légiférer et d'étendre sa compétence juridictionnelle sur la formation du lien matrimonial, le pouvoir royal établit de nouvelles exigences pour faire la preuve d'un mariage.

§ 4 : L'influence de la législation royale quant à la preuve du mariage et la possession d'état d'époux

Tout en réglementant la formation du lien matrimonial et sa publicité, le pouvoir royal, peu à peu, restreignit les moyens de preuve du mariage, l'ancien système de la preuve ne facilitant pas la connaissance précise des liens de parenté (pour l'application des empêchements). De plus, la clandestinité pouvant provenir des incertitudes probatoires, des prescriptions légales furent nécessaires afin d'assurer une preuve sûre du mariage, il s'agissait d'empêcher la bigamie, la dissolution du lien et la confusion avec un concubinage. Comme l'expliqua Durand de Maillane, *il est nécessaire de faire connoître* (à l'égard de l'état des baptêmes, mariages, sépultures, …) *les plus nouveaux réglements que le législateur lui-même dit être des plus importants de la société, parce qu'ils servent à établir l'ordre des familles, et à assurer l'état de ceux qui les composent.*[311]

---

chose de contraire aux Ordonnances ou aux Canons. On peut aussi interjetter appel comme d'abus de la célébration du mariage, lorsqu'on prétend qu'il a été célébré contre les Loix ou les Canons.

[309] *Id.*, Pages 97-98. *Lorsque ce sont les parents de 1'une des Parties qui attaquent après sa mort son mariage, pour exclure les enfants qui en sont nés , de la succession ou la veuve de son douaire et de ses conventions matrimoniales, il est évident que la question ne peut plus être portée devant le Juge d'Eglise, car il ne peut être compétent que pour juger du lien de mariage, dont il ne peut plus être question après la mort de l'une des parties N'étant plus question entre les parties que d'intérêts temporels , il n'y a que le Juge séculier qui puisse être compétent ; c'est pourquoi l'affaire en ce cas, doit se porter au Parlement par la voie d'appel comme d'abus ; c'est ce qui résulte de ces termes qui sont en fin de l'Art. 34 de l'Edit de 1695, « ou qu'il s'agisse d'une succession ».*

[310] GAUDEMET Jean, «Mariage clandestin et appel comme d'abus », dans GAUDEMET Jean, *Sociétés et mariage*, Strasbourg, Cerdic, 1980, Pages 418-419.

[311] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *op. cit.*, Tome cinquième, « Registre », Page 108.

D'abord, il convient de rappeler l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 qui imposait l'usage du français dans les actes officiels et de justice[312] et qui avait enjoint aux curés de tenir registre des baptêmes et sépultures[313] (ceci avait, depuis le XVe siècle, été recommandé par certaines autorités religieuses). L'enregistrement ne devait donc plus s'effectuer sur des feuilles volantes et plus en latin mais en français. Le concile de Trente avait rendu obligatoire la tenue de registres constituant une preuve préconstituée du mariage mais il n'avait pas interdit d'autres moyens de preuve tels que la preuve par témoins, par commune renommée,[314] ou par la possession d'état.[315] L'ordonnance de Blois, dans l'article 181, avait repris la disposition du concile, et de cette façon complétait l'ordonnance de Villers-Cotterêts en ajoutant l'obligation d'enregistrer les mariages sur les registres. Cet article énonçait : *Pour éviter les preuves par témoins que l'on est souvent contraint faire en justice, touchant les naissances, mariages, morts et enterrements des personnes : Enjoignons à nos greffiers en chef de poursuivre par chacun an tous curez, ou leurs vicaires du ressort de leurs sièges, d'apporter dedans deux mois après la fin de chacune année, les registres des baptesmes, mariages et sépultures de leurs paroisses faits en icelle année. Lesquels registres lesdits curez en personne, ou par procureur spécialement fondé, affirmeront judiciairement contenir vérité* [...].[316] Quant à la valeur probante que l'on pouvait attribuer à ces registres, la jurisprudence se fondait sur l'ordonnance de Moulins de février 1566 qui écartait la preuve testimoniale lorsque l'intérêt du litige dépassait la somme de 100 livres.[317] C'est-à-dire que la preuve écrite

---

[312] Ordonnance de Villers-Cotterêts, article 111, dans ISAMBERT, *op. cit.*, Tome XII, Pages 622-623. *Et pour ce que telles choses sont souvent advenues sur l'intelligence des mots latins contenus esdits arrests, nous voulons d'oresnavant que tous arrest, ensemble toutes autres procédures, soient de nos cours souveraines et autres subalternes et inférieures, soient de registres, enquestres, contrats, commissions, sentences, testaments, et autres quelconques, actes et exploicts de justice ou qui en dépendent, soient prononcés, enregistrés et délivrés aux parties en langage maternel françois et non autrement.*

[313] Ordonnance de Villers-Cotterêts, articles 50 à 55, dans ISAMBERT, *op. cit.*, Tome XII, Pages 610-611.

[314] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Tome premier, Paris, Damonneville, 1762, « Commune renommée », Pages 318-319. *Commune renommée, est la voix publique, qui sert de preuves en plusieurs occasions.*

[315] ESMEIN A., *op. cit.*, Tome second, Page 215.

[316] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 19-20.

[317] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XIV, 1re partie, 1829, Page 203. L'article 54 de l'ordonnance de février 1566 prescrivait : *Pour obvier à multiplication de faits que l'on a vû ci-devant estre mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, dont aviennent plusieurs inconvéniens et involutions de procès : avons ordonné et ordonnons que d'oresnavant de toutes choses excédans la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passez contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement, sera faite et reçûë toute preuve esdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu au contrat, ne sur ce qui seroit allégué avoir esté dit ou convenu avant icelui, lors et depuis.* [...].

du mariage était requise si les parties possédaient *quelque fortune*, elle n'était pas exigible quand les parties ne possédaient aucune fortune et dans ce cas la preuve par témoins suffisait.[318]

L'ordonnance de 1629, dans l'article 29, avait voulu renforcer l'obligation faite aux curés de porter les registres aux greffes des tribunaux laïques en réduisant le délai à un mois.[319] L'article 40 de cette ordonnance édictait : *Nous défendons à tous juges, même à ceux de cour d'église, de recevoir à l'avenir aucune preuve par témoins & autres, que par écrit, en fait de mariage, fors & réservé entre personnes de village, basse & vile condition : à la charge néanmoins que la preuve n'en puisse être admise que des plus proches parens de l'une & l'autre des parties, & au nombre de six pour le moins*.[320] Cette exception allait être effacée par l'article 7 de la déclaration du 26 novembre 1639 qui défendait *à tous juges, même à ceux d'Église, de recevoir la preuve par témoins des promesses de mariage ni autrement que par écrit qui soit arrêté en présence de quatre proches parents de l'une et de l'autre des parties, encore qu'elles soient de basse condition*.[321] Et la distinction fut confirmée par l'ordonnance civile de 1667.

Avec l'ordonnance civile de 1667, la preuve du mariage ne pouvait s'établir juridiquement qu'au moyen des registres paroissiaux.[322] Cette ordonnance uniformisant *la procédure civile*, au titre 20 (*Des faits qui gisent en preuve vocale ou littérale*) contenait les mêmes prescriptions que l'ordonnance de Blois ; l'article 7 énonçait : *Les preuves de l'âge, du mariage, et du temps du décès, seront reçues par des registres en bonne forme, qui feront foi et preuve en justice*.[323] Et l'article 8 exposait : *Seront faits par chacun an deux registres pour écrire les baptêmes, mariages et sépultures en chacune paroisse, dont les feuillets seront paraphez et cottez par premier et dernier, par le juge royal du lieu où l'église est située ; l'un*

---

[318] PETOT Pierre, *op. cit.*, Pages 442 et 447-448.

[319] LE RIDANT, *op. cit.*, Page 26. *Nous enjoignons à tous curés faire doresnavant, par chacun an, bons & fidèles registres des baptêmes, mariages, mortuaires , & iceux porter, dans le premier mois de l'année suivante aux greffes de nos justices ordinaires & plus prochaines, à peine de cinquante livres d'amende. Défendons aux greffiers d'exiger aucune chose d'eux à peine de concussion.*

[320] *Idem*, Pages 27-28.

[321] *Id.*, Pages 45-46.

[322] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille,* Paris, PUF, 1996, Pages 77-78. A partir de cette nouvelle législation, ils devinrent de *véritables registres d'état civil*.

[323] SERPILLON François, *Code civil ou Commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667*, Paris, Delaguette, 1776, Page 327. *Cet article et les autres de ce titre, ont reçu de grands changements par la Déclaration du Roi de 1736*.

desquels servira de minute, et demeurera ès mains du curé ou du vicaire, et l'autre sera porté au greffe du juge royal pour servir de grosse [...]. Il était précisé à l'article 9 que s'agissant des mariages, *seront mis et les surnoms, âges, qualitez et demeures de ceux qui se marient, s'ils sont enfans de famille, en tutelle, curatelle, ou en puissance d'autrui, et y assisteront quatre témoins qui déclareront sur le registre s'ils sont parens, de quel côté et quel degré*. L'article 10 ordonnait : *Les baptêmes, mariages et sépultures seront en un même registre, selon l'ordre des jours, sans laisser aucun blanc ; et aussitôt qu'ils auront été faits, ils seront écrits et signez* [...] *les actes de mariage, par les personnes mariées, et par quatre de ceux qui y auront assisté ;* [...] *et si aucun d'eux ne savent signer, ils le déclareront, et seront de ce interpellez par le curé ou vicaire, dont sera fait mention*. Ensuite, l'article 11 imposait aux curés et aux vicaires *six semaines après chacune année expirée, de porter ou d'envoyer sûrement la grosse et la minute du registre signé d'eux et certifié véritable, au greffe du juge royal qui l'aura cotté et paraphé ; et sera tenu le greffier de le recevoir, et y faire mention du jour qu'il aura été apporté, et en donnera la décharge, après néanmoins que la grosse aura été collationnée à la minute qui demeurera au curé ou vicaire, et que le greffier aura barré en l'un et en l'autre tous les blancs et feuillets qui resteront, le tout sans frais ; laquelle grosse de registre sera gardée par le greffier pour y avoir recours. Après la remise du registre au greffe, il sera au choix des parties d'y lever les extraits dont ils auront besoin, signez et expédiez par le greffier, ou de le compulser ès mains des curez ou vicaires ; et y sera fait mention du jour de l'expédition et délivrance, à peine de nullité*, édictait l'article 12. Ce même article ajoutait que pour ces *extraits et certificats, pourront, tant les curez ou vicaires que les greffiers, prendre dix sols, ès villes esquelles il y a parlement, évêché ou siège présidial, et cinq sols ès autres lieux ; sans qu'ils puissent exiger ou recevoir plus grande somme, sous quelque prétexte que ce soit, à peine d'exaction*. L'article 14 admettait une exception à la règle posée par l'article 7 dans deux cas : *Si les registres sont perdus, ou s'il n'y en a jamais eu, la preuve en sera reçue, tant par titres que par témoins : et en l'un et en l'autre cas, les baptêmes, mariages et sépultures pourront être justifiez, tant par les registres ou papiers domestiques des pères et mères décédez, que par témoins, sauf à la partie de vérifier le contraire* [...]. Selon l'article 18, il était permis *à toutes personnes qui auront besoin des actes de baptêmes, mariages, sépultures, tonsures, ordres, vêtures, noviciats ou prossessions, de faire compulser tous les registres entre les mains des dépositaires, lesquels seront tenus de les représenter, pour en être*

pris des extraits, et à ce faire contraints, nonobstant tous privilèges et usages contraires ; à peine de saisie du temporel, et de privation de leurs droits, exemptions et privilèges à eux accordez par nous et nos prédécesseurs.[324] Cette ordonnance ôtait donc à la possession d'état d'époux pratiquement tout son intérêt. Elle ne conservait une utilité que dans le cas où les registres ne pouvaient être retrouvés ou s'ils n'avaient pas été tenus.

Ce seroit inutilement que les loix attentives à l'intérêt commun des familles et au bon ordre de la société, auroient voulu que les preuves de l'état des hommes fussent assurées par des actes authentiques, si elles ne veilloient avec une égale attention à la conservation des mêmes actes [...] ; ce fut la raison pour laquelle une déclaration de Louis XV du 9 avril 1736[325] éclairait sur la forme des registres et des extraits dans le but *d'achever et de perfectionner même, autant qu'il est possible, un ordre si nécessaire pour le bien public*. L'article 8 du titre 20 de l'ordonnance de 1667 était, en effet, observé de manière peu rigoureuse par les curés, qui, dans un grand nombre de paroisses *ont souvent négligé de remettre au greffe du siège royal un double de leur registre*.[326] Partant, l'article premier rectifiait l'ordonnance de 1667 : *Dans chaque paroisse de notre royaume il y aura deux registres, qui seront réputez tous deux authentiques et feront également foi en justice, pour y inscrire les baptêmes, mariages et sépultures qui se feront dans le cours de chaque année, l'un desquels continuera d'être tenu sur du papier timbré dans les pays où l'usage en est prescrit, et l'autre sera en papier commun ; et seront lesdits deux registres fournis aux dépens de la*

---

[324] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 59 à 67. La date inscrite en marge des articles de l'ordonnance est erronée dans cet ouvrage (*Avril 1677*).

[325] *Concernant la forme de tenir les registres des Baptêmes, Mariages, Sépultures, Vêtures, Noviciats et Professions, et des Extraits qui en doivent être délivrez*. Dans LE RIDANT, *idem*, Pages 197 à 230 ; SERPILLON François, Pages 327 à 336. La date de la déclaration figurant dans l'ouvrage de Serpillon à la page 327 est erronée (*7 Août 1736*).

[326] Il était précisé dans le préambule de la déclaration : *A la vérité il y a des diocèses où l'on est entré si parfaitement dans l'esprit de la loi, que l'on y a ajouté la précaution nouvelle d'obliger les curez à tenir deux registres, dont tous les actes sont signez en même temps par les parties ; en sorte que l'un de ces deux registres également originaux est déposé au greffe du siège royal, l'autre registre double demeurant entre les mains des curez : mais comme cet usage n'a point encore été confirmé par aucune loi générale, l'utilité en a été renfermée jusqu'à présent dans le petit nombre de lieux où il est établi ; et dans le reste de notre royaume, l'état de nos sujets est demeuré exposé à toute les suites de la négligence des curez ou autres dépositaires des registres publics. Nous ne pouvons donc rien faire de plus convenable pour établir un ordre certain et uniforme dans une matière à laquelle la société civile a un si grand intérêt, que d'étendre à toutes les provinces soumises à notre domination, un usage qui depuis plusieurs années a été suivi, sans aucun inconvénient, dans différens diocèses : nos sujets y trouveront l'avantage de s'assurer par leur signature sur deux registres une double preuve de leur état ; et comme chacun de ces registres acquerra toute sa perfection à mesure qu'ils se rempliront, il ne restera plus aucun prétexte aux curez, pour différer au-delà du temps porté par l'ordonnance, de faire le dépôt d'un de ces doubles registres au greffe royal.*

fabrique, un mois avant le commencement de chaque année. Et l'article 3 édictait : *Tous les actes de baptêmes, mariages et sépultures, seront inscrits sur chacun desdits deux registres de suite et sans aucun blanc, et seront lesdits actes signez sur les deux registres par ceux qui les doivent signer, le tout en même temps qu'ils seront faits*.[327] L'article 7 ajoutait aux anciennes ordonnances, qu'il sera fait mention, dans les actes de célébration de mariages, des consentements des pères, mères, tuteurs et curateurs, comme l'avait prévu l'article 40 de l'ordonnance de Blois de 1579 et comme l'exigea ensuite l'édit de mars 1697. Et l'article 8 énonçait : *Lesdits actes de célébration seront inscrits sur les registres de l'Eglise Paroissiale du lieu où le mariage sera célébré ; et en cas que pour des causes justes et légitimes, il ait été permis de le célébrer dans une autre Eglise ou Chapelle, les registres de la Paroisse dans l'étendue de laquelle ladite Eglise ou Chapelle seront situées, seront apportées, lors de la célébration du mariage, pour y être l'acte de ladite célébration inscrit*. Cette hypothèse découlait de l'article premier de la déclaration de 1639 qui défendait aux prêtres *de célébrer aucun mariage qu'entre leurs vrais et ordinaires paroissiens, sans la permission par écrit des curez des parties ou de l'évêque*, dont fut tiré la conséquence que les propres curés des parties ou l'évêque pouvaient accorder la permission par écrit de se marier en présence d'un autre prêtre, et dans une autre Église que leur paroisse. De plus, l'article 9 interdisait que les actes de célébration fussent écrits et signés sur des feuilles volantes. Et cet article prescrivait que les prêtres qui dérogeraient à cette règle *seront condamnés en telle amende ou autre plus grande peine qu'il appartiendra, suivant l'exigence des cas*, et que les contractants seraient quant à eux, punis par la *déchéance de tous les avantages et conventions portées par le contrat de mariage ou autres actes, même de privation d'effet civils, s'il y échoit*. Toutefois, cet article ne prononçait pas la nullité des mariages dont les actes étaient rédigés et signés sur des feuilles volantes.[328] Les articles 19 et 33 de la déclaration de 1736 (qui modifiaient les articles 12 et 18 du titre 20 de l'ordonnance de 1667 en ce qui concerne les extraits des actes que les parties et les tiers pouvaient obtenir) déclaraient d'une part que les parties intéressées pouvaient au choix, *lever des extraits de baptêmes, mariages ou sépultures, soit sur le registre qui sera au greffe, soit sur celui qui restera entre les mains des Curés, Vicaires, Desservans, Chapitres, Supérieurs ou Administrateurs*[329] ; d'autre part, qu'il n'était permis de faire compulser les

---

[327] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 197 à 204.
[328] SERPILLON François, *op. cit.*, Page 329.
[329] La suite de l'article 19 détaillait les sommes qui pouvaient être exigées pour retirer les extraits (*il ne pourra être pris par lesdits Greffiers ou par lesdits Curés, et autres ci-dessus nommés, que dix sols pour les extraits des*

registres qu'à ceux qui ont le droit de les lever.[330] La déclaration de 1736 ne revint pas par contre sur les dispositions de l'article 14 du titre 20 de l'ordonnance de 1667[331] qui portait sur la perte ou l'absence des registres.[332] Diverses précisions furent, par la suite, induites par un arrêt de justice, et par une mesure générale : un arrêt du conseil d'état. Par un arrêt du 16 janvier 1737 du parlement de Paris, il avait été *fait défense à tous officiers, leurs clercs, greffiers ou autres, d'exiger, prendre ou recevoir aucuns droits, salaires, vacations, sous quelque prétexte que ce puisse être pour les cotes et parafes des registres de baptêmes, mariages et sépultures*.[333] Un arrêt du conseil d'état du roi du 12 juillet 1746, *contenans règlement par rapport aux registres des Baptêmes, Mariages et Sépultures, et à la communication qui en sera donnée par les curez, vicaires ou desservans dans les paroisses, aux fermiers des domaines de sa majesté, leurs commis ou préposez*, réglait la difficulté de ne pas mettre ces fermiers, qui prétendaient à la communication des registres[334], *à portée de prendre connoissance des actes de baptême et célébration de mariage, sur lesquels le secret est souvent très intéressant pour l'honneur des familles* en ordonnant *que le registre qui doit être tenu chaque année dans les paroisses, sera divisé en deux : que sur l'un seront inscrits les baptêmes et actes de célébration de mariage, dont les fermiers ne pourront demander communication ; et que dans l'autre seront seulement portez les actes de sépulture, dont le fermier pourra toutefois et quantes il voudra, exiger la communication*.[335]

---

registres des Paroisses établies dans les villes où il y aura Parlement, Évêché ou Siège Présidial ; huit sols pour extrait des registres des Paroisses des autres villes, et cinq sols pour les extraits des registres des Paroisses des bourgs et villages) et prévenait que les malversations commises à ce sujet doivent être réprimées sévèrement.

[330] Car comme l'expliquait SERPILLON François, *op. cit.*, Page 334 : *ce n'est pas assez d'avoir besoin d'un acte pour le pouvoir compulser, il faut avoir droit de le faire, et d'y forcer les Dépositaires, soit parce que l'on a été Partie dans l'acte, ou que l'on représente l'une des Parties, ou enfin par autorité de Justice, en vertu d'un compulsoire du Juge royal*.

[331] *Idem*, Page 338. L'auteur précisait à la suite de l'énonciation de cet article : *Quoique la Déclaration de 1736 qui vient d'être rapportée, ait été très exacte à prévenir les cas qui concernent les registres de baptêmes, mariages, ..., elle n'a pas parlé du cas dont fait mention cet article, au sujet de la perte des registres. Ainsi le présent article est resté dans toute sa vigueur. C'est la dernière Loi qui doit être suivie.*

[332] *Id*., Pages 331-332, 334 et 338.

[333] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint , *op. cit.*, Tome cinquième, « Registre », Page 116.

[334] LE RIDANT, *op. cit.*, Page 242. Ils fondaient leur prétention sur les articles 12 et 18 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, l'article 13 de la déclaration du 20 mars 1708 (il s'agissait d'une *Déclaration portant règlement pour la perception des droits du contrôle des actes des notaires*, *cf.* ISAMBERT, JOURDAN, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XX, Page 529, le contenu de la loi n'y figure pas) et les articles 19 et 33 de la déclaration du 9 avril 1736, *à cause de l'intérêt qu'ils ont de s'assurer des décès qui surviennent, pour connoître les mutations qui donnent ouverture au droit du centième dénier*.

[335] Arrêt rapporté par LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 241 à 246.

Pourtant, alors que la législation séculière s'attachait à faire valoir dans le royaume la prépondérance probatoire des registres, dans le même temps, les pratiques des juridictions royales aboutirent parfois à admettre comme preuve du mariage une cohabitation pérenne. En 1601, un mariage avait failli être validé grâce aux preuves de la cohabitation que la femme espérait faire valoir devant la cour : cette femme et un jeune homme avait résidé ensemble pendant deux ans, *n'ayant eu qu'une table et un lit pour* [eux] *deux*, elle invoquait aussi la *nomination de femme*, *les donations à elle faites* et *la commune renommée* ; toutefois la cour refusa la validité de l'union, mais ce rejet était fondé, selon l'arrêtiste, sur la *paillardise* de la femme (il s'agissait d'une veuve et le jeune homme avait dix-sept ans).[336] La longue cohabitation fut prise en compte pour prononcer la validité d'un mariage dans un arrêt du 31 mars 1605.[337] La cohabitation, associée à une promesse de mariage, pouvait servir comme élément de preuve du mariage, ainsi qu'il apparaît à travers plusieurs arrêts du début du XVIIe siècle.[338] Dans un arrêt du 23 mars 1672, la cour considéra qu'une cohabitation de quatorze années prouvait le consentement au mariage d'une femme qui avait formé appel comme d'abus contre son mariage et elle repoussa sa demande.[339]

La possession d'état d'époux avait encore force probatoire dans certaines circonstances pour prouver le mariage ; ce fut le cas dans l'arrêt Dohin. En l'espèce, *André Dohin, procureur au parlement*, *avait fait une donation universelle à Colette Bagnelot, par un contrat de mariage*, ils avaient vécus *comme mari et femme pendant trente-sept à trente-huit ans.* Temps au cours duquel, *ils avaient passé conjointement quantité d'actes en qualité de mari et femme*. *Le mari étant mort sans enfans, ses héritiers disputèrent à sa veuve la donation, sous prétexte qu'elle n'étoit pas mariée*. L'acte de célébration ne fut pas retrouvé *sur le registre de la paroisse où la femme disoit avoir été mariée*. Mais, le 7 janvier 1676, le parlement de Paris jugea qu'*une possession publique de trente huit ans de deux personnes unies* ayant *vécu dans le monde avec honneur* et qui étaient *reconnus pour mari et femme par grand nombre d'actes*

---

[336] Arrêt rapporté par PELEUS, cité par JEANCLOS Yves, « Consentement et pratique matrimoniale en France au XVIIe siècle », dans *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Volume 58, *Parents et enfants*, Dijon, 2001, Pages 339-340.

[337] Arrêt rapporté par BRILLON Pierre Jacques, *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle des Parlemens de France, et autres tribunaux*, Tome quatrième, Paris Cavelier, 1727, « Mariage », Page 301, n° 139.

[338] Arrêts de 1610, 1614 et 1630 rapportés par BRILLON Pierre Jacques, *idem*, Page 312, n° 162 et Page 305, n° 146. Selon JEANCLOS Yves, *idem*, Page 320, la cohabitation *est source de reconnaissance de la possession d'état de mari et femme pour ceux qui vivent ensemble au vu et su de tous*.

[339] Arrêt rapporté par BRILLON Pierre Jacques, *id.*, Page 267, n° 30.

constituait *un titre suffisant.* Les *héritiers collatéraux qui venoient troubler l'état d'un homme après son décès* furent déboutés.[340]

Toutefois, la force probatoire des registres dépassait la preuve du mariage par la longue cohabitation, les juges royaux ne prenaient pas forcément en compte cette cohabitation. C'est ce qui ressort d'un arrêt du 12 juillet 1713 traitant du cas de Marie Charuel qui, ayant été abandonné par son époux Jacques Houdoyer, qui disparut, vécut (*pendant fort long-temps*) avec Louis Girard avec lequel elle eut un fils baptisé comme légitime. *Elle prit la qualité de veuve* à la mort de celui-ci, et *décéda en possession de son état*. *Son inventaire fut même fait à la requête de cet enfant et d'une fille qu'elle avoit eu de son mariage avec Houdoyer*. La cour statua sur la demande de Jean Girard, *né de l'habitation publique de Louis Girard avec Marie Charuel*, pour obtenir le partage des biens de sa mère contre sa sœur Marie Houdoyer. Elle soutenait qu'il n'y avait pas eu de mariage entre Louis Girard et Marie Charuel, et qu'il ne pouvait pas y en avoir eu puisqu'on ignorait le sort de son père. *Jean Girard répondoit qu'il étoit en possession de son état depuis vingt-sept ans. Il alléguoit une habitation publique de son père et de sa mère, et rapportoit des actes où ils étaient qualifiés de mari et femme, son extrait baptistaire étoit en règle, sa qualité de légitime reconnue par des avis de parents et par des inventaires*. Jean Girard fut débouté de sa demande en partage parce qu'*il ne rapportoit point d'acte de célébration, ni d'extrait mortuaire de Jacques Houdoyer*.[341]

Des circonstances particulières pouvaient modifier, en faveur d'un couple, le mode de preuve exigé du mariage. Ces circonstances étaient les suivantes : Pierre Bourgelat, échevin de Lyon, avait eu deux enfants avec Hiéronyme Caprioli, qui était italienne, les enfants avaient été baptisés comme leurs enfants légitimes. A sa mort, Hiéronyme Caprioli fut enterrée *en qualité de femme Bourgelat*, et dans son testament *le Sieur Bourgelat étoit nommé son mari*. Ce dernier (qui avait jugé *à propos, après la mort de la mère, de traiter le seul fils qui lui restoit des deux, comme son fils naturel*) mourut et *ses enfants d'un second lit contestèrent l'état du seul enfant qui restoit du premier : leur moyen étoit qu'on ne rapportoit point d'acte de célébration de mariage* ; selon eux, Hiéronyme Caprioli avait été la concubine de leur père. Le fils du premier lit, et après lui sa veuve, répondirent que *le mariage avoit été*

---

[340] Arrêt rapporté par DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, 1777, Tome troisième, « Mariage », Pages 224-225.
[341] Arrêt rapporté par DENISART Jean Baptiste, *ibidem.*

célébré en Italie, où les usages sont différens de ceux de France. Un arrêt de la cour les avait admis à prouver que le contrat de mariage avait été vu par plusieurs personnes, ils firent entendre des témoins. Considérant que la preuve était complète, la veuve, qui était héritière testamentaire du fils Bourgelat, fut admise à partager la sucession de Pierre Bourgelat avec les autres enfants *par arrêt rendu en la grand'chambre le 20 juillet 1728*.[342]

L'acte dressé pour établir la preuve du mariage constituait un acte public. C'était ce que soutenait Pothier : *Le Curé ou le Prêtre qui tient sa place, font en cela une fonction publique que nos Loix lui attribuent ; et comme elle appartient à l'ordre civil, il en est comptable au Juge séculier. Quoique les Religieux aient perdu l'état civil, et soient en conséquence incapables de toutes fonctions civiles, et à plus forte raison des fonctions publiques, néanmoins un Religieux – Curé est dans sa paroisse compétent pour faire ces actes ; car sa qualité de Curé lui rend l'état civil seulement quant aux droits et fonctions qui dépendent de cette qualité*. Pothier indiquait qu'en cas d'erreur dans l'acte, le curé ne pouvait pas le réformer, il fallait se pourvoir devant le juge royal.[343] *Il a été jugé par arrêt du 7 juin 1707, que l'official ne peut ordonner sans abus, la réformation des registres de baptêmes, mariages et sépultures.* […] *On ne met plus en doute cette maxime pour les registres des baptêmes, mariages et sépultures, quoique les défenseurs des juges d'église aient allégué diverses raisons pour soutenir leur compétence à cet égard*.[344] En rédigeant l'acte de mariage le curé obéissait aux ordonnances royales, et agissait en tant qu'officier public,[345] ce qui avait pour effet de le soumettre au contrôle des parlements.

La formation du lien matrimonial et la preuve du mariage étant ainsi soumis à une législation royale rigoureuse, les couples qui ne satisfaisaient pas à cette réglementation étaient illégitimes.

---

[342] Arrêt rapporté par DENISART Jean Baptiste, *ibid.*
[343] POTHIER, *op. cit.*, Tome premier, Pages 472 à 475.
[344] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint , *op. cit.*, Tome cinquième, « Registre », Page 116.
[345] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Pages 81 et 161. *Les actes, dressés à l'origine pour constater le baptême, la bénédiction nuptiale, la sépulture ecclésiastique, apparaissent de plus en plus comme établissant l'état civil des personnes. Aussi le pouvoir royal veille-t-il à leur bonne tenue. En même temps, le caractère religieux du prêtre apparaît moins et l'on est de plus en plus disposé à voir en lui un officier public*. [...] *Le prêtre catholique devait présider à la formation du mariage comme ministre religieux et représentant de l'Etat*.

Désormais, le mariage pour être valable devait se dérouler *in facie ecclesiae*. Des règles nouvelles réformèrent la célébration du mariage, afin de suppléer ou de renforcer la procédure prévue par le concile de Trente et d'éviter les mariages clandestins, qui permettaient d'officialiser des liaisons réprouvées par les familles et pouvaient se confondre (tout comme les mariages secrets) avec des unions concubinaires. A mesure que le mariage s'imposait comme un acte public et solennel, il pouvait clairement être distingué du concubinage.

Chapitre 2 - Le traitement des unions illégitimes

Les couples ne respectant pas les conditions imposées pour s'unir dans les liens du mariage furent pleinement coupables de concubinage et cette pratique fut condamnée de diverses manières (section 1). Quant au concubinage des protestants, il s'agissait là d'un problème différent, puisque cet état illégitime leur fut, en quelque sorte, imposé (section 2). Par ailleurs, le concubinage des clercs fut très clairement prohibé (section 3).

Section 1 : Le droit séculier aux prises avec les concubinages

Concubinage est toute conjonction illicite...[346] C'était avec ces termes généraux, ou d'autres équivalents, que le concubinage s'appréhendait (§ 1). Pourtant, aucune ordonnance, aucun édit ne concernait directement ce sujet, ni n'avait édicté de peines contre ce qui restait perçu comme une forme de *débauche.* Toutefois si le concubinage était qualifié de scandaleux, il pouvait faire l'objet de poursuites à ce titre (§ 2). Par le biais des lettres de cachet, les familles des concubins cherchaient à mettre un terme à ces esclandres (§ 3). Quant aux femmes qui vivaient en concubinage, elles virent la possibilité de recours contre leurs séducteurs réduite (§ 4). De plus, il existait des moyens particuliers de répression à l'encontre des concubinaires dans des lois royales s'attaquant aux mariages secrets et aux mariages *in extremis* (§ 5) ; ou encore dans certaines dispositions du Code noir (§ 6).

---

[346] BRILLON P.-J., *Nouveau dictionnaire civil et canonique de droit et de pratique*, Paris, Besoigne, 1697, « Concubinage ».

§ 1 : Les différentes formes de concubinage et leurs définitions juridiques

Concubinage était un terme général, cette notion pouvait renvoyer à diverses situations. Au cours de l'Ancien Régime, les juristes la concevaient tous d'une manière plutôt analogue, les définitions évoluèrent peu (ce fut surtout la différenciation entre *concubinage* et *fornication* qui se précisa à la fin de cette période).

Au XVIe siècle, le jurisconsulte Papon considérait que les concubins libres et non mariés, ceux qui *entretiennent des femmes et en abusent sous couleur du Mariage*, devaient, *pour se décharger envers Dieu et envers les hommes, épouser leurs concubines, ou du moins leur procurer un établissement par mariage avec un autre*. Quant à *ceux qui étant mariés, entretiennent des femmes sous les yeux et au mépris de leur légitime épouse*, Papon préconisait qu'ils devaient *être punis pour leur mauvaise vie ; et de plus, leurs femmes sont en droit de se séparer d'avec eux, et faire division des biens*.[347] *La bibliotheque ou thrésor du droict français* (ouvrage paru au XVIIe siècle et reprenant *les plus célèbres jurisconsultes et praticiens français*) présentait le simple concubinage et celui de l'homme marié suivant la définition donnée par Papon. Il était indiqué que *quelquefois les qualités adjacentes* rendaient le délit plus grave. Et pour la catégorie des concubins incestueux, il y avait en conséquence *peine plus pesante*. Plusieurs hypothèses étaient envisagées : en cas d'inceste du père avec sa fille, *lorsqu'il y preuve du fait, la mort est à tous deux la guerison de leurs demerites* ; s'il s'agissait d'un inceste entre un tuteur et sa pupille : *le tuteur s'accointant de sa pupille faite adulte, encores qu'il fust subject à la peine telle que les loix l'ont establie contre les ravisseurs de femme, est quitte pour l'exil perpétuel, et confiscation de tous biens* […].[348] A la fin du XVIIe, le *Nouveau dictionnaire civil et canonique de droit et de pratique* indiquait que le concubinage *est toute conjonction illicite ; car encore que si on s'arrête à l'étimologie, on entend par concubinaire celui qui couche avec une femme, et par concubine celle qui couche avec un homme* [...]. *Cependant l'usage a introduit ces termes pour les faire convenir à ceux qui ne sont pas unis par le Sacremens*. La notion de concubinage *comprend les adulteres, les incestes et les simples fornications.* C'était précisément aux *simples fornications que nous*

---

[347] PAPON, liv. 2, tit. 9, art. 9, cité par MUYART De VOUGLANS Pierre-François, *Institutes au droit criminel*, Paris, Le Breton, 1757, Page 492.
[348] BOUCHEL Laurens, *La bibliotheque ou thrésor du droict français*, Tome premier, Paris, J. Petit-Pas, 1629, «Concubinage ».

appelons simple concubinage que s'intéressait le *Nouveau dictionnaire civil et canonique de droit et de pratique*. Il le décrivait en ces termes : *l'habitude d'un homme et d'une femme qui n'ont point d'autre engagement* [...], *entre deux personnes libres, lesquelles pourroient se marier ensemble*.[349]

Un siècle plus tard, dans son *Dictionnaire de droit et de pratique*, Ferrière (professeur de droit à Paris) abordait, de manière précise, l'acception du concubinage : *ce terme, à le prendre dans le sens que semble porter son étymologie, signifie la cohabitation de personnes de différens sexes, soit qu'elle soit licite ou non. L'usage a cependant adopté ce mot pour exprimer seulement la conjonction des personnes qui ne sont pas mariées ensemble. Quant il est pris dans un sens général, il comprend toutes sortes de conjonctions illicites ; mais sa véritable signification dénote l'habitude d'un homme et d'une femme qui sont libres, et pourraient se marier ensemble ; et dans ce sens le concubinage est opposé à l'adultère et à l'inceste*.[350] Il y avait là une certaine évolution de cette notion de concubinage puisque le concubinage était nettement différencié de l'adultère et de l'inceste auxquels était attachée une réprobation pénale. Le criminaliste Muyart de Vouglans, dans un chapitre consacré au concubinage, proclamait que *ce crime, pris dans sa signification naturelle, n'est autre chose qu'un stupre*[351] *commis habituellement avec une Personne libre, et non mariée ; il diffère de la Fornication, en ce que celle-ci est une habitude criminelle avec différentes Personnes ; et de la Bigamie et Polygamie, en ce que, dans ces derniers Crimes, l'habitude criminelle se trouve jointe à la profanation du Sacrement*.[352] Quant à Durand de Maillane (avocat au parlement d'Aix), dans le *Dictionnaire de droit canonique*, il cernait cette notion de façon assez similaire, selon lui le terme de *concubinage se prend aujourd'hui parmi nous pour le commerce charnel d'un homme et d'une femme libres*. Puis, à l'article suivant pour les termes concubinaire et concubine, il notait que : *Dans la rigueur du droit, on ne devroit appeler concubinaire, que celui qui retient une concubine dans sa propre maison* [...]. Et il ajoutait : *Mais parmi nous où le concubinage est défendu, on donne ce nom à quiconque vit mal avec*

---

[349] BRILLON, *ibidem.*
[350] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome premier, « Concubinage », Page 345.
[351] *Cf.* MUYART DE VOUGLANS Pierre-François, *op. cit.*, Page 485. Dans un chapitre intitulé *Du Stupre*, Muyart de Vouglans écrivait : *Il y a des Auteurs qui confondent ce Crime avec celui de la Fornication, quoiqu'il y ait entr'eux plusieurs différences remarquables. Le Stupre, en général, s'entend de toutes copulations illicites, faites entre personnes libres* [...] *; mais il est singulièrement employé pour signifier la défloration d'une vierge, ou l'habitude avec une veuve qui vit honnêtement, et que l'on séduit sous l'espérance d'un mariage* (..).
[352] *Idem*, Page 490.

une femme, soit qu'il la retienne chez lui, ou qu'il la voie ailleurs [...]. *On appelle « concubine », la femme qui se prête à ce mauvais commerce*.[353] De la même façon, Jousse (magistrat, conseiller au présidial d'Orléans) définissait les concubinaires comme étant *ceux qui entretiennent une fille, ou veuve en leur maison, et qui vivaient avec elle comme mari et femme*. Il analysait ensuite ce qui distinguait le concubinage d'autres relations illicites : *Le concubinage diffère de la simple fornication, ou stupre, en ce qu'il suffit d'avoir eu affaire une seule fois avec une fille, ou femme, pour avoir commis le crime de stupre, ou de fornication ; au-lieu que pour être concubinaire, il faut vivre avec la personne avec laquelle on a habitude ; demeurer ensemble dans la même maison, et vivre avec elle comme un mari avec sa femme*.[354] De plus, Jousse répertoriait le concubinage parmi les crimes de luxure ; indiquant qu'il s'agissait précisément d'*une fornication répétée et habituelle, qui se fait avec une personne que l'on retient chez soi, et avec laquelle on habite comme avec une femme avec laquelle on seroit marié légitimement*.[355] Selon Denisart (Procureur au Châtelet de Paris), *On donne le nom de concubinage au commerce illicite et permanent de deux personnes qui ne sont point mariées*. L'arrêtiste affirmait que le concubinage *est plus ou moins répréhensible selon l'état des personnes* ; et il rappelait sa différence avec la fornication : *Le concubinage entre personnes libres, quoiqu'illicite, a néanmoins une apparence de perpétuité qui le rapproche sous quelques points de vue du mariage ; au lieu que la fornication est une pure débauche, plus ou moins habituelle.* Les autres espèces de concubinage étaient reprises par Denisart : le concubinage adultérin, *qui a lieu, lorsque l'une ou l'autre des parties, ou toutes les deux sont engagés dans le mariage* ; et le concubinage incestueux, *qui est le commerce, soit entre deux parens à un degré prohibé pour le mariage, soit d'un homme avec une religieuse*.[356] L'adultère[357] et l'inceste[358] étaient des conjonctions illicites en elles-mêmes. Quant au concubinage des ecclésiastiques, il fit l'objet d'une rigoureuse prohibition.[359]

---

[353] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, 2e édition, Tome premier, Lyon, Duplain, 1770, « Concubinage » et « Concubinaire, Concubine », Pages 645 et suivantes.

[354] JOUSSE, *op. cit.*, Tome troisième, Page 286.

[355] JOUSSE, *op. cit.*, Page 705.

[356] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence* , Paris, Veuve Desaint, 1786, Tome cinquième, « Concubinage », Pages 94-95.

[357] *Cf.* Idem, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Veuve Desaint, 1777, Tome premier, « Adultère », Pages 44 à 48. L'arrêtiste définissait la notion : *On nomme adultère, l'infidélité d'une personne mariée, qui, au mépris de la foi conjugale, a un commerce charnel avec une autre personne que son épouse ou son époux*. Puis il exposait les peines prononcées contre ce crime, c'était la disposition de l'authentique *Sed Hodie* qu'encourait l'épouse infidèle, et *la peine qui se prononce contre*

Le concubinage entre deux personnes libres se caractérisait donc par une certaine pérennité des relations qui s'apparentait à la vie matrimoniale, mais aussi et surtout par son illicéité.

§ 2 : La répression du concubinage notoirement scandaleux

S'il ne constituait pas matière à scandale, le concubinage n'était pas réprimé : *Nous ne connaissons aucune loi civile qui prononce des peines contre le simple concubinage.*[360]

---

l'adultère mâle, est assez arbitraire, et dépend des circonstances. Pour exemple, un arrêt du 27 mars 1719, *en la Tournelle* : *La Cour a déclaré ladite de B... et le Baron de G... dûement atteints et convaincus du crime d'adultère ; pour réparation de quoi condamne ladite de B... à être enfermée dans une maison religieuse, telle qu'elle lui sera indiquée par son mari, pour y demeurer, le temps et espace de deux ans, en habit séculier, pendant lequel temps ledit de B... son mari pourra la voir, visiter et icelle reprendre, si bon lui semble ; sinon, ledit temps passé, et où ledit de B... viendroit à décéder pendans ledit temps, la condamne à être rasée, voilée, et vêtue comme les autres religieuses ou filles de la communauté, et à y rester, sa vie durant, pour vivre selon les règles de ladite maison ; la déclare déchûe de tous ses droits de communauté, douaire, préciput, et autres avantages à elles faits par son contrat de mariage ; ordonne que sa dot appartiendra à son mari, pour par lui en jouir en propriété. A banni le Baron de ... pour cinq ans ; le condamne en 2000 liv. de réparations civiles, et en tous les dépens, jusqu'au payement desquelles condamnations il gardera prison*.
Cf. CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2009, § 179, Page 342. L'auteur explique que *le droit réserve ses rigueurs à la seule épouse infidèle et éventuellement à son complice, tandis que le mari volage n'encourt qu'une sanction purement civile, la privation de ses avantages matrimoniaux*.

[358] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome second, « Inceste », Pages 546-547. *L'inceste est la conjonction illicite avec une personne que les loix ne permettent pas d'épouser ; et de ces personnes il y en a de deux sortes : les unes sont celles qui sont parentes en degré prohibé ; les autres sont celles qui sont consacrées à Dieu par des vœux publics et solemnels de chasteté*. Les peines étaient les suivantes : s'agissant de *l'inceste commis entre personnes conjointes de parenté en ligne directe, en quelque degré que ce soit, comme sont les pères, mères, enfans ou petits-enfans, et même celui du gendre avec la belle-mère, ou de la belle-fille avec son beau-père, est toujours puni de mort*. [...] *Lorsque l'inceste est commis entre la tante et le neveu, ou entre l'oncle et la nièce, on prononce aussi des peines capitales contr'eux : néanmoins, si l'un et l'autre sont libres, les cours ont quelqu'indulgence, et il y a plusieurs arrêts qui dans ce cas-là ont ordonné, même tout récemment, que les accusés se pourvoiroient pour obtenir dispense à l'effet de se marier.* Quant à l'inceste *commis entre cousins-germains ou autres collatéraux plus éloignés, on ne prononce ordinairement point de peines capitales, sur-tout si ce sont des personnes libres. Il est même rare de voir le ministère public s'élever contre cette espèce d'inceste ; leur silence est fondé sur ce que, dans ces sortes de cas, les parties auroient pu contracter mariage en obtenant dispense.* Enfin, *à l'égard de l'inceste spirituel, les personnes qui en sont coupables, ne sont gueres punies que par des peines canoniques, comme de prison, de jeûnes,* [...].

[359] *Infra* Section 3, § 1 et 2.

[360] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, Veuve Desaint, 1786, Tome cinquième, « Concubinage », Page 97.

En effet, les ordonnances n'avaient pas édicté de sanctions à l'encontre du concubinage. Cependant les juristes l'appréhendaient comme une conjonction illicite. Ferrière expliquait le fait que les lois ne punissaient pas les couples concubinaires : *En France, le concubinage n'est considéré que comme une débauche, qui, bien loin d'être tolérée, est défendue, comme contraire non seulement à la pureté du christianisme, mais aussi aux bonnes mœurs, et à l'intérêt de l'Etat. Si les Ordonnances n'ont point établi de peines contre ceux qui vivent ensemble dans le concubinage, c'est que la faiblesse humaine semble diminuer devant les hommes la grandeur de ce péché, qui d'ailleurs ne fait tort à personne*. Il poursuivait son raisonnement de cette façon : *Enfin si l'on n'apporte pas beaucoup de soin dans les grandes villes à rompre ces sortes d'unions illicites, c'est qu'elles sont le plus souvent cachées et que le ministère public n'a pas coutume d'agir pour ces sortes de causes, à moins qu'il n'y soit excité par le scandale*.[361] Le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* établissait le même constat : *En France, le concubinage est regardé comme une débauche* [...]. *C'est un délit que les lois punissent* [...] *lorsque des laïques s'en sont rendus coupables. On le regarde comme contraire au bien de l'état ; et, sous ce point de vue, il est objet de la sévérité de nos lois. Cependant, lorsqu'il n'est point accompagné de scandale, les Ordonnances du Royaume n'ont point prononcé de peines contre les laïques*.[362] D'après Jousse, *il ne paroît pas qu'il y ait aucune loi qui autorise le Juge séculier à prononcer contre les concubinaires aucune peine, si ce n'est des peines pécuniaires*. Un arrêt du 6 février 1673 du parlement de Paris avait *fait défenses à des majeurs qui s'étaient mariés clandestinement de se hanter et fréquenter jusqu'à la réhabilitation de leur mariage ; et les condamne en cent livres d'aumône*.[363] Dans le cas où un mariage était nul, il n'était alors qu'un concubinage, dans cette hypothèse, il y avait *deux partis à prendre, ou employer la force publique à séparer les personnes dont le commerce était une cause de scandale, ou fermer les yeux sur une union condamnée par la morale*.[364] C'était cette notion de scandale qui figurait aussi dans le *Traité de la séduction* de Fournel (avocat au parlement de Paris) qui exposait : *Lorsque le stupre est l'effet de la seule sympathie des inclinations, et qu'il n'est intervenu dans la séduction exercée envers la femme d'autre agent que cette impulsion naturelle qui rapproche sans cesse un sexe vers l'autre, c'est*

---

[361] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome premier, « Concubinage », Page 34.
[362] GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile ; criminelle, canonique et bénéficiale*, Tome quatrième, Paris, Visse, 1784, « Concubinage », Pages 383 et suivantes.
[363] JOUSSE, *op. cit.*, Pages 286 et suivantes.
[364] BEAUCHET Ludovic, *op. cit.*, Pages 645-646.

ce qui s'appelle commerce illicite, liaison, concubinage, habitudes charnelles, etc ; délit sans doute fort grave aux yeux de la Religion, puisqu'il offre l'infraction de l'un de ses préceptes les plus rigoureux, mais toléré par notre Constitution civile, qui ne s'en occupe autant qu'il seroit accompagné de scandale.[365] Dans un paragraphe consacré aux femmes entretenues, qui étaient *celles qui, sans être publiques, vivent dans l'intimité du mariage avec un seul homme qui pourvoit à tous leurs besoins,* il écrivait : *Tant que le concubinage ne cause aucun scandale ni aucun désordre dans la Société, il n'est point l'objet de l'attention des magistrats, qui abandonnent les coupables au tribunal de leur conscience*.[366] C'est bien l'absence de scandale qui importait aux yeux de la société puisque le fait de cohabiter *avec honneur* pouvait aller jusqu'à prouver l'existence du mariage.[367] La cohabitation d'un homme et d'une femme qui vivaient ensemble sans se dissimuler, donc ne provoquant pas de scandale, pouvait être assimilée à une vie maritale comme le laisse supposer une espèce jugée au parlement de Rouen de 1717 où l'avocat de la défenderesse fit valoir que : *la cohabitation publique sous le nom de mari et de femme, n'a scandalisé personne, parce que tout le monde en a connu le principe et la fin*.[368] Les relations concubinaires étaient quelquefois tolérées, comme celles de personnes démunies (qui, pour cette raison n'avaient pu se marier), qui au XVIIIe siècle, à Paris, se rendirent auprès du commissaire de police pour attester, d'une manière officielle, de leur état de concubinage.[369]

Le terme *scandale* dans *Le Dictionnaire de L'Académie Françoise* était défini comme *Ce qui est occasion de tomber dans l'erreur, dans le péché*, il était spécifié qu'il *signifie plus ordinairement, Le mauvais exemple qu'on donne par quelque action, par quelque discours*, et on trouvait pour l'adjectif *scandaleux* l'exemple suivant : *un concubinage public est*

---

[365] FOURNEL, *Traité de la séduction considérée dans l'ordre judiciaire*, Paris, Demonville, 1781, Page 3.

[366] *Idem*, Pages 32 et 34. Fournel ajoutait à propos du sujet même du paragraphe : *Une femme connue pour être entretenue, n'est point réputée fille publique. Il n'est pas permis de lui donner la qualité injurieuse que l'usage applique aux femmes prostituées ; et ceux qui auroient cette imprudence, s'exposeroient à une poursuite en réparation d'injures*.

[367] Arrêt du Parlement de Paris du 7 janvier 1676, rapporté par DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Veuve Desaint, 1777, Tome troisième, « Mariage », Page 224.
Supra Chapitre 1, Section 2, § 4.

[368] Arrêt rapporté par BRILLON Pierre Jacques, *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle des Parlemens de France, et autres tribunaux*, *op. cit.*, « Mariage », Page 288, n° 100.

[369] FARGE Arlette, *La vie fragile : violence, pouvoirs et solidarités à Paris au XVIIIe siècle*, Paris, Hachette, 1986, Page 90.

scandaleux.[370] Le scandale consistait, selon Denisart, en *une action qui offense la pudeur, ou qui révolte l'humanité* ; il expliquait que *le scandale qui procède d'une cause volontaire, est punissable dans la personne de son auteur*.[371] Seul le concubinage accompagné de scandale public était punissable au criminel,[372] encore la peine ne consistait-elle que dans une amende plus ou moins élevée prononcée à la requête de la partie publique (et parfois en l'expulsion de la concubine). Ce *n'est point un crime devant les hommes, c'est le concubinage public et scandaleux qui est punissable* […], *parce que le scandale est un délit : tout scandale trouble la société et mérite d'être réprimé par les Maîtres de la Police*. […] *la Partie publique est en droit de poursuivre les concubinaires*. Les tribunaux les condamnaient alors avec des moyens divers : *on leur fait défenses de cohabiter ensemble ; s'ils n'obéissent pas, on les emprisonne, on enferme les femmes dans des maisons destinées à ces débauchées, et on confine les hommes en d'autres lieux où il ne leur est plus permis de mener une vie scandaleuse*.[373] Ainsi, dans un arrêt du 3 avril 1543, le parlement de Paris *a décrété d'ajournement personnel le Sieur Deshommes* car il avait une concubine. Ce *gentilhomme d'Anjou* devait comparaître en personne *pour répondre aux conclusions du Procureur Général*.[374] *Les Procureurs du Roi*[375] *et les autres Officiers à qui la punition des crimes est réservée*[376] pouvaient donc poursuivre

---

[370] *Le Dictionnaire de l'Académie Françoise*, Paris, Veuve Jean Baptiste Coignard, 1694, Pages 445-446.

[371] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.,* Tome quatrième, « Scandale », Page 340.

[372] Pour quelques exemples de poursuites judiciaires, *cf.* GARNOT Benoît, *On n'est point pendu pour être amoureux..., La liberté amoureuse au XVIIIe siècle*, Paris, Belin, 2008, Pages 94 à 96.

[373] PERRIER François et RAVIOT Guillaume, Tome second, *op. cit*., « Question CCLXXV ».

[374] JOUSSE, *op. cit*., Pages 286 et suivantes ; DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, Veuve Desaint, 1786, Tome cinquième, « Concubinage », Page 97.

[375] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Veuve Desaint, 1777, Tome quatrième, « Procureur du roi », Page 20. *On nomme procureurs du roi, un officier qui doit, dans les sièges royaux, remplir les mêmes fonctions que M. procureur général au parlement, et qu'on nomme aussi, à cause de cela, substitut de M. le procureur général. C'est le procureur du roi qui est chargé par état de déférer et de poursuivre en justice les crimes qui demandent une punition publique ; il est aussi chargé de veiller à la conservation des intérêts du roi, des mineurs, de l'église et du public*.

[376] *Idem*, Tome troisième, « Ministère public », Pages 265-266. *On entend par ministère public, des magistrats, dont les principales fonctions sont de veiller à la manutention de l'ordre public, en provoquant l'exécution des ordonnances de la même manière que les procureurs n'agissent pour l'intérêt de leurs parties. C'est dans le ministère public seulement que réside en France le droit de poursuivre la punition des crimes qui intéressent l'ordre général de la société, et il n'est chargé de poursuivre que la punition des crimes publics*. […] *On n'a point voulu dans nos mœurs abandonner à la licence d'une populace aveugle, ou à la passion de quelques particuliers, la poursuite des délits publics ; on n'a pas même laissé la voie de poursuivre la réparation publique qui résulte d'un délit particulier*. Et, Tome second, « Gens du roi », Pages 404-405. *Sous la dénomination des gens du roi, on comprend MM. Les avocats et procureurs généraux des cours souveraines, les avocats et procureurs du roi des justices royales, et leurs substituts. Les fonctions de ces magistrats sont de porter la*

un concubinage scandaleux. Puisqu'il s'agissait alors d'un délit passible de peines civiles, il ne suffisait pas de se baser sur la notoriété[377] seule pour condamner, les poursuites devaient être engagées par voie d'information.[378] Toutefois pour punir ce délit, *la difficulté est de bien définir un concubinage public, selon lui,* […] *c'est celui qui est si évident* [...] *: c'est une cohabitation dont les coupables font trophée pour ainsi dire, sans se cacher et sans se soucier du blâme et du mépris que leurs parents, leurs amis et leur concitoyens font de leur conduite : c'est un homme qui tient chez lui à pot et à feu une femme étrangère focariam, et qui excite la rumeur publique en faisant paraître de temps à autres les marques ou les fruits de son incontinence : on en juge par le fait et par les circonstances*.[379]

Parfois, des mesures de rétorsion particulières des relations illégitimes furent exercées par les autorités municipales, dans le dessein de sauvegarder l'*ordre conjugal*. Au début du XVIe siècle, à Dijon, la municipalité prit des mesures répressives *contre les fiancés qui vivent conjugalement*. Et, à Orange, les autorités urbaines condamnèrent des concubins à de lourdes amendes.[380] Dans la seconde partie du XVIe siècle, à Agen, des femmes et leurs séducteurs, accusés d'avoir attenté aux bonnes mœurs, furent traduits devant les magistrats municipaux, les consuls. Ceux-ci prononcèrent alors des sentences dissuasives en mettant en garde ceux qu'ils regardaient comme des débauchés *de ne plus palhardher à peyne du fouhet*.[381] Deux siècles plus tard, les échevins de Saint-Quentin insistèrent afin que l'une de leurs habitantes, qui vivait en état de concubinage, fût enfermée dans un hôpital parisien : *La famille et les échevins croient trouver un motif d'espérer cette grâce dans l'impôt qu'on sert annuellement*

---

parole, et de donner des conclusions dans les causes où le roi, l'église, les communautés religieuses et laïques, les hôpitaux, les mineurs et le public sont intéressés.

[377] *Id.*, Tome troisième, «Notoriété », Page 352. *Le mot notoriété signifie la connoissance publique qu'on a d'une chose quelconque, comme d'un usage, d'une loi, d'un fait, etc. La notoriété de fait est celle qui résulte d'une certaine croyance publique ; la notoriété de droit est celle qui résulte qui résulte d'un jugement ou de tout autre acte juridique*.

[378] *Id*., Tome second, «Information», Page 572. *Une information est un procès verbal dressé par un juge ou commissaire, qui contient ce que les témoins ont dit sçavoir sur les évènements et sur les faits pour lesquels ils ont été appelés en témoignage*.

[379] PERRIER François et RAVIOT Guillaume, *ibidem*.

[380] BURGUIÈRE André, *Le mariage et l'amour en France, De la Renaissance à la Révolution*, Paris, Seuil, 2011, Page 302.

[381] PHAN Marie-Claude, « Les déclarations de grossesse en France (XVIe-XVIIIe siècles) : essai institutionnel », dans *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Tome XXII, 1975, Pages 66-67. L'auteur commentait des procès-verbaux des comparutions tirés d'un *registre contenant... ordonnances rendues par les consuls contre les personnes de mauvaise vie*, 1566-1570 (A. C. Agen, FF 33).

considérablement dans cette ville pour le secours des enfermés dans les hôpitaux de Paris. Là encore, la situation de la concubine provoqua un esclandre que les autorités municipales cherchèrent à interrompre, estimant que *le seul châtiment de cette scandaleuse en fera trembler plusieurs autres qui commencent à se perdre*.[382] Les situations considérées comme scandaleuses portaient atteinte à la tranquillité et à l'ordre public. A Paris, les commissaires de police étaient chargés de s'immiscer dans la vie des quartiers pour tenter de résoudre les conflits et notamment enrayer les scandales reposant sur des unions hors mariage ; leurs rapports parvenaient au lieutenant général de police et pouvaient conduire à un enfermement.[383] Ces désordres provoquaient l'indignation, par exemple, en 1777, le curé de l'île Saint-Louis se plaignit au commissaire d'un concubinage adultérin dans ces termes : *Monsieur, Marie Anne Bassin* [...] *est femme de Marie Marc Plombier qui vit à vingt lieues de Paris par suite du bannissement* [...] *auquel il a été condamné* [...] *; depuis le moment de l'absence de son mari, cette femme vit effrontément dans le libertinage le plus public et le plus scandaleux, et notamment depuis cinq ans avec Étienne Chair* [...] *marié* [...].[384] Vers 1778, l'existence, dans un même quartier, de couples vivant volontairement en concubinage, avait quelque peu choqué le lieutenant général de police Lenoir qui qualifia ceux qui en étaient coupables d'*illuminés de la rue Quincampoix, dévots sans religion* ; il était question de *plusieurs ouvriers et ouvrières* [...] *vivant comme maris et femmes sans jamais avoir été mariés, ne fréquentant pas les églises, et n'approchant pas les sacrements*. Des commissaires se renseignèrent alors sur eux, et plusieurs furent *enfermés dans des hôpitaux destinés à la punition du libertinage*, les autres, qui semblaient moins *enfermés dans leurs erreurs* furent *laissés en liberté et confiés à des ecclésiastiques pour être enseignés dans la religion*. Certains ne renoncèrent pas à leur façon de concevoir la vie en couple : *Trois de ces filles demeurèrent longtemps à l'hôpital, et après leur détention elles furent exilées loin de Paris* [...] *elles ne cessaient de soutenir qu'il n'y avait besoin ni de baptême ni de mariage et qu'elles s'étaient unies aux hommes pères de leurs enfants par libre inspiration*.[385] Ce fut l'apparence scandaleuse, aux yeux du quartier, de leur vie de couple qui conduisit à cette répression,

---

[382] Archives de la Bastille, ms 11010, fol. 14 à 25 (1728), dans FARGE Arlette, *op. cit*., Page 97.
[383] *Cf*. FARGE Arlette, *op. cit*., Pages 22 à 24.
Infra § 4.
[384] FARGE Arlette, *ibidem.*
[385] LENOIR lieutenant général de police, *Mémoires manuscrits*, Bibliothèque municipale d'Orléans, ms 1422, fol. 302, cité par FARGE Arlette, *op. cit*., Pages 90-91.

d'autant plus qu'il ne s'agissait aucunement de libertins (leurs mœurs n'étaient absolument pas dépravées et ils s'occupaient fort correctement de leurs enfants).[386]

Il ressort de la jurisprudence des juridictions royales que le concubinage en tant que tel n'était pas jugé comme un délit. Du côté de l'entourage familial du couple concubinaire, un recours existait pour empêcher ou faire cesser le commerce illicite : la lettre de cachet.

§ 3 : Les lettres de cachet : ultime parade contre le déshonneur des familles

Destinées à assurer la sûreté publique, les lettres de cachet allaient être employées pour mettre fin à des comportements privés qualifiés de *déshonorants* par la famille des personnes concernées par ces lettres tels les concubinages.

Les demandes de lettres de cachet des familles, dans le but de résoudre un problème d'ordre privé, furent de plus en plus nombreuses à partir du règne de Louis XIV.[387] En effet, les familles avaient décidé, pour résoudre ce type de conflit, *là où l'autorité propre à leur hiérarchie interne était impuissante et quand le recours à la justice n'était ni possible (parce que l'affaire était trop mince) ni souhaitable (parce qu'il aurait été trop lent, trop coûteux, trop infamant, trop incertain), de se tourner vers l'administration de l'État.* Par cette pratique, le roi s'imposait comme *juge des activités familiales*.[388] Ces sollicitations, aux fins d'obtenir un ordre d'incarcération (ou un ordre d'exil[389]), se faisaient au moyen d'un placet adressé au roi[390], soit directement à la Maison du roi,[391] soit par le biais du lieutenant général de police[392]

---

[386] FARGE Arlette, *ibidem.*

[387] QUÉTEL Claude, *De par le Roy, Essai sur les lettres de cachet*, Privat, Toulouse, 1981, Pages 15-16. L'auteur indique que l'ordonnance d'Orléans de 1560 faisait déjà référence aux lettres de cachet, en dénonçant leur mauvais usage. Sur l'article CXI de cette ordonnance, s*upra* Chapitre 1, Section 2, §1.

[388] FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *Le désordre des familles*, *Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, Paris, Gallimard Julliard, 1982, Pages 346 à 348. C'est de cette manière que les auteurs expliquent l'ampleur, au XVIIIe siècle, des demandes d'une intervention royale par lettre de cachet. Ils démontrent *son intégration aux mœurs et aux coutumes dans la première moitié du siècle : la tranquillité des familles est un rouage important du maintien de l'ordre public, et cela vaut bien que le roi y oppose son autorité suprême*.

[389] QUÉTEL Claude, *idem*, Page 130. La lettre de cachet pouvait ordonner l'application d'une mesure autre que l'emprisonnement : l'exil (avec ou sans lieu d'exil déterminé), l'interdiction de séjour...

[390] *Cf.* DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome troisième, « Placet », Page 522. *En termes de pratique, on appelle placet, une supplique que l'on fait au chef d'une juridiction, pour qu'il lui plaise d'accorder l'audience.*

à Paris ou par celui des intendants dans les généralités.[393] S'ensuivait une enquête, dans l'optique de déterminer si les suppliques reposaient sur de réelles atteintes au *bon ordr*e.[394] A Paris, le lieutenant général de police recevait les placets des *gens du peuple*, il était chargé de l'enquête (il confiait l'affaire à un commissaire, qui chargeait un inspecteur de police de poursuivre l'information), à l'issue de laquelle il délivrait un jugement. Au vu des résultats de l'enquête, le lieutenant général de police envoyait son rapport au ministre.[395] L'étude du registre d'un inspecteur chargé du quartier des Halles à Paris montre de quelle façon s'effectuait la recherche de comportements conçus comme déviants par l'autorité de police : *l'inspecteur peut rentrer partout, interrompre le sommeil des gens, surprendre les amours et les liaisons, demander à chacun le pourquoi de ses activités*.[396] Le scandale issu d'un concubinage était parfois relayé par le voisinage du couple. C'est ainsi que des plaintes s'appuyaient sur les témoignages de l'entourage des accusés. Cet entourage (parmi lequel parfois l'époux ou l'épouse, dans le cas d'un concubinage adultérin) s'attachait à dénoncer la situation illégitime : *ce concubinage notoire fait scandale dans le quartier et* [...] *il faut à tout prix enfermer les deux coupables*. Le voisinage prenait alors quelquefois part à la demande d'enfermement en signant le placet.[397] Les lettres de cachet contenaient une formule du type : *De par le Roy, il est ordonné de l'avis de ... d'arrêter et conduire à ... le nommé ... Enjoint au geôlier de l'y recevoir et garder jusqu'à nouvel ordre. Fait à ... .*[398] Elles étaient signées du Roi,[399] (ou par un *secrétaire de la main* spécialement à la fin de l'Ancien Régime, en raison du nombre croissant de lettres) et d'un secrétaire d'état (le plus souvent celui de la maison du roi), et cachetées avec le sceau royal, généralement en cire rouge. Elles étaient adressées soit à

---

[391] FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *idem*, Page 15. Les auteurs détaillent la procédure : *A Paris, les demandes d'enfermement de famille suivent une procédure tout à fait spécifique à la capitale : les grandes familles adressent leur plainte (placet) au roi lui-même ou au ministre de la Maison du roi. C'est au sein du conseil royal, en présence effective du roi, qu'est examiné avec soin le placet.*

[392] Au XVIIIe siècle, souvent les lieutenants généraux de police signaient eux-mêmes l'ordre royal.

[393] *Cf.* QUÉTEL Claude, *id.*, Pages 123-124. L'auteur établit qu'en province, les familles sont à l'origine des demandes de lettres de cachet *dans une écrasante majorité*.

[394] FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *id.*, Pages 9 à 11 et 16. CARBASSE Jean-Marie, *op. cit.*, § 84, Pages 164-165.

[395] FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *id.*, Page15.

[396] *Id.*, Pages 12-13. Les auteurs présentent le *registre de l'inspecteur Poussot tenu régulièrement de 1738 à 1754.*

[397] *Id.*, Page 36.

[398] QUÉTEL Claude, *id.*, Page 131.

[399] La pratique des lettres de cachet revêtues de la signature royale mais sans mention du nom de l'individu à enfermer, afin que le lieutenant général de police et les intendants dans les généralités puissent les remplir eux-mêmes, s'est développée au XVIIIe siècle.

celui qui dirige le lieu de détention pour l'arrestation *de petites gens*, soit à l'intéressé lui-même.[400] Les lieux d'incarcération[401] étaient les prisons d'État,[402] les maisons de force,[403] et les couvents. Par exemple, par ordre du roi du 19 décembre 1744, une femme fut condamnée à l'enfermement dans un couvent à Vannes parce qu'elle vivait en concubinage.[404] Les familles des personnes enfermées devaient régler les frais de l'internement, c'est-à-dire payer une pension.[405]

Dans certains placets, adressés au lieutenant général de police, des époux, qui avaient été quittés par leur conjoint, souhaitaient obtenir une autorisation légale pour faire enfermer les concubines ou concubins de leur conjoint et le conjoint lui-même.[406] C'était le cas, en 1758, de Catherine Morin, qui se plaignait du comportement de son mari, Nicolas Martin, celui-ci l'ayant, depuis un an, *abandonnée pour se retirer avec une concubine*, elle-même mariée. Durant leurs treize années de vie commune, il ne l'avait *point assistée des fruits de son travail*, il avait hérité de six cents livres et les avait portés chez sa concubine, il avait continuellement maltraité *cruellement* sa femme, il l'avait *réduite dans la dernière des misères*. De plus, il menaçait *de lui ôter la vie* quand il la rencontrait dans la rue. Il était précisé dans le placet que plusieurs plaintes avaient été déposées *chez le commissaire* et que le *curé de Saint-Médard* certifierait les faits. La sollicitation était formulée de cette manière : [...] *la suppliante a recours à l'autorité de Votre grandeur, et la supplie très humblement de*

---

[400] QUÉTEL Claude, *id.*, Page 13 ; CARBASSE Jean-Marie, *idem*, Pages 164-165.

[401] *Cf.* CARBASSE Jean-Marie, *id.*, § 137, Page 273. Dans le système pénal de l'Ancien Régime, la prison ne constituait pas une peine ; cependant dans le cadre d'un enfermement administratif ordonné par lettre de cachet, *une finalité proprement pénale et le souci de correction ne sont pas absents*.

[402] QUÉTEL Claude, *id.*, Page 29. L'auteur expose que les prisons d'Etat étaient *réservées aux seules lettres de cachet à l'initiative du prince*. (*Le royaume compte ainsi une bonne quarantaine de châteaux et de citadelles appartenant au roi*, précise t-il.)

[403] CARBASSE Jean-Marie, *id.*, § 163, Page 317. L'auteur indique que les maisons de force, qui étaient le *substitut des galères pour les femmes*, étaient des *lieux de détention répressive de longue durée et de droit commun*.

[404] *Cf.* ROLLAND Muriel, « L'exercice de la puissance paternelle sur les mineurs en Bretagne (1731-1789) ou les moyens d'éviter les mésalliances », dans PLESSIX-BUISSET Christiane (dir.), *Ordre et désordre dans les familles*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2002, Page 31, Note 127. *Affaire du chevalier de Larré*, la lettre de cachet avait été sollicitée par la famille du chevalier.

[405] FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *op. cit.*, Page 165.

[406] *Idem,* Page 10. Les dossiers retenus par les auteurs et donnés dans leur intégralité dans cet ouvrage sont les demandes pour les années 1728 et 1758.
Cf. FARGE Arlette, *La vie fragile : violence, pouvoirs et solidarités à Paris au XVIII*e *siècle*, *op. cit.*, Pages 91 à 93. L'auteur analyse la relation amoureuse des couples de concubins de ces dossiers des archives. Elle constate notamment que l'adultère était *souvent vécu comme une façon de divorcer et de tenter une autre vie*.

donner des ordres pour faire mettre ledit Martin à Bicêtre, ainsi que sa concubine et son mari qui souffre le vice chez lui, eu égard à la sûreté de la vie de la suppliante et aux malheurs qu'ils pourraient commettre dans la suite des temps, c'est la grâce que la suppliante ose espérer de Votre Justice : elle ne cessera d'élever ses vœux pour la conservation de la santé et prospérité de Monseigneur.[407]

Dans une autre affaire, le suppliant était le mari, Charles Tiquet, commis dans les fermes du roi. Sa femme, Madeleine Tiquet, *vendeuse à la toilette et prêteuse dessus gages sans le consentement* de son mari, menait *un mauvais commerce.* Un ordre avait déjà été donné par le prédécesseur de Bertin pour faire arrêter ladite femme, elle fut mise dans une *Maison de Force et* [en] *sortit avec un exil et elle s'évada*. Depuis ce temps, elle vivait en concubinage avec le nommé Guaudissart, *prêteur dessus gages*. Elle venait d'être arrêtée. C'est ce qu'indiquait le placet envoyé en 1758 *à Monseigneur Bertin, Lieutenant Général de Police*. Le mari y sollicitait qu'elle soit *transférée à l'hôpital, craignant tous dangers de cette méchante femme*. En réaction, plusieurs placets avaient, par la suite, émané de proches de Madeleine Tiquet. L'un d'eux provenait de ses *parents et amis* et s'adressait à *Monsieur le Comte de Saint Florentin, Ministre et Secrétaire d'Etat*. Ils y représentaient que la femme de Tiquet n'*était détenue à la Salpêtrière depuis quinze mois* [...] *que par la noirceur de Tiquet*, qui ne lui payait *aucune pension*, lui refusait *tous les secours*. Ils demandaient *la liberté* pour Madeleine Tiquet, *ou qu'elle soit transférée au Châtelet si elle est coupable de quelque crime, pour ses procès lui être fait*. Il ressortait de l'enquête, que Madeleine Tiquet *était une libertine, qui vivait scandaleusement en 1753 avec un escroc nommé Turgès, qui a été mis à Bicêtre pour friponneries convenues avec elle : et que depuis, ce Turgès a été remplacé par un nommé Guaudissart autre escroc et fripon, avec lequel elle menait la même vie, et a été trouvée couchée, lorsqu'elle a été sur la demande de son mari, transférée en vertu des ordres du Roi du 30 juillet 1758, du For-l'Evêque où elle était, à la Salpêtrière*. S'agissant des placets en faveur de Madeleine Tiquet, une information démontra que ceux *qui s'annoncent comme ses parents, paraissent n'être dans la vérité que des solliciteurs, aucun de ces prétendus parents ne s'étant fait connaître et ne s'en trouvant pas un seul qui ait signé les placets*. Pour

---

[407] *Ars. Arch. Bastille 12008, fol. 18 (1758)*, dans FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *id.*, Pages 65-66.

l'administration qui avait conduit l'enquête, il en résultait que Charles Tiquet *mérite d'autant plus que l'on ait égard à sa demande qu'il passe pour un fort honnête homme*.[408]

Les lettres de cachet furent un moyen d'endiguer le concubinage juvénile. Elles visaient des jeunes gens ayant quitté le foyer familial pour vivre maritalement mais dans l'illégitimité. Des demandes d'internement émanaient de l'un des parents ou des deux à l'encontre de leur enfant.[409] Celui-ci déshonorait sa famille et les parents espéraient une correction de la moralité de leur progéniture. [410] La libération pouvait alors avoir lieu s'ils pardonnaient à l'enfant, qui, de son côté, promettait de se conduire honnêtement. La notion de scandale intervenait encore ici pour qualifier une situation de concubinage. Ce qui apparaissait le plus souvent aux familles comme scandaleux dans ces relations hors mariage, c'était lorsque que le concubin ou la concubine de leur enfant était marié ou la naissance d'enfants illégitimes.[411] L'autorité paternelle jouait un rôle primordial, les parents entendaient contrôler la vie de leurs enfants jusqu'à un âge avancé[412] et réprimer les conduites considérées comme déviantes.[413] Dans plusieurs espèces étudiées, c'était la relation concubinaire empreinte de scandale qui causait un tort moral à la famille en compromettant sa réputation et

---

[408] *Ars. Arch. Bastille 12017, fol. 78, 110 et 114 (1758)*, dans FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *id.*, Pages 152 à 154.

[409] FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *id.*, Page 10. Les dossiers retenus par les auteurs et donnés dans leur intégralité dans cet ouvrage sont les demandes pour les années 1728 et 1758.
Cf. FARGE Arlette, *La vie fragile : violence, pouvoirs et solidarités à Paris au XVIIIe siècle*, *op. cit.*, Pages 91 à 97. L'auteur examine le *fol amour* à l'origine de ces concubinages. Ce sont des cas où un fils ou une fille avait *décidé de vivre comme il lui convenait une inclination non reconnue par la société*.

[410] Sur le droit paternel de correction conforté par l'État monarchique, *cf.* BADINTER Élisabeth, *L'amour en plus, Histoire de l'amour maternel (XVIIe-XXe siècle)*, Paris, Flammarion, 2009, Pages 46-47.

[411] FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *id.*, Pages 160-161. Les auteurs établissent que le concubinage *intervient dans les placets de 1728, beaucoup plus que dans ceux de 1758 (20 contre 4). Et pour les filles beaucoup plus que pour les garçons (15 cas contre 5 en 1728).*

[412] *Supra* Chapitre 1, Section 2, § 1 et 2. Les édits et ordonnances en matière de mariage prévoyaient l'âge de la majorité matrimoniale pour les garçons et pour les filles.
Cf. CORLEY R. Christopher, « Entre le droit et la pratique, un exemple dijonnais : « les donations à cause de mort » et l'âge à la majorité, XVIe-XVIIIe siècles », dans BARDET Jean-Pierre, LUC Jean-Noël, ROBIN-ROMERO Isabelle (dir.), *Lorsque l'enfant grandit, Entre dépendance et autonomie*, Paris, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2003, Pages 341 à 348 et spécialement pages 342 à 344. L'auteur souligne que l'âge de la majorité n'avait pas été déterminé par la législation royale (seul l'âge de la majorité pour le mariage l'avait été) et que la coutume de Bourgogne n'évoquait pas cet âge. Il observe une tendance de l'âge de la majorité, (âge fixé par les notaires et les familles à l'occasion de donations) à augmenter au cours de l'Ancien Régime, particulièrement au XVIIIe siècle, et il établit un lien avec l'élévation de l'âge au mariage ; il en déduit l'importance croissante de l'autorité paternelle.

[413] QUÉTEL Claude, *op. cit.*, Page 137.

qui expliquait le recours à la lettre de cachet. Au contraire, l'examen de certains cas révèle un conflit familial sous-jacent où un antagonisme reposant sur une question pécuniaire semblait l'emporter sur une réelle affliction quant à une attitude jugée libertine comme cause réelle de la demande d'enfermement. Parmi les affaires où le motif qui apparait de façon explicite était la conduite débauchée du fils ou de la fille donc le concubinage lui-même, celle concernant Thérèse Boisselet montre la réaction parentale et celle du voisinage face au *scandale*. Une jeune femme de vingt-six ans, Thérèse Boisselet avait fait, l'objet d'une demande d'internement en 1728. Ses parents étaient à l'origine du placet, ils reprochaient à leur fille *une conduite très scandaleuse* et d'avoir *débauché le nommé Cochois qui a sa femme vivante laquelle est très maltraitée*. De plus, un enfant était né de leur union. Les parents s'inquiétaient car *Cochois a emporté tout ce qu'il y avait chez lui et est parti pour installer on ne sait pas où*, et Thérèse *se dispose à l'aller trouver*. Par conséquent, il s'avérait nécessaire de *faire enfermer ladite Thérèse Boisselet avant qu'elle soit disparue*. Un curé certifiait la véracité du placet au lieutenant général de police, répétant que *la conduite des nommés Cochois et de Thérèse Boisselet est un scandale public*. Ce curé réitéra ses dires, à l'appui d'une lettre de son vicaire qui insistait auprès du lieutenant général de police pour faire enfermer *la Boisselet au sujet de laquelle il est encore arrivé un nouveau scandale dans le quartier en sorte que le nommé Cauchois et ladite Boisselet ayant été trouvés ensemble dimanche au soir, ils ont été battus d'importance par la populace* ; le vicaire continuait de cette façon : *il serait ce me semble convenable de ne pas différer de donner l'exemple d'une punition capable de réprimer celles du quartier et qui pourraient être disposées à suivre un tel exempl*e. Dans cette affaire, on en appelle au roi autant pour l'arrestation de la concubine elle même que pour faire cesser l'agitation populaire et pour montrer l'exemple aux femmes du quartier qui serait tentées par cette *conduite débauchée*. Thérèse Boisselet fut détenue à l'hôpital général et au bout de six mois, ses parents, par un placet au lieutenant général de police, ont supplié qu'on leur accorde un ordre pour faire libérer leur fille, celle-ci *étant dans un état déplorable, étant digne de compassion*.[414]

D'autres cas faisaient également état de jeunes femmes qui furent dénoncées dans des placets par leur famille, qui leur reprochait de vivre en concubinage. Parmi elles, Anne

---

[414] *Ars. Arch. Bastille 11000, fol. 226, 227 et 229 (1728)* dans FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *id.*, Pages 209 à 211.

Hubert, à l'encontre de laquelle son père implorait un ordre du roi en 1728, en soutenant qu'elle e*st plongée dans la débauche et le vice, depuis plus de trois ans avec le nommé Pierre Malurier*, *qu'elle a accouchée et qu'elle demeure avec ledit Malurier*. Un curé signait le placet en certifiant qu'Anne Hubert *mène une vie scandaleuse*.[415] Le comportement d'Anne Catherine Seray, une femme mariée fut incriminé dans un placet en 1728. Les suppliants, ses parents, racontèrent qu'elle et son mari se sont *livrés l'un et l'autre au libertinage, ils se sont quittés*, et depuis six mois ladite Seray leur fille est à Paris chez le nommé Faucroy [...] *avec lequel Faucroy elle vit en mauvais commerce*. Ils souhaitaient *un ordre anticipé* (du lieutenant général de police) *pour faire renfermer à l'hôpital ladite Anne Catherine Seray leur fille, en attendant un ordre du Roi pour y être détenue jusqu'à ce qu'elle soit corrigée de ses inclinations libertines*.[416] Barbe Blondel Duponchel, fut à vingt neuf ans, mise en cause par son père en 1728 pour sa *très mauvaise conduite* ; le placet faisait état qu'*elle a même habité pendant un temps considérable avec un garçon se faisant passer pour mari et femme, dont même elle a eu un enfant*. Ces faits étaient certifiés par un curé qui considérait que *c'est une très bonne œuvre de faire enfermer ladite Barbe Duponchel*.[417] Toujours en 1728, les parents de Marie Anne Lefébure, âgée *d'environ vingt-trois ans*, affirmèrent dans un placet : nous sommes persuadés qu'elle continue une vie de débauche. Selon le rapport de l'administration, *ladite fille est en chambre avec le nommé Billam qui lui a conseillé sa fuite* [...] *a changé de nom, se fait nommer la demoiselle Le Blond*.[418] Âgée de vingt-et-un ans, Jeanne Cécile Pezan, s'était *plongée dans un libertinage affreux* d'après ses parents ; qui, en 1728, aspiraient à *faire arrêter ladite fille qui est actuellement en chambre garnie avec un garçon tailleur avec lequel elle vit en débauche*.[419] En 1758, le père et la mère de Françoise Villette, dans un placet adressé à Monseigneur Bertin, Lieutenant Général de Police, accusèrent leur fille, âgée de vingt ans, de s'être *évadée de la maison* [...] *nuitamment* [...] *sans* [...] *aucune cause légitime, le tout pour mener une vie dérangée de fille prostituée*. Les suppliants rapportaient l'avoir *ramené chez eux pour la mettre dans un bon chemin de christianisme* ; et qu'*elle s'est derechef évadée par une fenêtre et continue son mauvais dérangement* : *elle vit avec un dénommé Charier, homme sans aveu* [...] *logeant avec elle tantôt d'un côté, tantôt de l'autre*. Les parents

---

[415] *Ars. Arch. Bastille 11013, fol. 149 (1728)* dans *id.*, Pages 218-219.
[416] *Ars. Arch. Bastille 11028, fol. 165 (1728)* dans *id.*, Page 220.
[417] *Ars. Arch. Bastille 11009, fol. 95 (1728)* dans *id.*, Page 221.
[418] *Ars. Arch. Bastille 11018, fol. 356 (1728)* dans *id.*, Page 228.
[419] *Ars. Arch. Bastille 11025, fol. 210 (1728)* dans *id.*, Page 234.

de la jeune femme précisaient qu'ils se trouvaient *hors d'état de payer pension pour le triste état où ils sont plongés*.[420] Une partie non négligeable des plaintes des familles avaient pour sujets des veufs ou des veuves concubinaires. Les parents et même les beaux-parents n'hésitaient pas à recourir à l'intervention du roi pour faire cesser ce *compagnonnage* qui les scandalisait et les alarmait particulièrement par rapport aux droits des enfants du premier lit.[421] Par exemple, une veuve, Marie Feuillade, qui vivait avec un soldat depuis presque deux ans, fut placée en détention à la Salpêtrière en raison d'un placet envoyé par sa mère et sa famille.[422]

De surcroît, il y eu manifestement des affaires où le concubinage paraît avoir été tout au plus une faute aggravante aux yeux d'un entourage qui comptait employer la lettre de cachet à un autre effet que de s'assurer de la moralité d'un fils ou d'une fille, l'accusation portée servait à recouvrir une rivalité patrimoniale. Ce fut probablement le cas pour Magdelaine Blanchet qui avait été enfermée pour concubinage par une lettre de cachet sollicitée par son père. Celui-ci, Pierre Blanchet exposa, dans un placet adressé en 1728 au lieutenant général de police, *la vie malheureuse et infâme que mène depuis plusieurs années la nommée Magdelaine Blanchet sa fille avec le nommé Hotton qui se dit garçon fourreur avec lequel cette malheureuse a eu cinq ou six enfants quoique ledit Hotton soit marié, cette vie criminelle ayant obligé sa femme de s'éloigner de Paris par les mauvais traitements qu'elle recevait chaque jour de son mari*. Le suppliant affirmait n'avoir *rien épargné pour retirer sa fille de cette vie scandaleuse*, *l'étant venu rechercher lui-même depuis plus de deux ans*, mais elle revenait *se remettre avec ledit Hotton*. Le père de Magdelaine souhaitait *qu'elle puisse faire une pénitence proportionnée à son ennui*. Un vicaire avait précédemment interpellé Pierre Blanchet dans une lettre du 4 mars 1723, il lui disait : *vous ne trouverez pas mauvais que j'aie recours à vous au sujet du dérèglement de Magdelaine Marguerite Blanchet votre fille en concubinage avec un nommé Othon garçon fourreur de profession, demeurant sur notre paroisse, homme marié* [...]. *Voici le troisième enfant qu'ils ont ensemble, le dernier desquels vient d'être baptisé ces derniers jours. J'espère, Monsieur, que vous servant de toute l'autorité que Dieu vous a donnée comme père vous apporterez remède à un tel désordre*.

---

[420] *Ars. Arch. Bastille 12018, fol. 232 (1758)* dans *id*., Page 255.
[421] FARGE Arlette, *La vie fragile : violence, pouvoirs et solidarités à Paris au XVIIIe siècle*, *op. cit.*, Pages 94-95.
[422] *Arch. Bastille ms.11940, fol. 331 à 342 (1756)* dans FARGE Arlette, *ibidem*.

S'adressant le même jour à son père, Magdelaine Blanchet tenta de se faire pardonner en lui écrivant : *je ne puis me consoler d'accroître le malheur de vous donner à ce point de chagrins que je vous en ai donné, je ne m'en consolerai de mes jours*. Le vicaire pria ensuite (dans une lettre du 13 mars) la seconde femme de Pierre Blanchet d'essayer d'obtenir de celui-ci *le pardon que Mademoiselle sa fille lui demande*. Il insistait sur l'urgence de la situation : *vous deviendriez certainement coupable devant Dieu notre souverain juge des excès auxquels se pourrait porter ladite demoiselle, si vous ne lui tendiez pas la main incessamment dans le dessein qu'elle a conçu de sortir de son état*. Il comptait sur le repentir de Magdelaine : *je ne sais s'il ne serait pas à propos que monsieur votre mari lui facilitât le moyen de se rendre à Montmirail où il paraît qu'elle aurait dessein de se renfermer pour faire pénitence et travailler à son état*. Internée, elle fit parvenir un placet au lieutenant général de police où, se présentant comme la fille majeure de Pierre Blanchet, elle expliquait sa situation : *détenue de l'ordre du Roi à la maison de force* [...] *à la sollicitation du sieur Blanchet son père qui au lieu de lui rendre justice sur ce qu'il lui doit légitimement et même pour se mettre à l'abri des justes poursuites qu'elle était sur le pied de faire contre lui aurait, sous de faux exposés surpris la religion de Votre Grandeur, et d'obtenir d'elle une lettre de cachet. La suppliante remontre à votre grandeur que depuis neuf années qu'elle est à Paris qu'elle n'a jamais été secourue de son père en ayant été abandonnée entièrement, elle a appris à travailler dans la pelleterie par les soins et le secours du sieur Hotton dont elle a un fils âgé d'environ huit ans et elle a vécut à cela près avec honneur et probité avec ledit Hotton pour soutenir et élever son enfant*. Dans ce placet, était rappelé les lettres écrites par le vicaire au début de l'année 1723, et qu'à la suite de la seconde lettre, le père de la suppliante avait consenti à la reprendre chez lui. A la suite de quoi étaient détaillés les différends entre elle et son père à propos de la succession de sa mère défunte. La suppliante, après neuf mois chez son père, fut *maltraitée et chassée de sa maison*, elle a alors *été obligée de se résoudre à servir* chez diverses personnes. Sa situation de concubine était donc involontaire et en partie due à l'attitude de son père à son égard, c'est ce qui ressort des formules employées dans le placet. *La cherté du pain qui est survenue en 1725 l'a rendue sans condition, en cet état elle a écrit plusieurs fois à son père, pour le prier de lui envoyer quelques douceurs, ou de lui marquer ce qu'il désirait qu'elle fît, mais ne lui ayant point fait de réponse, la nécessite l'a obligée de retourner avec ledit Hotton où elle a vécut jusqu'à ce jour en travaillant, ce qui n'a pas été ignoré de son père. Cette pauvre infortunée* estimait que son père avait mis *tout en œuvre pour les* (les enfants du premier lit) *frustrer du bien de leur mère* ; et implorait sa liberté. Dans la réponse au mémoire donné au lieutenant général de police par Magdelaine Blanchet, Pierre Blanchet affirmait que

c'était elle qui lui était redevable d'une certaine somme à la suite d'une transaction, que dire que *son père ne lui a pas rendu justice* était un faux prétexte pour être libérée. Il contredisait les dires de sa fille, entre autres, quant au fait d'avoir été maltraitée et chassée. Selon cet exposé, *il y a lieu de croire qu'elle conservait* […] *son esprit de débauche* puisqu'ayant trouvé *une condition honnête* (comme servante) elle choisit d'en sortir *furtivement au bout de trois mois pour retourner à Paris* ; *quelle preuve plus forte de libertinage*[423] *et de débauche* que d'être retournée avec un homme marié. Le père de Magdelaine donnait les raisons pour lesquelles il *n'a point importuné d'abord Mgr le lieutenant de police sur les premières débauches de sa fille ; il a cru qu'il était de sa prudence pour ménager son honneur de ne point faire éclater les justes ressentiments qu'il en avait conçus et il prenait même ce parti avec d'autant plus de joie qu'il avait l'air de croire que le retour de sa fille* [...] *dans la maison paternelle pouvait opérer un retour sur elle-même et sur les dérèglements de sa conduite, mais il ne lui a plus été permis de se taire quand il a su que cette malheureuse avait quitté une condition honnête où il l'avait placée pour recommencer avec plus de fureur son libertinage et avec celui même dont elle convient qu'elle a eu des fruits honteux de leurs débauches*. Cette réponse s'achevait de cette façon : *il espère par toutes considérations qu'il plaira à Mgr le lieutenant général de police de n'avoir aucun égard aux plaintes de cette prostituée qui ne demande la liberté que pour continuer à vivre dans le libertinage et achever de couvrir d'ignominie sa famill*e.[424] L'étude des divers documents de ce dossier montre que le conflit familial portait peut être davantage sur des motifs d'ordre pécuniaire que sur la conduite immorale de la fille mise en cause.[425]

Un conflit d'intérêts semble aussi être à l'origine de la sollicitation d'une lettre de cachet, en 1728, à l'encontre d'un jeune homme, Louis Bellavoine, par des membres de sa famille (les signatures étaient illisibles, on apprend à la lecture du dossier que les signataires étaient sa mère et deux oncles paternels). Le placet, dont le destinataire était le commissaire général de police, indiquait que *la famille Bellavoine vient implorer* [...] *de leur procurer l'ordre du Roi pour faire enfermer* [...] *le sieur Bellavoine attendu son libertinage et sa*

---

[423] *Cf.* QUÉTEL Claude, *op. cit.*, Page 140. L'auteur analyse que *dans l'univers sémantique des lettres de cachet, le libertinage signifie même très précisément une débauche sexuelle, et le mot libertine est pratiquement synonyme de prostituée occasionnelle*.

[424] *Ars. Arch. Bastille 11000, fol. 161, 163, 164, 167, 174 et 176 (1728)* dans FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *op. cit.*, Pages 202 à 208.

[425] *Cf.* FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *op. cit.*, Pages 159-160.

mauvaise conduite étant sur le point de la déshonorer ainsi que sa famille si Sa Majesté n'a la bonté de venir à son secours. Louis Bellavoine était âgé de vingt-sept ans, sa famille lui reprochait son *commerce de débauche avec une femme nommée Thoinette Louison veuve Leboulin* ; il avait fait croire qu'il comptait se marier avec cette personne, *les suppliants avaient acquiescé, la croyant de bonne vie et moeurs* ; mais *ils ont appris que sa conduite était des plus irrégulières* [...] *et que même elle avait eu plusieurs enfants provenant de ses débauches*. Les craintes des proches du jeune homme vis-à-vis de son état de concubinage étaient clairement exprimées : *les suppliants espèrent que Votre Grandeur leur accordera l'honneur de sa protection, comme étant le support des familles affligées. Ils ont fait tous leurs efforts et remontrances, il n'a pas laissé que de continuer ses débauches avec ladite Thoinette Louison, et vivent actuellement comme mari et femme. Il a même eu la bassesse de dire à sa famille qu'il voulait reconnaître l'enfant de ladite Thoinette Louison, pour être de lui* [...]. *Il serait bien malheureux pour une famille de se voir déshonorer* [...] *si Votre Grandeur n'y met obstacle en favorisant leur demande.* A l'appui de cette demande, on trouvait une lettre en date du 17 juin 1728 d'un dénommé Vanneroux qui témoignait que *la débauche avec la demoiselle Louison est manifeste, leur concubinage éclate et fait beaucoup de scandale*. Ce témoin précisait : *la Dame Rivou, marchande fruitière en a parfaite connaissance, elle m'a assuré que la demoiselle Louison était une débauchée, et que son père qui est secrétaire de M. l'intendant de Perpignan était sur le point de solliciter un ordre pour la faire renfermer dans quelque communauté religieuse*. En réponse aux accusations portées contre lui, Louis Bellavoine fit savoir, au commissaire général de police, que cela *provient d'une vengeance et des intérêts particuliers de sa mère*. L'administration concluait ensuite sur cette demande d'enfermement où la famille paierait la pension : *ce jeune homme était connu longtemps pour un tapageur, un escroc, et un débauché je pense que l'ordre est juste*.[426]

Au vu des exemples développés ci-dessus, il est notable que les lettres de cachet n'étaient pas seulement l'apanage de la noblesse, elles étaient utilisées par les autres ordres de la société. Toutefois, les filles d'une condition jugée inférieure, les filles de *la lie du peuple* étaient parfois estimées indignes de l'attention de l'administration royale et les demandes les visant donnaient lieu à une fin de non recevoir puisqu'il n'y avait pas d'honneur familial à sauvegarder ; alors que, quand elles concernaient des filles de famille, les lettres de cachet

---

[426] *Ars. Arch. Bastille 10999, fol. 230, 231, 234 et 239 (1728)* dans *idem*, Pages 182 à 185.

étaient octroyées sans difficulté.[427] La discrétion pour le règlement des affaires de famille qu'offrait la lettre de cachet expliquait son emploi par la noblesse, pour éviter la voie de la justice ordinaire. Par exemple, en 1762, une lettre de cachet fut sollicitée, pour ôter la liberté à Georges-Henri-François du Rozel de Grignon, par une branche de sa famille, gênée que son nom soit associé à cet homme qui avait, entre autres, *vécu scandaleusement avec des concubines*. La lettre ne produisit son effet qu'en 1770 où il fut enfermé à Bicêtre (pendant moins d'un an, il put en sortir à la demande de sa femme).[428]

A la fin de l'Ancien Régime, la pratique des lettres de cachet fut contestée.[429] En mars 1784, Breteuil (ministre de la Maison du roi) fut à l'origine d'une circulaire qui instaurait *des principes rationnels de fonctionnement et de limitation*. Trois types d'internés faisaient l'objet d'une explication particulière quant à la nécessité de leur incarcération. Parmi les trois, *il y a ceux qui n'ont pas troublé l'ordre public, mais se sont livrés au libertinage.*[430] La circulaire de Breteuil ne s'opposait pas à ce que les familles puissent demander un internement pour cette raison, elle mettait en place des limitations. D'abord, s'agissant du statut juridique des personnes : *une personne majeure maîtresse de ses droits et n'étant plus sous l'autorité paternelle ne doit plus être renfermée, même sur la demande des familles réunies, toutes les fois qu'il n'y a point de délit qui puisse exciter la vigilance du ministère public*. Ensuite sur l'appréhension de l'*honneur*, Breteuil soulignait que c'*est une caractéristique de la personne*, qui doit être différenciée du *désagrément* que les membres d'une famille pouvaient connaître face à l'attitude de l'un des leurs, *désagrément* qui ne justifiait pas une ingérence du pouvoir royal. De plus, Breteuil craignant que la demande ne reposât que sur une discorde familiale, traitait avec une certaine méfiance les placets introduits par une femme ou un homme à l'encontre de son conjoint, et quant à ceux provenant des parents, il exigea *qu'au moins deux ou trois des principaux parents signent avec les pères et mères, les mémoires qui contiendront la demande des ordres*. Pour finir, la circulaire soulignait que ces enfermements ni ne remplaçaient ni ne constituaient une peine, ils visaient à *l'amélioration des détenus*, et dans

---

[427] QUÉTEL Claude, *op. cit.*, Pages 141-142. C'est ce qu'observe l'auteur à propos des *libertines de province*.
[428] QUÉTEL Claude, *op. cit.*, Page 149.
[429] FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *op. cit.*, Pages 356. Les auteurs commentaient la disparition des lettres de cachet : *Plus la chose privée se distinguera de l'ordre public, plus les turbulences, des jeunes ou même celles des amants et des époux paraîtront nécessiter avant tout l'intervention du chef de famille*.
[430] *Idem,* Page 359. Par libertinage *Breteuil entend les deux composantes traditionnelles de la mauvaise conduite : débauche et dissipation, sexe et argent.*

cette optique ne devaient être *pas trop long ni trop rigoureux*. A travers cette circulaire, on observa donc un changement quant à la façon de résoudre les désordres familiaux et d'empêcher le libertinage des concubins.[431]

Du côté des concubines délaissées, certaines actions purent leur permettre d'obtenir une compensation au regard de la perte de leur honneur.

§ 4 : Les actions intentées par les concubines à l'encontre de leurs séducteurs

Tout d'abord, jusqu'au XVe siècle, les femmes abandonnées par des hommes qui les avaient séduites dans le but de les connaître charnellement étaient reconnues comme des victimes par l'Église. L'action *en mariage présumé*, aussi appelée action *en solemnisation de mariage commencé*, issue du droit canonique, n'exigeait pas, pour sa recevabilité, que la femme fut enceinte. Le but étant que l'union devînt officiellement un mariage, puisque le commerce charnel précédé de fiançailles faisait présumer le consentement. Cette action *per verba de futuro carnali copula subsecuta* pouvait être intentée par des concubines. Fréquemment, leurs compagnons admettaient qu'il y avait eu entre eux des rapports sexuels, néanmoins ils se défendaient en démentant qu'il y ait eu promesses de mariage.[432] Puis, à partir du XVIe siècle, la situation des femmes séduites se dégrada, elles ne bénéficièrent plus dorénavant de la protection offerte par les actions intentées devant les juridictions ecclésiastiques. En raison des exigences relatives à la célébration des mariages décrétées lors du concile de Trente, le système canonique des mariages présumés fut désormais inopérant.[433] Sa disparition participa à une fragilisation de la situation des concubines puisqu'en assimilant leur union à un mariage, les concubins étaient liés par un devoir de fidélité et de secours. Au

---

[431] *Id.*, Pages 359 à 361.

[432] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », dans *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, XXXVI, *L'enfant,* Bruxelles, Editions de la librairie encyclopédique, 1976, Page 258 ; *idem,* « *Si mieux n'aime l'épouser*, Mariage et relations charnelles hors mariage (France XVIe-XVIIIe) », dans LEFEBVRE-TEILLARD Anne, Autour de l'enfant, Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804, Leiden-Boston, Brill, 2008, Pages 34-35.

[433] *Cf.* DEMARS-SION Véronique, *Femmes séduites et abandonnées au 18e siècle*, *L'exemple du Cambrésis*, Lille, L'espace juridique, 1991, Pages 17 à 23 et 68.

surplus, l'article 7 de la déclaration du 26 novembre 1639 contraignit à prouver par écrit les fiançailles.[434] Restait à ces femmes une seule alternative : intenter l'action en séduction.

Des jurisconsultes du XVIIIe siècle soulevèrent la question de savoir si une action pouvait être ouverte en faveur de la fille *abusée*.[435] La possibilité d'un recours de la part de la concubine elle-même afin de contraindre celui qui était nommé *son séducteur*, *à payer les dommages-intérêts, qui contre-balancent le préjudice résultant de l'inexécution* d'une promesse de mariage, était vraisemblablement exclue, du moins selon Fournel. Dissertant de *la nature de l'action qui résulte du commerce illicite*, Fournel analysait que *la séduction*[436] *n'est un délit ni public ni privé.* S'agissant de la séduction qualifiée de délit public, en premier lieu, il justifiait son point de vue avec cette interrogation : *Qu'y auroit'il en effet de plus absurde que de donner cette qualité au commerce illicite de deux personnes libres, lorsqu'on refuse même la qualité de délit public à la séduction qui s'opère vis-à-vis d'une femme mariée ?* Et en second lieu, il signalait que si on considérait la séduction comme un délit public, *il y auroit deux coupables, puisqu'il est nécessairement l'ouvrage de deux personnes ; et cette hypothèse, loin d'assurer à l'un des complices une action lucrative contre l'autre, les envelopperoit tous deux dans la même condamnation.* Puis, il observait que la séduction n'était pas non plus un délit privé, *capable d'ouvrir l'action en injures*. Cette action avait *pour objet la réparation d'un dommage souffert contre le gré ou à l'insu de celui qui s'en plaint. Mais*, disait Fournel *on n'est pas recevable à se plaindre d'un événement auquel on a consenti* [...]. *Pour que la séduction fût réputée un délit privé propre à ouvrir une action en réparation, il faudroit qu'elle eût été accompagnée de fraude, de dol, de supercherie, etc. ; mais lorsque le succès du séducteur n'est dû qu'à l'abandon volontaire de la fille, qu'il est l'effet de son plein consentement, elle ne doit se plaindre que d'elle-même et de l'insuffisance de sa vertu.* De surcroit, il réfutait aussi l'opinion de jurisconsultes pour lesquels le principe de l'action ouverte en faveur de la fille abusée était *la présomption d'un certain pacte*, consistant en un engagement du séducteur à dédommager la fille du préjudice lié à son honneur mis à mal *par*

---

[434] *Supra* Chapitre 1, Section 2, § 4.

[435] FOURNEL *op. cit.*, Page 5. La thèse de Fournel débutait ainsi : *La commune opinion regarde la séduction comme un délit qui donne à la fille abusée le droit d'en poursuivre la réparation contre le coupable : mais c'est visiblement une erreur*.

[436] FOURNEL précisait : *Le terme de séduction n'est employé* [...], *qu'à défaut d'en trouver un autre dans la Langue, qui exprime convenablement ce que je veux dire. Le stupre seroit le mot propre : mais* [...] *On ne dit point une fille stuprée* [...].

les suites du commerce illicite. Selon lui, ce type de pacte (*ob turpem causam*) n'engendrait pas d'action. Il insistait sur le caractère honteux d'un pacte par lequel une fille s'abandonnait aux désirs d'un séducteur *en contemplation d'une récompense pécuniaire*. Fournel expliquait alors que *le titre d'une fille abusée est bien dans une convention présumée faite avec son séducteur : mais cette convention doit porter sur un objet licite et conforme aux bonnes mœurs. Or, quand une fille a le malheur de sentir sa vertu chanceler, il n'est point contraire aux bonnes mœurs d'exiger de son séducteur qu'il se hâtera de lui donner le titre d'épouse légitime, et de réparer, par le Sacrement, les suites affligeantes attachées à sa faiblesse.*[437]

Puisque la séduction n'entrainait pas la responsabilité délictuelle de son auteur, la fille n'avait qu'une action civile contre son séducteur qui dérivait de la promesse de mariage qui était toujours présumée si de part et d'autre il y avait capacité de contracter le mariage, de cela il résultait que cette présomption était détruite par exemple dans les hypothèses où le séducteur était prêtre ou était marié. Donc à défaut de l'exécution de la promesse, la fille réclamait des dommages-intérêts, et Fournel faisait remarquer que de cette façon *elle ne sollicite point le prix de son déshonneur* mais plutôt *le dédommagement résultant de l'inexécution d'un pacte légitime*, la conséquence était alors que *si le séducteur offrait de remplir la condition, elle se trouveroit sans action*. Mais l'action en dommages et intérêts ne s'avérait recevable que si elle était enceinte ou avait accouché, comme l'observait Fournel, *la grossesse n'est que le témoignage de la convention antérieure faite entre les parties*, de ce fait, *un préalable indispensable pour toute fille qui se prépare à dénoncer à la justice l'échec arrivé à son honneur, c'est de constater bien authentiquement sa grossesse ou son enfantement.* Il précisait que la seule allégation d'une liaison intime, entretenue avec un particulier ne donne point à la fille le droit de l'actionner en dommages et intérêts, si d'ailleurs il n'y a point de promesse de mariage par écrit ; et qu'il était inutile pour la fille de rapporter une preuve *par témoins ou par écrit de la cohabitation, personne n'étant recevable à manifester sa honte, ni à se faire un titre de sa turpitude.* Une fois la grossesse vérifiée, il s'avérait indispensable que la fille détermine l'auteur de la paternité. Fournel déclarait que *les dommages et intérêts au profit de la mère, et la condamnation d'alimens pour l'enfant, ne sont qu'un accessoire de la paternité*. Cette action *peut donc s'appeler une action en déclaration*

---

[437] *Idem*, Pages 5 à 13.

de paternité, concluait-il, tout en ajoutant que l'intérêt relatif à la mère et l'autre relatif à l'enfant pouvaient subsister et faire l'objet de la poursuite indépendamment l'un de l'autre.[438] Dans le chapitre suivant de son *Traité*, Fournel incluait les femmes vivant en concubinage, celles qu'il nommait les *femmes entretenues* parmi les personnes qui étaient recevables à former la demande en déclaration de paternité. Il indiquait que cette action de la femme entretenue contre l'auteur de sa grossesse *se réduit à le charger de l'enfant. A l'égard des dommages et intérêts, elle n'en a point à prétendre, parce qu'elle ne peut point alléguer qu'elle n'a fait le sacrifice de sa vertu que sous la promesse de mariage. Cette allégation n'est pas recevable de la part de celle qui a mis un prix pécuniaire à sa possession. Le pacte intervenu entre les parties n'est autre chose qu'une espèce de location, qui, ayant pour objet une chose illicite, ne donne aucune action à l'une ni à l'autre des parties, pour en réclamer l'exécution. Que si le père de l'enfant est condamné à se charger de son éducation, ce n'est pas en exécution de la convention faite entre les parties : c'est uniquement parce que la nourriture et l'éducation des enfants est une obligation naturelle imposée aux pères*.[439] De la sorte, la concubine se trouvait sans action dans son intérêt propre.

La théorie contractuelle proposée par Fournel (qui en prenant en compte la présomption d'une promesse de mariage entre la demanderesse et son séducteur eût pu permettre de compenser la disparition de l'action *en mariage présumé*), se trouvait démentie au vu de la jurisprudence qui favorisait l'analyse délictuelle. De surcroit, son système était à l'opposé de celui établi par la plupart des juristes du XVIIIe siècle (dont Denisart) selon lesquels l'action en séduction s'appuyait sur la responsabilité délictuelle. Dans cette analyse, les promesses de mariage ne représentaient que le fondement indirect de l'action, ne conditionnant pas sa recevabilité, mais pesant dans les plaidoiries, car elles étaient *l'instrument ordinaire de la séduction*.[440] Les femmes séduites assuraient fréquemment avoir cédé à ces promesses de façon inopinée, par là même, seules des relations charnelles occasionnelles pouvaient accréditer la véracité de l'existence de promesses de mariage. Alors

---

[438] *Ibidem*
[439] FOURNEL, *op. cit.*, Pages 34-35. Sur cette action en déclaration de paternité, *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 2.
[440] DEMARS-SION Véronique, *op. cit.*, Pages 95 à 97.

qu'un commerce illicite pratiqué de façon durable faisait douter de la réalité des promesses.[441] Ainsi, il semble probable que les concubines n'aient recouru que rarement à cette action.

Au reste, les couples de concubins avaient vu leurs facultés de légitimer pleinement leur union par le mariage, se réduire au cours de l'Ancien Régime.

§ 5 : De l'approche légale similaire entre les mariages secrets et les mariages contractés *in extremis* entre les concubinaires

Certains mariages […] *quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils*,[442] il s'agissait là du point commun entre les mariages secrets et ceux contractés *in extremis*. Ce fut la déclaration de 1639 du roi Louis XIII qui établit cette privation des effets civils.

Accusés de faire ressentir à la descendance de ceux qui les contractent, *plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage*, les mariages secrets furent vilipendés par la législation royale, qui avait prévu des sanctions afin de dissuader les couples de s'unir de cette manière. *Désirant pourvoir à l'abus qui commence à s'introduire dans nôtre royaume*, la déclaration de 1639 déclarait, à l'article 5, *les enfants qui naîtront de ces mariages, que les parties ont tenus jusques icy ou tiendront à l'avenir cachez pendant leur vie* [...] *incapables de toutes successions, aussi bien que leur postérité*.[443] Les mariages secrets (ou mariages de conscience)[444] nécessitaient qu'il n'y eût aucune publicité quant à la célébration de ces unions, dans ce but, les parties obtenaient une dispense de bans de la part de l'évêque, et le respect du secret par le curé et les deux témoins. Le dessein des couples, en échappant ainsi à la publicité de la célébration, était *le plus souvent de transformer un concubinage en mariage*.[445]

Les parlementaires durent statuer sur ce type d'union matrimoniale,[446] la jurisprudence frappait de nullité quant aux effets civils les mariages de conscience car leur célébration ne

---

[441] *Idem*, Pages 98-99 et 104 à 106.
[442] POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, Tome second, *op. cit.*, Page 55.
[443] LE RIDANT, *op. cit.*, Pages 44-45. *Supra* Section 2, § 2.
[444] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 100. *Le mariage secret tranquillisera ceux qui ne veulent ni avouer leur union, ni vivre en concubinage*.
[445] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, *op. cit.*, Page 309.
[446] *Ibidem*. Un mariage secret se différenciait d'un mariage clandestin.

satisfaisait pas aux formes prescrites par les ordonnances royales.[447] Un arrêt rendu en 1662 statua sur un mariage secret. D'après l'arrêtiste, *René Tardif et Françoise Mereau, vécurent ensemble pendant quarante ans, on prétend même, qu'ils furent mariés publiquement en la paroisse de Chaillé, mais on n'avoit pas tenu de registre en règle dans cette paroisse avant l'année 1645. Ils eurent ensemble douze enfans. La cause fut plaidée solemnellement en l'audience de 1a quatrième chambre des Enquêtes, au mois d'août 1662. M. Bignon, avocat général, fut d'avis que le mariage étoit véritable et suffisamment établi, mais que René Tardif l'avoit tenu secret et clandestin pendant sa vie ; qu'il seroit juste de déclarer les enfans légitimes, mais qu'ils devoient être exclus de la succession dont il s'agissoit, suivant l'article 5 de l'ordonnance de 1639 ; et l'arrêt fut conforme à ses conclusions.* De même, un arrêt du parlement de Paris, *rendu en la seconde chambre des Enquêtes*, le 4 juillet 1704, déclara qu'*un enfant né d'un mariage tenu secret, est privé de toutes successions tant directes que collatérales sans être déclaré illégitime*. Un mariage qui avait été tenu secret fut jugé privé des effets civils, et la privation étendue à la veuve, par un arrêt du 26 mai 1705. L'espèce était la suivante : *le sieur Sonnet de la Tour, trésorier des Suisses, et Marie Jonvelle, ouvriere du Palais, firent un contrat de mariage, dans lequel ils stipulèrent une communauté des biens, un douaire, et un préciput en faveur de la future épouse. Ensuite le mariage fut célébré en présence du propre curé de Marie Jonvelle, après la publication du premier ban, et sur une dispense des deux autres. Néanmoins Marie Jonvelle avoit toujours une demeure séparée, et passoit dans le public pour fille. Onze mois après ce mariage, le sieur Sonnet mourut, sans avoir jamais demeuré avec sa femme. Il y eut une contestation entre la veuve et les héritiers, au sujet des conventions matrimoniales. M. le Nain, avocat général, qui porta la parole dans cette cause, fit voir que ce mariage n'étoit pas clandestin, puisqu'on avoit observé toutes les formalités prescrites par les canons et par les ordonnances ; mais il soutint qu'il étoit secret, non-seulement à cause de l'habitation séparée, mais encore parce que Marie Jonvelle avoit pris la qualité de fille majeure, depuis la célébration de son mariage. D'où il conclut qu'elle devoit être privée des conventions matrimoniales qu'elle demandoit. Il est vrai, ajoute ce magistrat, que l'ordonnance de 1639, ne prononce pas expressément cette peine contre les veuves, mais on doit les y assujettir à beaucoup plus forte raison que les enfans qui n'ont pas*

---

[447] NAZ R., *Dictionnaire de droit canonique*, Tome sixième, Paris, Letouzey et Ané, 1938, « Mariage en droit occidental », col. 781 à 784. Il est établi dans cet article que *pour être secret, le mariage de conscience n'est pas pour autant clandestin au sens juridique de ce mot, car il est célébré suivant les formes prescrites par le concile de Trente* [...] et que la pratique de ces mariages *réussit à s'établir après le concile de Trente.*

de part à cette faute personnelle de leurs père et mère. [448] *Par arrêt du 26 mai 1705,*[449] *Marie Jonvelle fut privée de ses conventions matrimoniales, et on n'ordona en sa faveur que la restitution de dix mille livres de dot, dont le sieur Sonnet avoit donné quittance.*

D'après Pothier, *c'est à ceux qui attaquent ces mariages, à prouver la clandestinité*. Il énumérait des circonstances servant à l'établir : *lorsque la femme n'a pas pris le nom de son mari, pendant tout le temps que le mariage a duré ; lorsque, dans les actes qu'elle a passés depuis son mariage, elle a pris la qualité de fille ou de veuve d'un précédent mari ; lorsqu'une servante qui a épousé son maître, ou un domestique qui a épousé sa maîtresse, ont toujours continué de paroître dans la maison dans leur état de domestiques*. Pothier indiquait ensuite que *la preuve de clandestinité qui résulte de ces circonstances, ou d'autres circonstances semblables, n'est pas détruite par les certificats qu'on rapporte de la publication des bans ; car il n'arrive que trop souvent, qu'un Prêtre les publie d'une manière à ne se pas faire entendre*.[450]

Denisart établissait de manière claire les cas dans lesquels les mariages (précisément *ceux auxquels il n'y a point d'empêchement dirimant, ou pour lesquels il y a eu dispense légitime, et qui ont été célébrés avec les solemnités prescrites par les loix*) *sont valables quant au sacrement, et nuls quant aux effets civils*. Il répertoriait plusieurs cas[451] dont celui où *le mariage a été tenu caché jusqu'à la mort de l'un des conjoints*. Commentant la disposition de la déclaration de 1639, Denisart analysait : *cette loi veut* [...] *que tout mariage soit public*. Il expliquait alors ce qu'on entendait par mariage public, *c'est celui dont la célébration a été accompagnée des formalités prescrites par les ordonnances, et qui a été suivi de la part des époux d'une possession publique de leur état*. Il était précisé par ce juriste que *la loi n'exige pas néanmoins une demeure commune entre les époux, parce que mille circonstances peuvent*

---

[448] LE RIDANT, *Code matrimonial*, Herissant, Paris, 1766, 2e partie, « Mariage secret et clandestin », Pages 194 à 197.

[449] Dans l'ouvrage de LE RIDANT, *ibidem*, la date est erronée (*1605*). Cet arrêt était rapporté aussi par POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, Tome second, *op. cit.*, n°428, Page 58.

[450] POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, Tome second, *op. cit.*, n°427, Pages 57-58.

[451] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Veuve Desaint, 1777, Tome troisième, « Mariage », Pages 221-222. Il relevait trois cas : le deuxième était le mariage *in extremis*, et le troisième était le mariage de *ceux qui, après avoir encouru la mort civile par des condamnations qui emportent cette peine, viennent à contracter mariage : ce sacrement ne leur est point interdit ; mais étant morts à la société, leur contrat civil n'a point d'effet, à moins que le condamné ne se fasse relever, ou qu'après sa mort, sa veuve ou héritiers ne soient en état de purger sa mémoire dans le temps*.

rendre cette habitation onéreuse, et même impraticable ; il suffit que le mariage soit public et connu. C'est ce qui fut jugé par le parlement de Paris dans un arrêt du 19 décembre 1738 (*affaire des sieur et dame d'Armaillé*). Denisart apportait un autre éclaircissement sur ces mariages qu'il assimilait aux mariages clandestins : c'était *ceux qui ont été tenus cachés par les parties pendant leur vie ; ainsi un mariage qui n'a été secret ou caché que pendant un temps, mais qui a été déclaré et rendu public avant la mort de l'un des époux, n'est pas sujet aux peines prononcées contre les mariages clandestins*. Ensuite, au sujet de la peine portée par l'article 5 de la déclaration c'est-à-dire l'incapacité successorale, Denisart remarquait que la déclaration *ne parle pas des effets civils du mariage, relativement aux époux, elle ne décide pas, par exemple, si la communauté a lieu entr'eux, si la veuve doit avoir son douaire, etc.* ; et il indiquait à cet effet que *la jurisprudence des arrêts a étendu ses dispositions aux époux*.[452] Comme pour les mariages *in extremis*, la peine fut donc appliquée aux époux, les privant des conventions matrimoniales.

En 1741, une bulle papale avait admis la validité de ces mariages.[453] La bulle papale[454] du 17 novembre 1741 établissait à propos des mariages secrets que les évêques ne pouvaient accorder, que de façon exceptionnelle et après une enquête minutieuse, la dispense des bans ; que le propre curé ne pouvait être remplacé pour la bénédiction seulement en cas de nécessité ; et que le procès verbal de la cérémonie était transmis par le célébrant à la chancellerie épiscopale pour y être inscrit sur un registre spécial où la naissance des enfants était ensuite mentionnée.[455] Plus précisément, quant au caractère exceptionnel de l'admission d'un mariage secret, la permission devait reposer sur *un motif très grave et très urgent*, par exemple la *révélation de l'état de concubinage occulte dans lequel vivent les candidats au mariage par la publication des bans*. Dans certaines hypothèses, l'obligation de garder le secret sur un tel mariage disparaissait (*la publicité prévue par le droit commun à laquelle il avait échappé jusque là* était alors faite par l'Église), notamment *lorsque les époux quoique*

---

[452] *Ibidem*.
[453] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit, op. cit.*, Page 309.
BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 99. Cet auteur indique, en citant Esmein, qu'*il ne semble pas que* la forme simplifiée établie par cette bulle, *ait été usitée dans notre ancien droit*.
[454] NAZ R., *op. cit.*, Tome sixième, « Mariage en droit occidental », col. 781. Le Pape Benoît XIV ne souhaitait pas interdire les mariages secrets, il voulait seulement parer à leurs inconvénients parmi lesquels *une présomption d'illégitimité à la charge des enfants qui en procèdent, avec toutes les incapacités qui en résultent*.
[455] VACANT A., MANGENOT E., AMANN E. (dir.), *op. cit.*, Tome neuvième, « Mariage », col. 2248.

pratiquant régulièrement la religion, étaient réputés *comme vivant en concubinage par une opinion publique ignorante de leur mariage*.[456]

Tout comme ces mariages secrets, les mariages qualifiés d'*in extremis* c'est-à-dire les mariages entre concubins qui se faisaient à l'approche de la mort furent, eux aussi, attaqués par la législation royale.[457] Ces mariages furent certainement perçus comme une forme d'approbation des concubinages qui les précédaient. Plus la compétence de l'Église, qui protégeait les mariages *in extremis*, en matière matrimoniale fut amoindrie, plus ils furent sanctionnés en refusant aux parties les effets civils, c'est-à-dire les droits successoraux, matrimoniaux et la légitimation des enfants.[458]

Des mariages contractez à l'heure de la mort, s'ils sont valables sans cette solemnelle bénédiction en face d'Eglise. Telle est la manière dont Févret (conseiller au parlement de Bourgogne), au milieu du XVIIe siècle[459], s'interrogeait sur la validité de ce type de mariage. L'auteur du célèbre *Traité de l'abu*s observait que quand il survient quelque légitime empêchement, qui ne souffre pas qu'on *puisse, sans inconvénient, s'arrester à cette cérémonie* [la bénédiction nuptiale en face d'Église], *on s'en dispense facilement : comme s'il arrivoit que deux personnes, qui auroient longuement vécu en concubinage, l'un se trouvant en péril de mort, delibérât d'épouser celle, de laquelle il auroit eu des enfants illégitimes*. Il relatait à ce propos que certains juristes avaient estimé *que c'estoit un acte de piété envers Dieu, et de charité envers son prochain, de rendre l'honneur à celle qui l'avoit perdu ; et aux enfants, l'estat et condition de legitimes, qui est ce qu'ils avoient de plus cher et précieux en la vie civile*. *Que celuy qui s'en alloit mourant ne pouvoit expier sa faute par un acte plus méritoire, veu qu'il deschargeoit sa conscience* [...]. *Qu'il ne falloit pas appréhender ny que les sens*

---

[456] NAZ R., *op. cit.*, Tome sixième, « Mariage en droit occidental », col. 782-783.

[457] *Cf.* GENDREL Michel, *Les mariages in extremis*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958, Pages 57 à 59. L'auteur répertorie parmi les raisons de faire obstacle à de telles unions *la nécessité de lutter contre le concubinage.* Il relate que des jurisconsultes, rapportant que Tertullien avait condamné la pratique des baptêmes reçus *in extremis* (ce théologien de la fin du IIe siècle et du début du IIIe disait que cette pratique *avait pour but de pouvoir pêcher plus librement pendant tout le cours de la vie et d'obtenir ensuite un pardon certain par ce baptême*), proposaient d'appliquer cette condamnation *à ceux qui, ayant passer leur vie dans l'infamie du concubinage, attendent leurs dernières heures pour épouser leur concubine*. Ils ajoutaient *que les concubines ne demeureraient pas si longtemps attachées à ce commerce illicite si elles n'avaient l'espoir d'obtenir à l'article de la mort ce qu'elles désespèrent d'avoir du vivant de ceux qui ne les veulent avouer pour femmes.*

[458] *Idem*, Page 13.

[459] La première édition du *Traité de l'abus* date de 1654 (Dijon).

pussent alors imposer au jugement, ni que les violentes agitations de l'amour ou de la volupté, eussent quelque pouvoir sur l'esprit de celuy, qui n'agissoit plus que par les principes d'une conscience touchée de l'appréhension des jugements de Dieu [...]. *Que c'estoit alors que celuy qui se trouvoit en cet estat, exerçoit une censure rigoureuse, et donnoit un jugement d'équité et de justice contre soy-mesme* [...]. Il continuait, s'appuyant sur *ce que plusieurs interpretes du Droit ont approuvé* : *que le moribond ne pouvait mieux s'aquiter d'une obligation si chrétienne et si religieuse qu'en épousant la mère, et légitimant les enfants, par un subséquent mariage* [...], *et par ce moyen commuer une sale fornication en une sainte et légitime union et conjonction, non des corps, mais des cœurs et volontés*. Il rapportait que le juriste de la seconde moitié du XVIe siècle, René Chopin, *traitant de ces mariages faits à l'article de la mort, montre comme ils ont été en certains cas approuvés et en d'autres rejettés*. Févret analysait que *pour savoir s'ils* [ces mariages célébrés *in extremis*] *subsistaient quo ad actus civiles, on a principalement considéré la personne des enfants nés de la conjonction illicite,* [...]. *Car la faveur des enfans a beaucoup contribué à faire approuver les dits mariages faits in extremis. Que s'il se trouvait que ceux qui avaient ainsi vécu longuement en concubinage, n'eussent aucuns enfans, et qu'ils se mariassent* [...], *la personne de la concubine, qui avoit entretenu et fomenté la débauche du mourant, et qui avoit trempé dans le vice et scandale, n'estant digne d'aucune faveur ; les Arrest l'ont difficilement rendue capable des droits et avantages matrimoniaux. Mais au cas contraire, les Cours de Parlement se sont portées plus facilement à favoriser les enfans, auxquels le vice de leurs pere et mere n'estoit point imputable*. Le légiste, étudiant *l'usage du Royaume en fait des mariages ainsi contractés par des moribonds* jusqu'à la déclaration de 1639, disait qu'il *a esté tel, que si celuy qui vouloit mettre sa conscience en repos, obtenoit dispense des trois bans, et solemnisoit son mariage en face d'Eglise, recevant la benediction du Curé, et mettant les enfans sous la toilette, ledit mariage estoit tenu pour bon et valable, et les appelans comme d'Abus des sentences du juge Ecclesiastique qui l'avoit ainsi déclaré, estoient débouttés de leur appel, le mariage confirmé, les femmes admises à la participation de la communauté conjugale, et en conséquence l'heritage du defunt adjugé aux enfans comme legitimés par le subséquent mariage*. Il rapportait un arrêt du parlement de Paris du 29 mars 1599, qui *l'avoit ainsi jugé* [...] au profit d'une femme qui avait eu quatre enfants d'un gentilhomme angevin, ce dernier l'ayant épousé *en face d'Eglise, où il se fit porter tout malade qu'il estoit*.[460] Et il citait un arrêt

---

[460] *Cf.* GENDREL Michel, *op. cit.*, Pages 33 à 39. L'auteur relate de façon détaillée la version des faits qui lui

du parlement de Toulouse du 30 juin 1628, qui, *en un semblable different donna un Arrest conforme*. Un nommé Jean Maistre, après avoir obtenu une dispense des trois bans, avait épousé sa concubine et reçu la bénédiction nuptiale de son curé à l'Église, deux jours avant sa mort ; ses héritiers appelèrent comme d'abus, *tant de la dispense des trois bans, que de la procédure du curé, qui avoit admis au Sacrement de mariage un homme moribond*. La cour de Toulouse jugea qu'il n'y avait pas abus, et *maintint la veuve en la possession des biens de la fille née dudit mariage décédée après le Pere*.[461]

D'après la jurisprudence précédant l'intervention du droit séculier en matière de mariages contractés *in extremis*, dans de rares exceptions, des mariages contractés *in extremis* ne bénéficièrent pas de jugements en leur faveur. Entre autres, un arrêt avait été rendu le 31 mai 1591, dans lequel *une concubine, à laquelle avait cependant été faite précédemment une promesse de mariage mais qui n'avait été épousée par le défunt que trois jours avant le décès, se vit déboutée de sa demande en partage de la communauté*. Le couple n'avait pas d'enfants, ce fut l'une des raisons invoquées pour expliquer la décision des juges.[462] Un des moyens fréquemment soulevé pour demander la nullité d'un mariage *in extremis* était le non respect de l'article 40 de l'ordonnance de Blois de 1579 qui imposait que la dispense de publication des bans ne pouvait être accordée qu'*après la première proclamation faite, et ce seulement pour quelque urgente et légitime cause*.[463] Les parlements ne prononcèrent pas, le plus souvent, la nullité de ces unions contractées avec la dispense des trois bans.[464] La validité des mariages *in extremis* était contestée quant ils étaient célébrés dans la chambre du malade, la célébration *in facie ecclesiae* ayant été imposé par les décrets tridentins. Toutefois, cette prescription était interprétée dans le sens d'une compétence personnelle du curé et ainsi la présence du propre curé suffisait. Suivant cette interprétation, les cours souveraines n'annulaient pas les mariages contractés *in extremis* dans les chambres des malades. Pour exemple, un arrêt du 4 mars 1636 *déclara bon et valable un mariage célébré au lit avec un homme atteint d'une blessure*

---

paraît la plus vraisemblable, et les arguments des parties au procès, à propos du mariage du sieur de la Brossardière avec Georgette Maillet avec laquelle il avait *vécut pendant quinze ou seize années en concubinage*.

[461] FEVRET Charles, *Traité de l'abus*, Tome II, Lyon, Girin et Rivière, 1673, Pages 38 à 40.

[462] *Cf.* GENDREL Michel, *op. cit.*, Pages 30 à 32.

[463] *Supra* Chapitre 1, Section 2, § 2.

[464] GENDREL Michel, *op. cit.*, Pages 55-56. *Supra* section 2, § 3.

incurable ; et ce malgré les conclusions de l'avocat général Bignon[465]*, qui concluait à la perte des effets civils du mariage*. Ce fut d'ailleurs Bignon qui rédigea la déclaration de 1639.[466]

La déclaration du 26 novembre 1639, après avoir sanctionné, à l'article 5, les mariages secrets par l'incapacité de succéder des enfants nés de ces unions, édictait à l'article 6 : *Nous voulons que la même peine ait lieu contre les enfants qui sont nez de femmes que les pères ont entretenus, et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie*.[467] Les mariages *in extremis* demeuraient donc valables quant au sacrement.[468] La privation des effets civils fit l'objet d'une acception extensive par la doctrine et la jurisprudence, *faisant ainsi prévaloir l'esprit sur la lettre* ; ainsi la sanction fut interprétée comme s'appliquant également à l'*ex-concubine*, la privant des avantages liés aux dispositions matrimoniales.[469] La question complexe de ce qu'il advenait de la légitimité des enfants n'était pas non plus prévue expressément par la déclaration.[470]

---

[465] *Cf. idem*, Pages 40 à 43. L'avocat général Bignon, à l'occasion d'un arrêt du Parlement de Paris du 13 mai 1633 qui jugea *bon et valable* un mariage fait *in extremis*, (dans une espèce où *un gentilhomme* […] *ayant vécu en concubinage avec sa servante* […], *et en ayant eu plusieurs enfants, l'épousa après* […] *proclamation des bans, et mourut quatre jours plus tard*, et où les appelants soutenaient, au cas où le mariage serait jugé valable, *que ce ne pouvait être que relativement au sacrement, mais qu'il ne pouvait produire d'effets civils*) avait déclaré *que le sacrement ne se divise point et a son effet universel, tant pour le spirituel que pour le temporel*. L'opinion de Bignon divergea lors de l'arrêt du 4 mars 1636, puisqu'ayant *sans doute* […], *été impressionné, non seulement par le fléau de concubinage, mais encore et surtout par les critiques de plus en plus fortes faites aux mariages contractés « en extrémité de maladie »*, il considéra comme « de trop périlleuse conséquence d'approuver indistinctement des mariages qui avaient commencé par d'aussi mauvais principes que la fornication et le concubinage ».

[466] GHESTIN Jacques, « L'action des parlements contre les « mésalliances » aux XVIIe et XVIIIe siècles », dans *Revue historique de droit français et étranger*, 1956, Pages 83 et 97. GENDREL Michel, *op. cit.*, Pages 61-62. L'auteur relève que lorsque Bignon prépara cette ordonnance sur le mariage, il *s'empressa* [...] d*e faire consacrer en matière de mariages in extremis, et par l'insertion d'un article 6, la distinction proposée trois ans plus tôt et en vain au Parlement de Paris*.

[467] LE RIDANT, *op. cit.*, Page 45.

[468] GENDREL Michel, *op. cit.*, Pages 64-65. Selon l'auteur, la finalité de cette législation n'étant pas tant la punition des anciens concubins mais davantage *de protéger les familles contre les conséquences pécuniaires de ces mariages*.

[469] *Cf. idem*, Pages 65 à 70. Spécialement page 70, où sont repris les opinions de quelques jurisconsultes à propos de cette extension de la peine à l'encontre de l'*ex-concubine*.

[470] Ce point soulevé dans ce paragraphe à l'occasion de plusieurs arrêts est l'objet de plus amples développements, *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1.

Les parlements jugèrent selon les circonstances, et ils ne prononcèrent pas systématiquement la nullité quant aux effets civils des mariages faits avec les concubines. C'était du moins ce qui ressort d'un arrêt du mois d'avril 1640 dans lequel fut déclaré valable *un mariage contracté par un gentilhomme avec sa concubine six mois avant son décès, et contesté par une fille du premier lit,* […] *sur le fondement qu'il n'appartient point aux enfans de contrôler les actions de leur père.* Et d'un *arrêt du jeudi 7 avril 1650, qui a jugé que le mariage contracté par un homme mourant, avec celle qu'il a entretenue, et dont il a des enfans, est valable, et peut produire des effets civils. Le mari avoit survécu dix-sept jours ; d'ailleurs il y avoit eu un contrat de mariage, par lequel il avoit avoué et reconnu ses enfants ; ensorte que ce mariage étoit plutôt censé fait dans un temps d'infirmité, qu'à l'extrémité de la vie ; le malade ayant eu espérance de revenir en santé.*[471]

L'Ordonnance a voulu punir ceux qui attendaient à l'extrémité de la vie, à réparer le scandale d'un mauvais commerce, par un mariage légitime, commentait Pothier quant à cette législation.[472] Il analysait le mariage *in extremis* comme un mariage célébré à l'Église, (*où cet homme s'est fait porter*), après publication ou dispense de bans, et en conséquence valablement contracté mais pour lequel *la loi ne veut pas qu'il ait les effets civils*. Il expliquait que ceux qui attaquaient ces mariages devaient prouver deux choses : *le mauvais commerce qui a précédé le mariage* et *que la personne étoit in extremis, lorsque le mariage a été contracté*.[473] S'agissant de la situation *in extremis*, Pothier l'a décrivait dans ces termes : *lorsque la personne étoit au lit, malade d'une maladie qui avoit un trait prochain à la mort, quoiqu'elle ne soit morte que quelques mois après*. Il rapportait un arrêt du 28 février 1667, où un mariage fut jugé contracté *in extremis*. Il était question d'un homme ayant eu un mauvais commerce avec une femme et qui ayant été blessé, avait épousé cette femme, *dans un temps où la blessure paraissoit si dangereuse, qu'il reçut l'Extrême-onction le jour de son mariage* (il survécu cinquante-quatre jours après cette date). Les enfants qu'il avait eu de cette femme furent réduits à des aliments. Pothier s'attachait à cet aspect de la durée de la proximité avec la mort, puisque le mariage n'était pas qualifié d'*in extremis* si la maladie qui était déjà déclarée au moment de ce mariage pouvait durer plusieurs années, *quoiqu'elle fût mortelle et jugée*

---

[471] LE RIDANT, *op. cit.*, « Concubinage », Pages 65-66.
[472] POTHIER, *Œuvres de Pothier contenant : Les traités du droit français*, Par M. Dupin, Tome septième : *Traité des successions*, Paris, Pichon-Béchet, 1827, Pages 19 et suivantes.
[473] L'exigence de cette double preuve était admise de façon unanime par la doctrine et la jurisprudence.

incurable, et que ce soit celle dont la personne est morte. Il illustrait ce type de cas avec un exemple : *si lorsque le mariage a été contracté, la personne étoit attaquée d'hydropisie ou de pulmonie ; si ces maladies n'étoient pas alors dans leurs dernières périodes*.[474] Dans une autre espèce où l'homme avait survécu quelque temps après le mariage, ce mariage fut réputé fait *in extremis*. Les faits étaient les suivants : Claudine de Berne, une veuve était venue demeurer à Lyon, *au service d'un garçon âgé à peu près de cinquante ans*, François le Riche, dont elle eu un enfant *qui fut baptisé sous leurs noms et en leur paroisse le 25 février 1654. Depuis cette année 1654 jusqu'en 1670 elle demeura toûjours avec lui en qualité de sa servante, et même dans cet intervalle de temps elle devint grosse d'un second enfant. Enfin le 25 janvier de l'année 1670 il se passa entre eux un contrat de mariage, et après avoir obtenu le même jour du Grand Vicaire de Monsieur l'Archevêque de Lyon une dispense de publier les trois bans, avec permission de les marier qualibet hora*[475]*, ils receurent le lendemain en présence de quatre témoins la bénédiction nuptiale de leur propre curé, et Jean-François le Riche leur fils fut mis sous le poële. On prétend que lors de ce mariage François le Riche étoit malade de la maladie dont il est mort ; mais quoi qu'il en soit, l'on trouvat un Testament dans lequel après avoir fait un legs modique à sa femme, il reconnoît Jean-François le Riche pour son fils légitime, et en cette qualité l'institue son héritier*. François le Riche décéda le 23 mars 1670. Sa sœur, Catherine de Clostre (en qualité d'héritière bénéficiaire) contesta le testament, et le 17 juin 1670, la sentence de la sénéchaussée de Lyon le confirma. Cette héritière bénéficiaire (tout en interjetant appel de cette sentence) appela comme d'abus de la célébration du mariage de son frère. Le troisième moyen de nullité de l'appelante (les deux premiers, que nous ne traiterons pas, étant la condition inégale des parties contractantes et le défaut de publication des bans) que *c'est un mariage célébré en chambre à l'extrémité de la vie, après plusieurs années de concubinage* (il fut qualifié, pour dénoncer sa longue durée, de *perpétuel concubinage*). Plus précisément, à l'appui de ce moyen, il était fait état que le mariage avait été fait *non seulement sur le déclin des jours et dans la décrépitude de François le Riche, mais même pendant la maladie de laquelle il est mort.* La preuve de ceci reposait sur la dispense des trois bans qui portait permission de célébrer le mariage *qualibet hora*, et sur un certificat du curé qui déclarait avoir célébré le mariage dans la maison de François le Riche, et lui avoir administré le Saint Viatique la semaine précédant son mariage. Pour ces

---

[474] POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, Tome second, Paris, Debure, 1771, n°429-431, Pages 59 à 61.
[475] A n'importe quelle heure.

raisons, la partie appelante soutenait *que ce mariage tomboit absolument sous les peines portées par l'Ordonnance de 1639*. Il était répondu à ce moyen que *François le Riche n'étoit tombé malade que six semaines entières après son mariage contracté*. Quant à l'avocat général Talon, il considéra, *que selon toutes sortes d'apparences François le Riche étoit malade lorsqu'il contracta son mariage* (de plus, *il prétendit que quand même François le Riche n'auroit point été malade, son mariage n'auroit pas laissé de tomber sous la prohibition de la Loy, et que l'Ordonnance de 1639 se devoit entendre non seulement des mariages contractez dans la maladie par des concubinaires avec leurs concubines, mais encore des mariages par eux contractez avec les mêmes personnes sur le déclin de leur âge, et dans les dernières années de leur vie*). Le 22 décembre 1672, le parlement de Paris rendit un arrêt conforme aux conclusions de l'avocat général.[476] Pothier abordait le cas d'une personne morte subitement le jour même du mariage ou le lendemain, il affirmait que le mariage n'était pas considéré contracté *in extremis* (puisque *l'Ordonnance entend par mariage fait à l'extrémité de la vie, celui qui a été contracté par celui qui savait toucher à sa fin, et qui était malade de la dernière maladie dont il est mort*). Par conséquent, ne devait pas subir les peines de l'ordonnance : *celui, qui* [...] *n'a pas eu la volonté d'attendre à la fin de sa vie à réparer le scandale, puisqu'il l'a réparé dans un temps où il n'avait aucun sujet de croire qu'il fut à l'extrémité de sa vie*. Ensuite, était envisagée une autre hypothèse, celle où *une femme, la veille de ses couches, épouse un homme avec qui elle a vécu depuis longtemps en libertinage, et meurt ensuite en couches*. Par un arrêt du 5 septembre 1675, il fut jugé que ce mariage n'avait pas été contracté *in extremis*, car la grossesse *est un état naturel*, pas une maladie ; *la femme est dans le cas de craindre, mais non de désespérer de la vie*.[477]

La question, soulevée pour l'application de la disposition de la déclaration de 1639 contre les mariages *in extremis*, de déterminer si elle s'appliquait à toutes sortes de mariage ou si elle ne concernait que ceux qui ont été précédés de concubinage, fit l'objet d'un arrêt du parlement de Paris du 8 juillet 1675. Un bourgeois du Mans, René Dugas fit dresser par un notaire des articles de mariage, le 27 janvier 1673, avec Jeanne le Moyne. Ces articles mentionnaient *que la future épouse n'aura point de communauté avec son mary, et qu'elle se*

---

[476] Arrêt rapporté par BLONDEAU Claude et GUERET Gabriel, *Journal du Palais*, Tome premier, Paris, Guignard et Robustel, 1713, Pages 324 et suivantes. Et cité par POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, Tome second, *op. cit.*, n°430, Pages 60-61.

[477] POTHIER, *Œuvres*, *op., cit.*, Tome septième : *Traité des successions*, Pages 19 et suivantes.

contentera d'une pension viagère de cinq cens livres. Ils furent signés seulement par les parties. Le 1er octobre 1673, René Dugas fut mortellement blessé et Jeanne le Moyne le fit porter chez elle. Le 20 octobre 1673, elle présenta deux requêtes au grand Vicaire de Monsieur l'Evesque du Mans ; l'une *pour obtenir dispense de publication des bans ; l'autre pour avoir permission de faire célébrer le mariage en chambre*. Les deux dispenses furent accordées avec cette justification du vicaire : *pour éviter scandale*. Enfin, le 21 octobre, le notaire signa les articles de mariage avec trois témoins, *sur la réquisition des parties*. Le même jour, René Dugas épousa Jeanne le Moyne et il décéda deux jours après. Son mariage fut contesté par ses héritiers collatéraux qui en interjetèrent appel comme d'abus. L'arrêtiste établissait que *quant au fait*, il n'y avait point de preuve de débauche contre Jeanne le Moyne, et le legs de René Dugas (dans son testament du 5 mai 1673, il lui léguait trois cents livres de rente viagère *pour considérations particulières, à condition qu'elle demeurera en viduité*) ne pouvait *tout au plus passer que pour une légère présomption, dans un cas où la loi demande pour la conviction, une preuve claire comme le jour*. Et il posait que *dans le droit, la Déclaration de 1639 s'explique assez d'elle même pour connoistre qu'elle ne comprend que les mariages précedez de concubinage ; et encore il semble que cette Déclaration ne parle que des enfants pour les intérêts civils des successions qui les concernent, et qu'elle ne touche point à l'état du mariage, comme un Sacrement, avec lequel la puissance séculière n'a aucune autorité*. L'arrêt déclara qu'il n'y avait pas d'abus dans le mariage de René Dugas et Jeanne le Moyne. (L'avocat général de Lamoignon, dans ses conclusions, distinguait les *mariages précedez des recherches honnêtes, d'avec ceux qui ne sont que la suite de la débauche*.)[478] En évoquant cet arrêt, Pothier observait que *faute de preuve positive de mauvais commerce* entre les parties avant leur mariage (il n'y avait que des présomptions et des soupçons ne suffisaient pas), ce mariage ne fut pas privé des effets civils.[479]

L'article 6 de la déclaration de 1639 portait sur les mariages contractés par les hommes mourants avec des femmes qu'ils entretiennent. L'édit de mars 1697 confirmait, dans l'article 8, cette disposition et l'étendait aux femmes mourantes qui se marient *in extremis* : *Voulons que l'article VI de l'ordonnance de 1639, au sujet des mariages que l'on contracte à l'extrémité de la vie, ait lieu, tant à l'égard des femmes qu'à celui des hommes ; et que les*

---

[478] BLONDEAU Claude et GUERET Gabriel, *Journal du Palais*, Tome premier, Paris, Guignard et Robustel, 1713, Pages 686 et suivantes.
[479] POTHIER, *Œuvres*, *op., cit.*, Tome septième : *Traité des successions*, Pages 19 et suivantes.

enfants qui sont nés de leurs débauches avant lesdits mariages, ou qui pourront naître après lesdits mariages contractez en cet état, soient, aussi bien que leur postérité, déclarez incapables de toutes successions.[480] De plus, cette nouvelle législation s'avérait être encore plus rigoureuse dans ses sanctions face à la descendance du couple marié *in extremis* puisqu'elle prévoyait que l'incapacité de succéder soit étendue aux enfants nés postérieurement au mariage.

Un des cas soulevés par Denisart dans lequel le mariage pouvait être privé d'effets civils était, en effet, celui-ci : *lorsque quelqu'un à l'extrémité de sa vie, et atteint d'une maladie qui avoit trait à la mort, ou dans un âge très-caduc, a épousé une personne avec laquelle il a entretenu un mauvais commerce ; ce qui s'entend également de l'homme et de la femme*. Et il analysait que *les conventions matrimoniales n'ont point d'effet, et les enfants issus de ces mariages sont réputés illégitimes, à l'effet de ne pouvoir succéder à leurs parents, sauf à être pourvu à leurs alimens sur les biens de leurs père et mère*. A l'appui de cette argumentation, un arrêt du 14 juin 1728 où l'espèce était la suivante : Philippe Rousseau des Bordes avait *vécu en mauvais commerce* avec la demoiselle le Brun et de cette union était né un enfant. Il épousa la demoiselle cinquante-deux jours avant de mourir alors qu'il était *attaqué de pulmonie*. La mère et le frère du sieur des Bordes avaient soutenu que ce mariage ne pouvait *produire aucun effet civil* car il était atteint par la maladie au moment de son mariage, ce fut à la cour de déterminer s'il devait *être considéré comme contracté in extremis*. *Par un premier arrêt interlocutoire*, la cour *a admis la preuve des faits de pulmonie et de maladie de langueur* [...] *; et cette preuve ayant été faite, un second arrêt rendu en la grand'chambre a déclaré la demoiselle Lebrun indigne et incapable de tous les effets civils qu'elle auroit pu prétendre sur les biens de la succession dudit Philippe Rousseau, tant en vertu du contrat de mariage passé entr'eux, que comme héritière nobiliaire de défunte Marie-Julie Rousseau leur fille, dépens compensés*.[481] Dans un arrêt du 7 mars 1735, la qualification *in extremis* ne fut pas retenue par le parlement de Paris. *Le sieur Dejean, vivant en mauvais commerce avec une demoiselle, dont il avoit eu un enfant mâle en 1713, épousa publiquement cette même demoiselle en 1718, après avoir observé les formalités prescrites. Neuf jours après ce mariage, la dame Dejean accoucha, l'enfant fut baptisé publiquement comme*

---

[480] LE RIDANT, *op. cit.*, Page 105.

[481] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Veuve Desaint, 1777, Tome troisième, « Mariage », Pages 222-223.

légitime, et la mère, qui mourut dix-sept jours après, fut enterrée comme femme du sieur Dejean. Le veuf se remaria sans évoquer ses premières noces, *cependant elles n'étoient pas inconnues à sa nouvelle épouse, puisque les deux enfants du premier lit étoient élevés comme légitimes*. La dame Dejean demanda que le premier mariage de son mari fût déclaré contracté *in extremis*, et qu'en conséquence les enfants qui en étoient nés, fussent déclarés incapables d'aucuns effets civils. Par un arrêt *intervenu en la grand'chambre*, la Dame Dejean fut déclarée non-recevable. Denisart rapportait qu'*on fut scandalisé de voir une femme allumer une guerre domestique en élevant une contestation qui pouvoit n'avoir point d'objet réel* et qu'*il est arrivé, en effet, qu'il n'est point resté d'enfans à la Dame Dejean*.[482]

Certains points de divergence entre les juristes de l'époque peuvent être observés quant à l'interprétation des effets civils du mariage ; parmi lesquels celui de déterminer *si un mariage in extremis après concubinage donnait à la femme la qualité d'épouse*, ce que le parlement de Toulouse avait reconnu dans un arrêt du 6 septembre 1708, solution récusée par certains.[483] Au vu de divers éléments jurisprudentiels, et tout en tenant compte des variations d'interprétation quant à la peine prévue, on constate que les deux lois du roi furent appliquées par les parlements, le plus souvent *dans l'esprit le plus rigoureux*[484] à l'encontre de ces *mariages précédés par la débauche et célébrés sous les tristes auspices de la mort*.[485]

Le pouvoir royal sanctionnait donc d'une semblable manière les couples mariés secrètement et les couples mariés *in extremis*, principalement en raison de la profonde réprobation du concubinage. Sous un angle tout à fait différent, il réglementa strictement la vie maritale des esclaves dans les colonies.

---

[482] *Ibidem*.
[483] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 101.
[484] PETOT Pierre, *op. cit.*, Pages 475-476. Selon cet auteur, en dehors de quelques cas d'espèce, la jurisprudence fut intransigeante quant à l'application de ces textes.
[485] GENDREL Michel, *op. cit.*, Pages 112-113. L'auteur reprend les termes d'un avocat général pour argumenter en faveur d'une vision *plus nuancée* de la rigueur de la jurisprudence : *éviter également un excès de relâchement et un excès de sévérité.*

§ 6 : Les pratiques conjugales des esclaves et la qualification des unions légitimes dans les Codes noirs

Avant même le premier Code noir, le concubinage entre les esclaves faisait l'objet d'une réprobation de la part de certains maîtres, un mémoire écrit par les principaux propriétaires des îles recommandait de réprimer ce type d'union.[486] Quelques colons avaient même aspiré à ce que le Code noir établisse une *politique de mariage*, ce qui ne fut pas le cas.[487] Le Code noir désignait l'édit de Louis XIV de mars 1685, rédigé par Colbert, et qui contenait des dispositions réglementant l'esclavage dans les îles d'Amérique (puis dans les autres colonies[488]).[489] La législation royale touchait à la fois aux unions entre esclaves en leur accordant le droit de contracter un mariage, et aux unions entre les personnes libres et les esclaves en prohibant rigoureusement le concubinage.

L'un des premiers articles du *Code noir, touchant la police*[490] *des Iles de l'Amérique*[491] (dont l'un des objectifs était de *maintenir la discipline de l'église catholique*[492]), l'article 2, ordonnait : *Tous les esclaves qui seront dans nos îles seront baptisés et instruits dans la religion catholique, apostolique et romaine*.[493] Néanmoins, cette législation qualifiait juridiquement les esclaves de choses,[494] c'est ce qui ressortait de l'article 44 : *Déclarons les esclaves être meubles et comme tels entrer dans la communauté*.[495] L'article 47 contenait une

---

[486] Archives nationales, COL, F3 90, 13.2.1683, art.4, folio 12, dans GAUTIER Arlette, « Les familles esclaves aux Antilles françaises, 1635-1848 », dans Population, 2000, Volume 55, Numéro 6, Page 983.
[487] GAUTIER Arlette, *op. cit.*, Pages 983-984.
[488] CASTALDO André (Textes présentés par), TAUBIRA Christiane (Introduction de), *Codes noirs de l'esclavage aux abolitions*, Paris, Dalloz, 2006, Page 11. *Applicables au début aux seules petites Antilles, les dispositions du Code noir seront ensuite étendues aux autres colonies (Saint-Domingue, 1687 ; Guyane, 1704 ; Iles Maurice [de France] et La Réunion [de Bourbon], 1723 ; Louisiane , 1724).*
[489] *Cf.* BART Jean, *Histoire du droit*, Paris, Dalloz, 2002, Pages 124-125.
[490] CASTALDO André (Textes présentés par), TAUBIRA Christiane (Introduction de), *Codes noirs de l'esclavage aux abolitions*, Paris, Dalloz, 2006, Page 8. André Castaldo précise que le terme *police* signifiait *administration*.
[491] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Tome XIX, Paris, Belin-Leprieur, 1829, Pages 494 à 504.
[492] Préambule du *Code noir*.
[493] ISAMBERT, *idem*, Pages 494-495.
[494] *Cf.* SALA-MOLINS Louis, *Le Code Noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, Pages 178-179.
[495] ISAMBERT, *id.*, Page 501.

prescription importante[496] : *Ne pourront être saisis et vendus séparément le mari, la femme, et leurs enfans impubères, s'ils sont tous sous la puissance du même maître*.[497] Le mariage religieux des esclaves était autorisé, sous la condition de l'assentiment de leurs maîtres,[498] en effet, l'article 10 prévoyait que *les solennités prescrites par l'ordonnance de Blois, et par la déclaration du mois de novembre 1639, pour les mariages, seront exécutées tant à l'égard des personnes libres que des esclaves, sans néanmoins que le consentement du père et de la mère de l'esclave y soit nécessaire, mais celui du maître seulement* ; et c'était l'article suivant, l'article 11, qui garantissait le respect de cette condition, et s'attachait aussi à faire valoir une indispensable acceptation des esclaves à leur mariage sans pression de la part du maître : *Défendons très expressément aux curés de procéder aux mariages des esclaves, s'ils ne font apparoir du consentement de leurs maîtres ; défendons aussi aux maîtres d'user d'aucune contrainte sur leurs esclaves pour les marier contre leur gré*. S'agissant de la filiation, l'article 12 édictait : *Les enfants qui naîtront des mariages entre esclaves seront esclaves et appartiendront aux maîtres des femmes esclaves, et non à ceux de leurs maris, si le mari et la femme ont des maîtres différens ;* et l'article 13 disposait : *Voulons que, si le mari esclave a épousé une femme libre, les enfans, tant mâles que filles, soient de la condition de leur mère, et soient libres comme elle, nonobstant la servitude de leur père, et que si le père est libre et la mère esclave, les enfans soient esclaves pareillement*.[499] Donc, dans les deux cas, la condition de l'enfant était déterminée par celle de la mère. Cette règle apparaît en conformité avec un grand nombre de coutumes du royaume, celles-ci s'étaient basées sur le droit romain de l'esclavage qui disposait que *l'enfant suit le ventre*.[500]

Le Code noir de 1685 envisageait le concubinage entre libres et esclaves,[501] il punissait d'une amende à la fois le concubinage des maîtres avec des femmes esclaves (peine assortie dans ce cas de la confiscation de l'esclave et des enfants, qui eux-mêmes subissaient la condamnation, ne pouvant alors plus espérer d'affranchissement) et des hommes libres avec

---

[496] SAINTE-ROSE Monique, « Problèmes de l' « identité familiale » de la femme esclave dans la Martinique rurale du début du XIXe siècle », dans *Dialogues d'histoire ancienne*, 1985, Volume 11, Page 693. Selon l'auteur, cet article *se réfère explicitement à la reconnaissance du droit à la constitution d'une famille nucléaire esclave*.
[497] ISAMBERT, *idem*, Page 501.
[498] *Cf.* SALA-MOLINS Louis, *idem*, Pages 110 à 113.
[499] ISAMBERT, *id.*, Page 496. *Cf.* SALA-MOLINS Louis, *id.*, Pages 114 à 117.
[500] BART Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Paris, Montchrestien, 2009, Pages 146-147.
[501] *Cf.* SALA-MOLINS Louis, *id.*, Pages 108-109.

des femmes esclaves dont ils n'étaient pas les maîtres ; et dans l'hypothèse où les concubins n'étaient pas mariés, une obligation de mariage se substituait à la peine. Précisément, le contenu de l'article 9 était le suivant : *Les hommes libres qui auront un ou plusieurs enfans de leur concubinage avec des esclaves, ensemble les maîtres qui l'auront souffert, seront chacun condamnés en une amende de deux mille livres de sucre ; et s'ils sont les maîtres de l'esclave de laquelle ils auront eu lesdits enfants, voulons, outre l'amende, qu'ils soient privés de l'esclave et des enfans, et qu'elle et eux soient adjugés à l'hôpital, sans jamais pouvoir être affranchis. N'entendons toutefois le présent article avoir lieu, lorsque l'homme libre qui n'étoit point marié à une autre personne durant son concubinage avec son esclave, épousera, dans les formes observées par l'église, ladite esclave, qui sera affranchie par ce moyen, et les enfants rendus libres et légitimes.*[502] La condamnation du concubinage n'était donc prévue uniquement si l'union illégitime avait donné lieu à la naissance d'enfants. Se pose alors la question de savoir si les dispositions de l'article 9 ne visaient pas plutôt la prévention du risque de métissage.[503]

Par la suite, des règles encore plus rigoureuses furent établies dans les versions postérieures du Code noir dont l'interdiction des mariages interraciaux. Cette mesure figurait dans le Code noir de décembre 1723, c'est-à-dire l'*édit du Roi sur les esclaves pour les Iles de France et de Bourbon*, à l'article 5 : *Défendons à nos sujets blancs de l'un et l'autre sexe de contracter mariage avec les noirs à peine de punition et d'amende arbitraire. Défendons aussi à nos dits sujets blancs, même aux noirs affranchis ou nés libres, de vivre en concubinage avec des esclaves. N'entendons toutefois le présent article avoir lieu, lorsque l'homme noir affranchi ou libre qui n'était pas marié durant son concubinage avec son esclave, épousera dans les formes prescrites par l'église, la dite esclave qui (sera) affranchie par ce moyen et les enfants rendus libres et légitimes.*[504] Quant à l'édit de mars 1724 *portant règlement pour le gouvernement et l'administration de la justice, police, discipline et le commerce des esclaves*

---

[502] ISAMBERT, *id.*, Pages 495-496.

[503] COMPPER Gaëlle, « Le modèle juridique officiel de la famille et les pratiques familiales à la Guadeloupe : quelques pistes de recherches », dans NIORT Jean-François (dir.), *Du Code noir au Code civil, Jalons pour l'histoire du Droit en Guadeloupe*, Paris, L'Harmattan, 2007, Page 169, note 41. L'auteur s'interroge sur ce point : *ce qui est condamné n'est peut-être pas tant le concubinage, bien qu'il soit péché aux yeux de l'Église, mais la miscégénation puisque la sanction n'interviendrait que s'il résultait de ce concubinage des mulâtres*.

[504] CASTALDO André (Textes présentés par), TAUBIRA Christiane (Introduction de), *op. cit.*, Page 60.

nègres, dans la province et colonie de Louisiane (en 55 articles)[505], la réglementation qu'il édictait à l'article 6 était similaire : *Défendons à nos sujets blancs de l'un et l'autre sexe de contracter mariage avec les noirs, à peine de punition et d'amende arbitraire ; et à tous curés, prêtres ou missionnaires séculiers ou réguliers, et même aux aumôniers de vaisseaux, de les marier. Défendons aussi à nos dits sujets blancs, même aux noirs affranchis ou nés libres, de vivre en concubinage avec des esclaves. Voulons que ceux qui auront eu un ou plusieurs enfans d'une pareille conjonction, ensemble les maîtres qui les auront soufferts, soient condamnés chacun en une amende de trois cents livres. Et, s'ils sont maîtres de l'esclave de laquelle ils auront eu lesdits enfants, voulons qu'outre l'amende, ils soient privés tant de l'esclave que des enfans, et qu'ils soient adjugés à l'hôpital des lieux, sans pouvoir jamais être affranchis. N'entendons toutefois le présent article avoir lieu, lorsque l'homme noir, affranchi ou libre, qui n'était pas marié durant son concubinage avec son esclave, épousera dans les formes prescrites par l'Église ladite esclave, qui sera affranchie par ce moyen, et les enfans rendus libres et légitimes*.[506] Ainsi, la possibilité pour les hommes célibataires d'épouser leur concubine esclave subsistait mais seulement à l'attention des hommes noirs. Les opportunités d'être affranchis par le biais du mariage pour les femmes esclaves et pour leurs enfants se trouvèrent alors largement réduites.

Globalement, les lois royales visant à légitimer les unions des esclaves par un mariage catholique ne furent pas l'objet d'une application rigoureuse dans la société créole.[507] Notamment, la disposition de l'article 47 de l'édit de mars 1685 qui avait pour origine *la coutume antérieure* et protégeait les esclaves mariés et leurs enfants ne fut nullement suivie ;[508] les représentants du pouvoir royal ne contribuant guère à l'observation du Code noir comme en 1686, où un intendant permit qu'un maître procède à la séparation du mari et de la femme, *malgré la plainte de Jésuites*.[509] Très précisément, cet article *prohibant la vente*

---

[505] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XXI, Page 261. Il était indiqué que *cet édit porte le titre de Code Noir* et qu'il n'*a pas paru assez important pour en donner le texte*.

[506] *Recueil d'édits, déclarations et arrest de sa Majesté, Concernant l'Administration de la Justice et la Police des Colonies Françaises de l'Amérique, et les Engagés*, Tome 2, Paris, Libraires associez, 1744, Pages 138-139.

[507] *Cf.* COMPPER Gaëlle, *idem*, Page 164. L'auteur souligne que *la question du « libertinage » est* [...] *au cœur de l'organisation des rapports humains dans le système esclavagiste en ce qu'il contrevient à la politique de moralisation souhaitée par le législateur royal, mais suprêmement négligée par les habitants, et s'inscrit peu à peu comme une modalité d'organisation des rapports socio-humains au sein de la société esclavagiste*.

[508] *Cf.* SALA-MOLINS Louis, *op. cit.*, Pages 184-185.

[509] GAUTIER Arlette, *op. cit.*, Page 984.

séparée des membres de la famille nucléaire n'a jamais été appliqué jusqu'au milieu de la décennie 1830.[510] Le mariage ne présentait pas d'intérêt pour l'esclave, la possibilité de contracter un mariage n'était donc guère usitée.[511] Dans la société créole, la population servile vivait fréquemment en concubinage.[512] L'une des analyses de la part non négligeables de couples de concubins[513] dans les plantations est la suivante : *le concubinage serait plus proche de l'Afrique en ce qu'il ne passe pas par le sacrement chrétien ; il dépend du lignage, il est l'occasion de dons et de contre-dons qui scellent l'alliance de groupes familiaux ainsi que de grandes fêtes*.[514] En s'en prenant aux dispositions du Code noir, presque deux siècles plus tard, un homme politique, Victor Schœlcher, dans son combat contre l'esclavage, dénonça l'interdiction du mariage des esclaves sans le consentement du maître et la défense faite aux curés de célébrer ces mariages. *Tout concourt à éloigner l'esclave des unions durables*, *la famille n'est point praticable pour lui* [...] fit observé Victor Schœlcher en constatant *le petit nombre d'unions légitimes*. *Plaignez-vous encore que le mariage ne soit pas constitué parmi les esclaves! Que peut-il être dans un mode d'existence où le père et la mère n'ont point les droits de père et de mère, où le mari et la femme ne sont point investis des droits de mari et de femme, où l'enfant, sorte de bétail doué de la parole, peut être détaché de la famille à un*

---

[510] *Cf.* SCHOELCHER Victor, *Histoire de l'esclavage pendant les deux dernières années*, Paris, 1847, Page 42, cité par COMPPER Gaëlle, *id.*, Page 166, note 30.

[511] COMPPER Gaëlle, *id.*, Page 165 et note 26. Dans cet article, sont exposées *les contraintes juridiques du mariage servile.* Vis-à-vis de leur descendance légitime, ceux que l'auteur qualifie de *parents-objets* (en raison de leur réification due à l'article 44) *ne disposent évidemment d'aucun droit parental*. L'auteur expose que *la majeure partie des esclaves se refuse à contracter des unions légales* et nuance ces propos en signalant qu'*au XVIIe siècle, la tenue de registres recensant les esclaves par groupes familiaux met en exergue une certaine adhésion à l'institution matrimoniale*, et que durant le XVIIIe siècle, *les esclaves acceptaient plus facilement d'accomplir la formalité du mariage car il s'en suivait divers avantages : case individuelle, dons d'ustensiles*.

[512] *Cf.* COMPPER Gaëlle, *id.*, Pages 171-172. L'auteur renseigne sur le choix de l'union concubinaire et de ses motivations. *Le concubinage est* [...] *la forme de conjugalité la plus répandue et s'y développe des liens et devoirs mutuels similaires à ceux de l'union légale*. [...] *Le concubinage apparaît donc comme un mode d'organisation et d'expression des attachements affectifs choisi préférentiellement au mariage*.

[513] GAUTIER Arlette, *idem*, Pages 989-990. L'auteur étudie le cas d'une habitation guadeloupéenne, Bisdary, possédée par des jésuites depuis le début du XVIIIe siècle et revendue en 1763 à un particulier. En 1763, on comptait *71 familles d'esclaves, dont 19 couples mariés, 29 couples concubins et 23 familles monoparentales (soit respectivement 27%, 41%, et 32%)*. Il est constaté que *l'action des jésuites* (en faveur du mariage) *n'ait été efficace qu'auprès des jeunes et qu'elle n'ait pas réussi à éradiquer le concubinage*. Il est relevé qu'après 1783, *il n'y aura plus aucun mariage* ; et la proportion de couples concubins passa de 41% à 20% *tandis que la part des familles monoparentales et des isolés s'est accrue*.

[514] DEBIEN Gabriel, « Destinées d'esclaves à la Martinique, 1746-1778 », dans *Bulletin de l'Institut français d'Afrique noire*, 1960, 26, série B, Pages 1 à 91, cité par GAUTIER Arlette, *id.*, Page 990.

certain âge, comme le poulain ou le veau qui n'ont plus besoin du lait maternel ? ajouta-t-il pour expliquer le refus de l'institution du mariage par la population servile.[515]

Ensuite, s'agissant des unions entre des hommes libres et des femmes esclaves, malgré la prohibition légale (la situation inverse était également totalement interdite), des maîtres entretenaient des liaisons concubinaires avec des esclaves.[516] La société esclavagiste était souvent décrite comme empreinte de libertinage, *il suffisait d'avoir des relations sexuelles sans être marié, même dans le cadre d'histoires de longue durée, pour être considéré comme un libertin*.[517] A partir de 1664, *des réglementations visant à interdire aux Blancs de « débaucher les négresses »* furent mises en place.[518] Celles-ci ne furent pas réellement respectées puisque des instructions aux administrateurs réitérèrent de semblables réprobations.[519]

Après ces diverses illustrations de la réprobation de la société face aux concubinaires laïcs, une hypothèse singulière doit être envisagée, celle des mariages de protestants qui, en raison de la politique de lutte contre l'hérésie, ne furent pas reconnus, s'avérant alors n'être que des concubinages.

---

[515] SCHŒLCHER Victor, *Des colonies françaises, Abolition immédiate de l'esclavage*, Paris, Pagnerre, 1842, Pages 75 à 77.

[516] *Cf.* COMPPER Gaëlle, *id.*, Pages 169-170. L'auteur montre que les femmes esclaves comptaient retirer un bénéfice de ces relations concubinaires, *les maîtresses ou concubines noires se voyaient plus fréquemment affranchies ou alors pouvaient espérer celui de leurs enfants mulâtres* ; et que ce *libertinage* fut *particulièrement important durant toute la période de l'Ancien Régime*. Ce que l'auteur qualifie de *dynamique de promotion sociale par la miscégénation* (sur laquelle il est indiqué qu'elle fut *tolérée avant le Code noir*, *les mulâtres illégitimes étaient déclarés libres et mis à la charge de leur père naturel jusqu'à l'âge de douze ans*) permit, malgré sa condamnation à partir de 1664 par le Gouverneur et puis par le Code noir, l'affranchissement des enfants nés de ces unions illégitimes entre des hommes libres et des esclaves *soit par les voies légales soit par le recours à des pratiques contra legem (enregistrement baptismal en qualité de libre, octroi de la liberté de savane)*.

[517] GAUTIER Arlette, *id.*, Page 985, Note 15.

[518] MOREAU DE SAINT-MERY Médéric Louis-Elie, *Lois et constitutions des colonies françaises de l'Amérique sous le vent de 1750 à 1785*, Paris, 1784-1790, 6 vol., I, Page 117, cité par GAUTIER Arlette, *id.*, Page 985.

[519] GISLER Antoine, *L'esclavage aux Antilles françaises (XVIIe-XIXe siècles), Contribution au problème de l'esclavage*, Fribourg, Éditions universitaires, 1965, cité par GAUTIER Arlette, *id.*, Pages 985-986. Il est indiqué que *cette répression, à but religieux au XVIIe siècle, relève plus par la suite des nécessités politiques liées au préjugé de couleur*.

Section 2 : Un cas particulier : le concubinage *forcé* des protestants

Bien qu'il fût inconcevable pour des protestants de pratiquer le mariage catholique, la population huguenote était contrainte de se marier selon les règles légales afin d'éviter à ses membres d'être traités comme des concubins, leurs enfants considérés comme bâtards, et aussi d'être privés d'état civil. Plusieurs phases sont à distinguer, relativement à l'évolution de la législation royale, tantôt dans le sens de la rigueur, tantôt dans celui de la tolérance, pour aborder ce problème des unions conclues par des réformés : d'abord celle de l'avènement du protestantisme à la révocation de l'édit de Nantes (§ 1), celle de l'édit de Fontainebleau (§ 2), provoquant le développement des mariages au *Désert* (§ 3), et enfin, celle de l'édit *de tolérance* de 1787 (§ 4).

§ 1 : Les mariages des protestants jusqu'en 1685

Avec la Réforme, au XVIe siècle, l'unanimisme religieux disparut et la question de la validité des mariages des protestants se posa. Compte tenu des réformes du concile de Trente et de la législation royale, la conclusion du mariage était soumise à l'observation des formes prescrites. Le mariage catholique ne pouvait pas répondre aux préceptes de la religion réformée. A la différence des catholiques, le mariage ne constituait pas un sacrement pour les *religionnaires*. Les époux étaient les célébrants, le pasteur n'en étant que le témoin ; la célébration ne nécessitait pas une messe.[520]

Au cours de la période des guerres de religion, les protestants se mariaient *couramment suivant le rite de Genève*.[521] Ces mariages *dits à la mode de Genève* se contractaient par paroles de présent, devant un notaire, et étaient ensuite bénis par un pasteur protestant *avec toute la solennité que la simplicité de la Réformation et la condition des temps*

---

[520] LABROUSSE Élisabeth, « Les mariages bigarrés, Unions mixtes en France au XVIIIe siècle », dans POLIAKOV Léon (dir.), *Le couple interdit, entretiens sur le racisme*, Paris, Mouton, 1980, page 161. L'auteur indique également que le mariage des protestants devait être précédé de la confession des futurs conjoints, et qu'il n'était pas concomitant à une communion des époux.

[521] TAILLANDIER Pierre, *Le mariage des protestants français sous l'Ancien Régime*, Thèse, Faculté de droit de Poitiers, 1919, Pages 16 et 21. Il est précisé que *l'organisation définitive de l'Église de Genève fut réglée par Calvin en 1541* ; et *le rite de Genève* fut observé *dès la création des Églises françaises*.

avaient pu permettre.[522] Les cérémonies de mariage se déroulaient, en raison du contexte des guerres de religion, dans la discrétion. D'autant plus qu'un édit du 9 novembre 1559, *portant peine de mort contre les auteurs d'assemblées illicites pour motif de religion ou pour autre cause*[523], interdit la tenue des assemblées protestantes. Puis, par un édit du 11 mars 1560, le roi François II usa *de clémence et de miséricorde*[524], déclarant à l'article 1 *Que pour raison des crimes et cas quelconques concernans le faict de la foi et religion, ne sera faicte cy après par nos juges (pour le regard du passé) aucune question à nos sujets, de quelque qualité qu'ils soient* [...]. *De tous lesquels crimes et cas concernans le fait de la foy et religion, nous avons par ces présentes fait pardon, rémission et abolition générale de tout le passé* ; mais il ajouta à l'article 2 : *Toutefois, nous n'entendons en la présente abolition comprendre les prédicans, ny ceux qui sous le prétexte de religion se trouveront avoir conspiré contre la personne de nostredite très honorée dame et mère, la nostre* [...].[525] Ensuite, en mai 1560, l'édit de Romorentin confirma la prohibition des assemblées.[526] Prohibition réitérée en juillet 1561, par Charles IX dans l' édit de Saint-Germain en Laye *sur la religion, sur le moyen de tenir le peuple en paix, et sur la répression des séditieux* , dans l'article 4 : *Aussi avons défendu et défendons, sur peine de confiscation de corps et de biens, tous conventicules et assemblées publiques, avec armes ou sans armes, ensemble les privées où se feroient presches et administrations de sacremens, en autre forme que selon l'usage receu et observé en l'église catholique*. L'article 6 remplaçait la peine qui était précédemment le supplice du feu par le bannissement : *Et au cas que le prévenu et accusé dudit crime, fust par lesdicts juges d'église délivré au bras séculier* [...] *voulons* [...] *que nos juges séculiers procèdent contre luy sans luy pouvoir imposer plus grande et griève peine, que de luy interdire la demeure et habitation en nos pays, terres et seigneureries seulement*.[527] Pendant cette période, il y eut une forte expansion du culte protestant en France, le nombre d'églises serait passé de 72 en 1559, date du premier synode national,[528] à 2150 en 1561.[529] La reine mère, Catherine de Médicis, *avait*

---

[522] BELS Pierre, *Le mariage des protestants français jusqu'en 1685*, Paris, LGDJ, 1968, Page 98.
[523] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XIV (1ère partie), Page 11.
[524] *Idem,* Tome XIV (1ère partie), Pages 22-23. Préambule de l'*Edit d'abolition en faveur des hérétiques, à l'exception de ceux qui auraient conspiré contre le roi, la reine ou l'état.*
[525] *Id.,* Tome XIV (1ère partie), Pages 23-24.
[526] *Id.,* Tome XIV (1ère partie), Pages 31 à 33. *Edit qui attribue aux prélats la connaissance du crime d'hérésie et la répression des assemblées illicites*.
[527] *Id.,* Tome XIV (1ère partie), Pages 109 à 111.
[528] *Cf.* BELS Pierre, *idem*, Page 99. *Au sommet* (de la hiérarchie ecclésiastique protestante) *le synode national, organe suprême élabore les règles de la discipline qui s'appliquent à toutes les Églises ; Cf.* BOURQUIN

secrètement permit aux Réformés les réunions religieuses de moins de vingt cinq personnes dans les maisons particulières ; et *le 30 septembre 1561, Théodore de Bèze*[530] *put bénir « en la mode de Genève »* […] *le mariage de Jean de Rohan,* […], *cousin du Roi de Navarre, avec Diane de Barbançon*.[531] Le contexte de tensions religieuses restait cependant d'actualité.[532]

Avec l'accroissement du protestantisme, les pouvoirs publics prirent en considération *l'impossibilité d'anéantir l'hérésie, et la nécessité de constater l'état civil des protestants qui ne pouvaient être ni baptisés, ni mariés, ni enterrés par les ministres de l'Eglise catholique.*[533] Alors, certaines modalités relatives au mariage des protestants furent indiquées par la législation royale, dans les édits de pacification. Par l'édit de Saint-Germain-en-Laye du 17 janvier 1561, le roi Charles IX accorda aux réformés le libre exercice de leur culte hors des villes closes (article 4), et décida, sur cette question du mariage, à l'article 9 : *Seront ceux de ladite nouvelle religion tenus garder nos loix politiques, mesmes celles qui sont receuës en nostre église catholique en fait de festes et jours chomables, et de mariage pour degrez de consanguinité et affinité*.[534] *C'était faire application de la doctrine catholique qui posait le principe de la soumission des « hérétiques » aux lois de l'Eglise catholique*.[535] Précédemment, l'article 35 des décisions du synode de Paris de 1559 *conseillait prudemment aux Eglises d'éviter les mariages aux degrés prohibés par l'Eglise romaine*.[536] D'autres édits rendus par la suite édictaient des solutions similaires: l'édit d'août 1570[537], l'édit de mai 1576[538], et l'édit de

---

Laurent (dir.), *Dictionnaire historique de la France moderne*, Paris, Belin, 2005, « Protestants », Pages 365 à 368. *Les églises de ces huguenots reçoivent* [...] *un cadre national : le premier synode national réunit en 1559 à Paris les pasteurs de soixante-douze églises, situées pour la plupart dans le Nord du royaume. A cette occasion est adoptée une confession de foi très nettement inspirée de Calvin*.

[529] *Histoire Ecclésiastique*, I, Page 745, cité par TAILLANDIER Pierre, *op. cit.*, Page 23.

[530] Théodore de Bèze (1519-1605) : réformateur, théologien, successeur de Calvin, et chef spirituel des huguenots pendant les guerres de religion.

[531] *Journal de l'abbé BRULARD*, cité par COQUEREL Athanase, *Précis de l'Histoire de l'Église réformée de Paris*, (*Première époque, 1512-1594, De l'origine de l'Église à l'édit de Nantes*), Paris, Aux librairies protestantes, 1862, Pages 50-51, rapporté par TAILLANDIER Pierre, *idem*, Page 23.

[532] TAILLANDIER Pierre, *id.*, Pages 21 à 23.

[533] BEAUCHET Ludovic, « Étude historique sur les formes de célébration du mariage dans l'ancien droit français », dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger,* 1882, Page 652.

[534] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XIV (1ère partie), Pages 124 à 129.

[535] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, *op. cit.*, Page 378.

[536] BELS Pierre, *id.*, Pages 97-98.

[537] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *idem*, Tome XIV (1ère partie), Page 229. Edit *de pacification des troubles du royaume* rendu à Saint-Germain-en-Laye. Les articles de cet édit ne figuraient pas dans l'ouvrage, il était, entre autres, indiqué à la note 6 que cet édit *permet le libre exercice de la religion réformée, excepté à la cour et aux environs*.

septembre 1577[539] reprenaient l'impératif de se conformer à ce qui avait été établi quant aux empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance. Les règles concernant la célébration du mariage n'avaient donc pas été prévues expressément par ces textes.[540] Les mariages des protestants étaient donc célébrés selon leur rite et les synodes. Ils se déroulaient alors avec l'intervention d'un pasteur, ou ils étaient contractés par simples paroles de présent en se passant de cérémonie publique. L'une des manières de célébrer leur union était de passer une convention devant notaire, puis de faire bénir leur union par un pasteur. Toutefois, l'article 44 de l'ordonnance de Blois de mai 1579, qui défendait aux notaires de recevoir des promesses de mariage par paroles de présent *sur peine de punition corporelle*[541], s'appliquait aux protestants comme aux catholiques puisqu'elle ne prévoyait pas d'exception. Se posait dès lors des difficultés quant au moyen de prouver leur mariage. En effet, les protestants, qui n'avaient plus la possibilité de faire constater leurs mariages par des notaires, ne pouvaient pas non plus rapporter la preuve grâce aux registres paroissiaux tenus par les curés puisque ceux-ci ne célébraient pas leurs unions. Et les registres que tenaient les ministres du culte réformé[542] n'avaient aucune force probatoire légale. Les seules solutions dont les protestants disposaient pour tenter de faire valoir la réalité de leurs mariages restaient la preuve par témoins, par commune renommée ou par la possession d'état.[543]

---

[538] *Id.,* Tome XIV (1ère partie), Pages 280 à 302. Edit *sur la pacification des troubles du royaume, les protestants, les religionnaires fugitifs, la convocation des Etats-Généraux, etc.*, rendu par Henri III. L'article 10 prescrivait : *Seront ceux de ladite religion tenus garder les lois reçues en l'église catholique, pour le fait des mariages contractez et à contracter, es degrez de consanguinité et affinité, pour éviter aux débats et procez qui s'en pourroient ensuyvre, à la ruine de la pluspart des bonnes maisons de nostredit royaume, et dissolution des liens d'amitié qui s'acquièrent par mariages, et alliances entre nos subjects*. [...] *Et pour juger de la validité des mariages faits et contractez par ceux de ladite religion, et décider s'ils sont licites ou illicites, si celui d'icelle religion est défendeur, en ce cas le juge royal cognoistra du fait dudit mariage, et où il seroit demandeur, et le défendeur catholique, la cognoissance en appartiendra à l'official et juge ecclésiastique*.

[539] *Id.,* Tome XIV (1ère partie), Page 330. Edit *de pacification des troubles du royaume* rendu à Poitiers. Les articles de cet édit ne figuraient pas dans l'ouvrage, il était précisé à la note 1 : *cet édit est en grande partie la confirmation de celui de mai 1576*.

[540] BEAUCHET Ludovic, *idem*, Page 652.

[541] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *id.*, Tome XIV, Page 392.
Infra Section 2, § 2.

[542] BELS Pierre, *id.*, Pages 97-98. Le synode de Paris de 1559 prescrivait, dans l'article 34, l'inscription des mariages dans des registres.

[543] BEAUCHET Ludovic, *id.*, Page 653.

Une certaine reconnaissance des mariages protestants fut établie par l'édit de pacification rendu par Henri IV à Nantes en avril 1598.[544] L'autorité royale, prescrivait dans l'article 23 : *Ceux de ladite religion prétendue réformée seront tenus de garder les loix de l'Eglise catholique, apostolique et romaine, reçues en cestuy nostre royaume pour les faicts de mariage contractez et à contracter ès degrez de consanguinité et affinité*.[545] On retrouvait donc la même règle que dans les lois précédentes. Cette prescription signifiait implicitement que les autres *loix de l'Eglise catholique* notamment celles relatives à la célébration des mariages ne s'appliquaient pas aux unions des protestants. Celles-ci pouvaient donc être contractées sans la présence d'un curé, et les réformés se mariaient, en toute légalité, *à leur façon accoutumée*.[546] Cet édit fut suivi d'une déclaration *pour l'enregistrement des articles secrets de l'édit de Nantes*, en date d'avril 1598, où Henri IV annonçait : *Nous avons, au mois d'avril dernier, fait expédier nos lettres d'édit pour l'établissement ou bon ordre et repos entre nos sujets catholiques et ceux de ladite religion prétendue réformée ; et outre ce, nous avons accordé auxdits de la religion certains articles secrets et particuliers, que nous voulons avoir pareille force et vertu et être observez et accomplis ainsi que notre édit*.[547] L'article 34 secret permettait que les cérémonies relatives au culte protestant et parmi elles les célébrations des mariages aient lieu dans les temples en toute légalité : *En tous les lieux où l'exercice de ladite religion se fera publiquement, on pourra assembler le peuple, même à son de cloches, et faire tous actes et fonctions appartenans tant à l'exercice de ladite religion, qu'au règlement de la discipline, comme tenir consistoires*[548]*, colloques, et synodes provinciaux et nationaux par la permission de S. M.*[549] L'article 40 secret contenait une dérogation (quant au droit canonique) accordée aux protestants relativement aux degrés de consanguinité, en certifiant la validité des mariages de *ceux de ladite religion, qui auront cy-devant contracté ou contracteront cy-après mariages au tiers et quart degré*, et en assurant l'obtention de dispenses pour les *mariages qui pourroient être déjà contractez en second degré, ou du second au tiers entre ceux de ladite*

---

[544] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *id.*, Tome XV, Pages 170 à 199.
[545] *Id.,* Tome XV, Page 178.
[546] BEAUCHET Ludovic, *id.*, Pages 653-654.
[547] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *id.*, Tome XV, Pages 200 à 210.
[548] BOURQUIN Laurent (dir.), *op. cit.*, « Consistoire », Pages 119-120. *Dans le cadre des Églises réformées, c'est une assemblée, un « clerc collectif », présidée par le pasteur et rassemblant les principaux représentants de la communauté, plus souvent cooptés qu'élus*. [...] *véritable tribunal, réprimandant les fidèles, imposant des pénitences*.
[549] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *id.*, Tome XV, Page 205.

religion, afin que ces unions ne puissent être contestées.[550] Et il fut notifié dans l'article 41 secret : *Pour juger de la validité des mariages faits et contractez par ceux de ladite religion, et décider s'ils sont licites, si celuy de ladite religion est défendeur, en ce cas le juge royal connoîtra du fait dudit mariage, et où il seroit demandeur et le défendeur catholique, la connaissance en appartiendra à l'official et juge ecclésiastique ; et si les deux parties sont de ladite religion, la connoissance appartiendra aux juges royaux*.[551] Solution qui avait déjà été instaurée par l'article 10 de l'édit de mai 1576. *Cette attribution de compétence au juge royal était une violation de la règle du canon XII*,[552] *l'Eglise catholique prétendant avoir la connaissance des causes matrimoniales qui intéressent les protestants*.[553] De plus, à la suite de l'édit, les consistoires s'attribuèrent la compétence pour juger les causes matrimoniales ; et le pouvoir royal légiféra à plusieurs reprises pour leur défendre de statuer sur ces causes.[554] Cette réglementation favorable aux réformés resta en vigueur pendant un peu moins d'un siècle, jusqu'en 1685.[555]

A la fin de cette période, l'administration de la preuve du mariage fut facilitée par plusieurs actes royaux. Auparavant, les tribunaux acceptaient la preuve constituée par les registres tenus par les ministres du culte protestant même s'ils étaient *dénués de toute force probante*.[556] Il y eut d'abord un arrêt du Conseil du 22 décembre 1664.[557] Puis, la déclaration s*ur l'exercice de la religion prétendue réformée*, du 2 avril 1666, qui imposait à l'article 10 :

---

[550] *Id.,* Tome XV, Page 206-207.
[551] *Id.,* Tome XV, Pages 207.
BEAUCHET Ludovic, *id.*, Page 654. L'auteur souligne que cet article *montre que le roi entend bien distinguer le mariage considéré sous le rapport de la religion du mariage considéré sous le rapport de la loi civile, en d'autres termes, distinguer le mariage civil du mariage religieux*.
[552] BASDEVANT Jules, *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au code civil*, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de l'Université de Paris, Paris, Larose et Forcel, 1900, Page 135. L'auteur indique que le concile de Trente avait établit le pouvoir de l'Eglise de juger les questions de lien matrimonial *à titre de dogme*.
Supra section 1, § 3.
[553] BASDEVANT Jules, *idem*, Page 159.
[554] BASDEVANT Jules, *ibidem*, Note 2. *Arrêts du conseil d'Etat du 16 janvier 1662, du 18 septembre 1664 ; déclarations du 2 avril 1666, articles 19, 57, du 1er février 1669, article 13* ; *Cf.* BEAUCHET Ludovic, *id.*, Pages 679 à 681. L'auteur souligne que s'agissant des protestants d'Alsace (qui bénéficiaient d'un statut privilégié avec des lois particulières sur le mariage), les consistoires possédaient la compétence pour juger les causes matrimoniales.
[555] BEAUCHET Ludovic, *id.*, Page 654. [...] *jusqu'aux dernières années du ministère de Colbert, la législation relative au mariage ne cesse de s'améliorer en faveur des protestants*.
[556] *Id.*, Pages 654-655.
[557] *Ibidem*.

Que lesdits ministres tiendront registre des baptêmes et mariages qui se feront desdits de la religion prétendue réformée, et en fourniront de trois mois en trois mois un extrait aux greffes des bailliages et sénéchaussées de leur ressort.[558] Cette nouvelle réglementation fut reprise dans la déclaration *touchant les religionnaires* du 1er février 1669.[559] De cette façon, les pasteurs devenaient des officiers d'état civil puisque les mariages qu'ils célébraient furent reconnus et leurs registres en faisaient foi.[560] Toutefois, la preuve du mariage ne pouvait être administrée grâce aux registres que si les unions avaient eu lieu en présence d'un pasteur, or, la législation royale n'avait pas établit une telle obligation et les couples pouvaient continuer à s'unir *solo consensu*, et dans ce cas, les mariages étaient valides mais, de toute évidence, moins commodes à prouver.[561]

La propagation du culte réformé parmi la population allait entrainer des mariages mixtes[562], conclus entre catholiques et protestants, le Concile de Trente s'était montré opposé à ce type d'union, mais ce fut le pouvoir séculier qui fut le plus sévère à leur égard en leur déniant toute légitimité. Selon le droit canonique, le mariage étant un sacrement, la disparité de culte sous sa forme stricte, c'est-à-dire lorsque l'un des époux était catholique et l'autre n'était pas baptisé, constituait un empêchement dirimant, entraînant la nullité absolue du mariage. Alors que la disparité de culte sous sa forme *imparfaite*, c'est-à-dire quand le conjoint avait reçu le baptême et était hérétique ou schismatique (*hypothèse de la religion mixte*) donnait lieu à un simple empêchement prohibitif et donc le mariage restait valable.[563] Les mariages entre catholiques et *hérétiques* avaient été stigmatisés par le concile de Trente, mais sans qu'ils n'encourent la nullité. Cette prohibition fut parfois reprise dans les statuts synodaux.[564] Et les synodes nationaux des réformés avaient repris la même défense à

---

[558] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XVIII, Pages 77-78.
[559] *Idem*, Tome XVIII, Pages 199-200.
[560] Sur la tenue des registres, *Cf*. BELS Pierre, *op. cit.*, Pages 196 à 199.
[561] BEAUCHET Ludovic, *id*., Pages 654-655.
[562] NAZ R., *Dictionnaire de droit canonique*, Tome sixième, Paris, Letouzey et Ané, 1938, « Mariage en droit occidental », col. 784. La définition du mariage mixte est la suivante : *mariage qui intervient entre deux personnes dont l'une est catholique et l'autre ne l'est pas*.
[563] *Ibidem*.
[564] POINARD Robert, « Brève synthèse sur la problématique du mariage des protestants sous l'Ancien Régime », [Ressource électronique] Disponible sur http://huguenotsweb.free.fr/histoire/mariage_protestant1 htm. Selon l'auteur, *l'étude systématique des règlements diocésains montre qu'entre la création d'une réglementation du mariage catholique et la Révolution (1563-1789) on ne trouve en France sur les 130 évêchés de l'époque que 22 diocèses pour interdire formellement le mariage mixte ; on ne rencontre dans la liste que deux grands*

l'encontre de leurs fidèles.[565] Pourtant des mariages *bigarrés* furent contractés du fait de l'existence de dérogations.[566] Mais ces unions mixtes finirent par être condamnées lorsque Louis XIV, en novembre 1680 rendit un édit *portant que les catholiques ne pourrons contracter mariage avec les religionnaires, et que les enfants qui en proviendront seront illégitimes et incapables de succéder à leurs pères et mères*. Il s'y appuyait sur *les canons des conciles tenus en divers temps dans l'église, ayant condamné les mariages des catholiques avec les hérétiques, comme un scandale public, et une profanation visible d'un sacrement auquel Dieu a attaché des grâces qui ne peuvent être communiquées à ceux qui sont actuellement hors de la communion des fidèles* ; pour en déduire la nécessité *de les empêcher à l'avenir*. L'édit remettait en cause la discipline ecclésiastique établie lors du concile de Trente en déclarant les mariages des sujets de la religion catholique avec ceux de la R.P.R. *non valablement contractés*.[567] Il restait alors un moyen de s'unir pour ces couples : célébrer leur mariage à l'étranger en obtenant les dispenses religieuses nécessaires.[568] Cependant, une déclaration royale fut rendue le 16 juin 1685 pour empêcher les mariages des sujets du roi à l'étranger ; elle portait *défenses aux pères de famille, tuteurs et curateurs, de consentir au mariage de leurs enfans et pupilles en pays étranger, à peine de galères perpétuelles contre les hommes, de bannissement à perpétuité contre les femmes et de confiscation des biens*.[569] Toujours dans le but d'éviter que soient contractées ces unions mixtes, par une déclaration

---

archevêchés (Bordeaux et Aix), la plupart des autres étant de petits évêchés du sud du pays. [...] *Le paradoxe est au contraire que beaucoup d'évêques voient alors dans le mariage mixte une solution pour ramener les protestants à la religion catholique.*

[565] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, *op. cit.*, Page 360.

[566] BRILLON Pierre Jacques, *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle des Parlemens de France, et autres tribunaux*, *op. cit.*, « Mariage », Page 317, n° 174. Selon ce juriste : *S'il y a un véritable mariage, lorsqu'un catholique épouse une personne de la R. P. R. L'affirmative est tenuë.*

GAUDEMET Jean, *idem*, Page 360. L'auteur indique que *Du coté catholique, la possibilité de dispense fut admise. Celles-ci étaient réservées au pape, qui pouvait en déléguer l'octroi à des évêques. La dispense, en général, exigeait l'abjuration du conjoint hérétique.*

JEANCLOS Yves, « Consentement et pratique matrimoniale en France au XVIIe siècle », *op. cit.*, Page 354. Il est expliqué que *les mariages conclus entre catholiques et protestants sont des unions solides et bien acceptées jusqu'en 1680.*

[567] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XIX, Pages 257-258 ; BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Pages 118-119. *Le fait d'établir ce nouvel empêchement était bien une affirmation du pouvoir du roi sur le mariage. Néanmoins l'Église ne protesta pas, car l'édit de 1680 assurait aux lois ecclésiastiques une sanction plus efficace. Bien plus, l'édit fut rendu sur la demande du Clergé assemblé en 1680, à Saint Germain en Laye*.

[568] GAUDEMET Jean, *id.*, Page 361.

[569] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *idem*, Tome XIX, Page 510.

royale du 18 juin 1685, il fut ordonné *la démolition des temples où seront célébrés des mariages entre catholiques et religionnaires, et tenus des discours séditieux*.[570]

Le cas des protestants dans les colonies constituait une spécificité car leurs unions furent expressément déclarées illégitimes en application du Code noir. En effet, à l'article 8 de l'édit de mars 1685, il fut notifié : *Déclarons nos sujets qui ne sont pas de la religion catholique, apostolique et romaine, incapables de contracter à l'avenir aucuns mariages valables. Déclarons bâtards les enfans qui naîtront de pareilles conjonctions, que nous voulons être tenues et réputées, tenons et réputons pour vrais concubinages*.[571] Ainsi, le principe fut formellement posé : dans les colonies, seuls les catholiques pouvaient accéder au mariage. *En France, on arriva indirectement et par certains détours au même résultat juridique*.[572]

La même année, Louis XIV revint sur les libertés accordées aux réformés par Henri IV, et mit un terme à la politique conciliante vis-à-vis de la R.P.R.

§ 2 : Les conséquences de la révocation de l'édit de Nantes sur les unions matrimoniales des réformés

Dans la lutte contre les Huguenots sur le terrain civil, *le Roi et ses conseillers ne surent trouver de persécution juridique plus efficace que le système d'entraves apportées à l'union des Protestants*.[573]

A la veille de la révocation de l'édit de Nantes, des bruits couraient sur le devenir des mariages des protestants. Parmi les rumeurs, celle contenue dans une lettre adressée, le 7 mars 1682, au syndic royal de Strasbourg, dont voici la teneur : *On mande de Paris qu'on a voulu faire signer au roi une déclaration contre ceux de la R.P.R., par laquelle il était défendu à nos ministres, sous de grosses peines et amendes, d'épouser ni marier aucune fille de la religion qui n'eût atteint et passé l'âge de quarante ans, et cela à deux fins, l'une pour empêcher nos*

---

[570] *Id.,* Tome XIX, Pages 510-511.
[571] *Id.,* Tome XIX, Page 495.
[572] VIOLLET Paul, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1886, Page 295.
[573] TAILLANDIER Pierre, *op. cit.*, Page 8.

femmes ou filles de produire lignée, attendu qu'après cet âge les femmes n'engendrent guère, l'autre c'est afin que les filles se fâchant et dégoûtant d'être si longtemps sans pouvoir être mariées, cela les obligeât à changer de religion pour l'être, ou à faire quelque autre folie ; mais que le roi a refusé de signer cet édit.[574] Très peu de temps avant cette révocation et dans un climat de vexations qui était pressenti, une décision de Louis XIV mettait en place un encadrement spécifique de la liberté matrimoniale des protestants. En effet, en vertu de la déclaration du 18 juin 1685[575], des temples furent détruits et les sujets protestants risquaient de se retrouver privés de pasteurs pour les célébrations de mariages. Et ce fut alors qu'un *arrêt du conseil suivi de lettres-patentes portant que les baptêmes et mariages des religionnaires seront célébrés par des ministres choisis par les intendans, à charge par lesdits ministres de ne pas faire de prêches ni exercices autres que ce qui est marqué dans leurs livres*, fut signé à Chambord le 15 septembre 1685.[576] Le dispositif de l'arrêt annonçait que *sa Majesté désirant aussi donner moyen à ceux des religionnaires desdits pays*[577]*, qui voudront se marier, de le pouvoir faire commodément*. Il fut exigé que ceux de la R. P. R. fussent mariés *en présence du principal officier de justice de la résidence où demeureront et auront été établis lesdits ministres*.[578] Il ne s'agissait pas d'un exercice du culte, les pasteurs se contentant de la lecture des ouvrages de leur discipline. L'arrêt énonçait que la publication des bans avait lieu au siège de la justice royale le plus proche de la résidence des époux ; et que les pasteurs étaient tenus de faire parvenir, à la fin de chaque mois, au greffe de la juridiction royale la plus proche, les certificats de mariage, en vue de leur inscription sur un registre coté et paraphé par le juge.[579] Par conséquent, les mariages par simples paroles de présent en l'absence d'un officier public

---

[574] Écrit signé Jalon (correspondant à Metz au service de la ville de Strasbourg), rapporté dans *Bulletin historique du Protestantisme*, 1878, Page 404, cité par RICHARD Michel, *La vie quotidienne des protestants sous l'Ancien Régime*, Paris, Hachette, 1966, Page 229.

[575] *Supra* § 1.

[576] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XIX, Pages 529-530, Note 1. RULHIERE, *Eclaircissemens historiques sur les causes de la révocation de l'édit de Nantes*, 1788, était cité dans cette note : *cet arrêt, dit Rulhière, signé le 15 septembre 1685, un mois seulement avant la révocation, fut rendu au conseil du roi : non pas au conseil des parties, présidé par le chancelier et auquel le roi n'assiste point, mais au conseil des dépêches, Sa Majesté y étant ; il fut donc rendu par le roi, délibéré en sa présence par tous les ministres, par Louvois, Seignelai, Chateauneuf, par le vieux chancelier Letellier qui le signa*. *Cf.* BEAUCHET Ludovic, *op. cit.*, Pages 657-658. Cet auteur dénotait à ce propos qu'*il fut donc rendu en parfaite connaissance de cause, à une époque où les mesures de proscription étaient irrévocablement arrêtées. Évidemment, à moins de voir dans l'arrêt une sinistre plaisanterie, Louis XIV ne peut pas s'être plu à rendre le 15 septembre un arrêt dont il comptait rendre l'exécution impossible dans le mois d'octobre*.

[577] *Les pays où les exercices de ladite religion ont été condamnés*.

[578] BEAUCHET Ludovic, *idem*, Page 656.

[579] *Cf.* BEAUCHET Ludovic, *ibidem* ; *Cf.* BELS Pierre, *op. cit.*, Page 199.

étaient dorénavant impossibles. Cette décision du pouvoir royal préfigurait l'édit de Tolérance de 1787, car il introduisait un dispositif de contrôle direct de la justice royale qui sera institutionnalisé en 1787. Seulement, cette ébauche de mariage civil ne put être concrétisée car, un mois plus tard, une nouvelle législation touchant les protestants provoqua des modifications capitales.

En quelques articles, l'édit de Fontainebleau, du 22 octobre 1685, acheva de mettre en place un encadrement légal envers le mariage des réformés. La motivation du pouvoir royal apparaissait distinctement dans le préambule : […] *puisque la plus grande et la meilleure partie de nos sujets de la R. P. R. ont embrassé la catholique,* […] *nous avons jugé que nous ne pouvons rien faire de mieux pour effacer entièrement la mémoire des troubles, de la confusion et des maux que le progrès de cette fausse religion a causés dans notre royaume* [...]*, que de révoquer entièrement ledit édit de Nantes et les articles particuliers qui ont été accordés en suite d'icelui et tout ce qui a été fait depuis en faveur de ladite religion*. L'exercice du culte protestant se trouva ainsi complètement défendu, qu'il ait lieu de manière publique ou privée. Néanmoins une précision fondamentale était apportée dans l'article 11 : *Pourront au surplus lesdits de la R.P.R., en attendant qu'il plaise à Dieu de les éclairer comme les autres, demeurer dans les villes et lieux de notre royaume* [...] *sans pouvoir être troublés ni empêchés, sous prétexte de ladite R. P. R., à condition, comme dit est, de ne point faire d'exercice, ni de s'assembler sous prétexte de prière ou de culte de ladite religion*.[580] Une déclaration *sur l'édit d'octobre 1685*, rendue à Versailles le 1er juillet 1686 (*portant défenses aux ministres protestans de rentrer dans le royaume*), précisa la sanction applicable dans l'article 5 : [...] *entendons que tous ceux de nos sujets qui seront surpris faisant dans notre royaume et terres de notre obéissance, des assemblées ou quelque exercice de religion, autre que la C. A. et R. soient punis de mort*.[581]

Toutefois, l'édit de Fontainebleau n'avait pas révoqué l'arrêt du conseil du 15 septembre 1685, les dispositions de cet arrêt n'ayant pas été abrogées, elles s'appliquaient à tout le royaume puisque l'exercice du culte était partout prohibé. Mais, face à la situation de répression du culte protestant engendrée par l'édit de révocation et en prenant en compte les

---

[580] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *idem*, Tome XIX, Pages 530 à 534.
[581] *Id.,* Tome XX, Pages 2 à 5.

doutes quant à l'application de l'arrêt (qui prévoyait de faire venir des ministres protestants choisis par l'intendant pour donner la bénédiction nuptiale), aucun protestant ne tenta de solliciter du roi qu'un pasteur fût rappelé de l'étranger afin de bénir son mariage.[582] Ainsi, un état d'esprit enclin au secret s'établit immédiatement : *on craignoit de s'avouer protestant, parce qu'on savoit que la profession de cette Religion, quoiqu'elle ne fût pas défendue, exposoit à des persécutions de tout genre. C'étoit donc une démarche très dangereuse d'être le premier à demander au Roi un Ministre pour se marier suivant la forme prescrite par l'arrêt du 15 septembre*.[583] Par conséquent, la situation juridique des *religionnaires* devint alors extrêmement précaire puisqu'ils se retrouvèrent sans état civil et sans possibilité d'officialiser leur mariage. Il existait un réel vide juridique quant au mariage des protestants ; en effet aucun texte royal n'ayant requis l'obligation de la bénédiction nuptiale et l'intervention d'un prêtre catholique, les mariages protestants pouvaient encore être contractés *solo consensu* et bénéficier des effets civils, c'était l'administration de la preuve de ces mariages qui posait des problèmes inextricables.[584]

L'évocation du mariage protestant disparut de la législation royale.[585] L'édit de mars 1697 et la déclaration de juin de la même année, qui portaient sur la célébration des mariages,[586] ne s'appliquaient pas aux protestants.[587] D'ailleurs, la déclaration du 13 décembre 1698 s'adressait aux nouveaux convertis et non pas aux membres de la R. P. R. Dans cette déclaration, il était énoncé à l'article 7 : *Enjoignons à nosdits sujets réunis à l'Eglise d'observer dans les mariages qu'ils voudront contracter les solennités prescrites par les saints canons, et notamment par ceux du dernier concile et par nos ordonnances, nous réservant de pourvoir sur les contestations qui pourroient être intentées à l'égard des effets civils de ceux qui auront été contractés par eux depuis le 1er novembre 1685, lorsque nous serons plus*

---

[582] *Cf.* MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *Mémoire sur le mariage des protestans, en 1785*, Londres, s. n., 1787, Pages 39 à 45 ; *Cf.* BEAUCHET Ludovic, *op. cit.*, Pages 657-658.
[583] MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *idem*, Pages 48-49.
[584] BEAUCHET Ludovic, *idem*, Page 659.
[585] MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *id.*, Page 44. *On prit le parti de ne pas dire un seul mot du mariage dans l'édit révocatoire, et dans toutes les lois postérieures de Louis XIV qui concernent les mariages*, soulignait Malesherbes dans son *Mémoire* de 1785.
[586] *Supra* Section 2, § 2.
[587] *Cf.* BEAUCHET Ludovic, *id.*, Pages 659 à 661. L'auteur démontre que *les édits de 1697, même dans l'intention du législateur, ne regardent en aucune façon les protestants*, et qu'ils *furent regardés par les parlements comme étrangers aux protestants*.

exactement informés de la qualité et des circonstances des faits particuliers.[588] Le pouvoir royal considérait donc implicitement ces unions des nouveaux convertis, qui n'avaient pas été conclues conformément aux prescriptions des ordonnances (dont celle de 1639), valables quant à la légitimité du lien matrimonial et quant à la filiation, et s'attribua la compétence pour statuer sur les effets civils.[589] Le 8 mars 1715, une déclaration établit la présomption de catholicité de tous les sujets du roi,[590] donc le problème des mariages protestants ne subsistait plus, en apparence. A la suite de la mort de Louis XIV, la période de la Régence fut, semble-t-il, plus tolérante et les protestants paraissent avoir eu la possibilité d'exercer leur culte.[591] Par la suite, cette faculté fut remise en cause, dans une déclaration du 14 mai 1724 *concernant la religion*, à l'article 1er, Louis XV ordonna : *Que la R. C., A. et R., soit seule exercée dans notre royaume,* [...] *défendons à tous nos sujets, de quelque état, qualité et condition qu'ils soient, de faire aucun exercice de religion autre que ladite religion catholique et de s'assembler pour cet effet en aucun lieu et sous quelque prétexte que ce puisse être, à peine contre les hommes des galères perpétuelles et contre les femmes d'être rasées et enfermées, même à peine de mort contre ceux qui se seront assemblés en armes.*[592] En ce qui concerne les mariages, il fut édicté à l'article 15 : *Voulons que les ordonnances, édits et déclarations des rois nos prédécesseurs sur le fait des mariages, et nommément l'édit de mars 1697 et la déclaration du 15 juin de la même année soient exécutés selon leur forme et teneur par nos sujets nouvellement réunis à la foi catholique, comme par tous nos autres sujets, leur enjoignons d'observer dans les mariages qu'ils voudront contracter, les solennités prescrites tant par les saints canons, reçus et observés dans ce royaume, que par lesdites ordonnances, édits et déclarations, le tout sous les peines qui y sont portées, et même de punition exemplaire, suivant l'exigence des cas*.[593]

---

[588] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XX, Page 316.

[589] *Cf.* BEAUCHET Ludovic, *id.*, Pages 661-662.

[590] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *idem*, Tome XX, Page 640. [...] *le séjour que ceux qui ont été de la R. P. R., ou qui sont nés de parens religionnaires, ont fait dans notre royaume, depuis que nous y avons aboli tout exercice de ladite religion, est une preuve plus que suffisante qu'ils ont embrassé la R. C. A. et R., sans quoi ils n'y auroient pas été soufferts ni tolérés* [...].

[591] JOLY de FLEURY, *Mémoire de*, Page 135, cité par TAILLANDIER Pierre, *op. cit.*, Page 35.

[592] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *id.*, Tome XXI, Pages 261-262 ; TAILLANDIER Pierre, *idem*, Page 35. L'auteur souligne qu'*en pratique l'autorité royale fermait les yeux sur l'exercice du culte protestant*.

[593] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *id.*, Tome XXI, Page 268 ; BEAUCHET Ludovic, *id.*, Page 663. Selon Ludovic Beauchet, l'article 15 de l'ordonnance de 1724 ne visait que les nouveaux convertis, pas *les protestants qui avaient persévéré dans la foi de leurs ancêtres*. Il interprète le texte dans ce sens : *Louis XV ne voulait comprendre par les mots « ses autres sujets » que les catholiques qu'il donnait pour modèle aux*

Une solution qui s'apparentait à un mariage civil fut soulevée, à la fin du XVIIe siècle, par Claude Brousson, un magistrat huguenot qui devint par la suite pasteur du désert : il conseillait de recourir au contrat devant notaire qui se pratiquait au XVIe siècle en l'assortissant d'une déclaration devant la justice royale (on peut observer ici une référence au mariage romain, à travers cet acte consensuel, et l'échange des consentements suivi d'une bénédiction nuptiale, d'autant plus qu'en droit romain *la rédaction d'un instrumentis dotis était utile pour distinguer du concubinat les justes noces*[594]).[595] Mais, la possibilité du contrat notarié[596] et des autres expédients matrimoniaux[597] fut anéantie par le pouvoir royal. En effet, en décembre 1693, Louis XIV ordonna aux notaires de déclarer les contrats de mariage des nouveaux convertis au clergé (afin d'en exiger la régularisation)[598] ; et la déclaration du 15 juin 1697, *sur l'invalidité des mariages faits par d'autres prêtres que les curés des contractans*, s'appliquait aux *personnes qui vivent comme dans des mariages véritables, sous la foi de ceux qu'ils prétendent avoir contractés devant des prêtres autres que leurs propres curés ; et quelques autres qui s'imaginent que des actes que des notaires ont eu la témérité de*

---

nouveaux convertis ; c'est ceux-là seuls qu'il pouvait songer à soumettre aux formalités prescrites par les canons.

[594] CARBONNIER Jean, « L'amour sans la loi, Réflexions de psychologie sociale sur le droit de la filiation, en marge de l'histoire du protestantisme français », dans *Bulletin de la société de l'histoire du protestantisme français*, 1979, Tome 125, Page 56.

[595] CHAUNU Huguette, « Le mariage civil des protestants au XVIIIe siècle et les origines de l'état civil », dans *Annales, Économies, Sociétés, Civilisations*, Volume 5, Numéro 3, 1950, Page 342 ; LABROUSSE Élisabeth, *op. cit.*, Pages 161-162 et 173, note 5. Dans cette étude, est également relaté *l'ingénieux conseil donné à ses coreligionnaires par l'avocat Claude Brousson*, *les couples huguenots eurent recours* […] *à un procédé qui est l'une des origines du mariage civil français : ils passaient un contrat de promesse de mariage devant notaire, qui réglait minutieusement les apports respectifs des fiancés (si minces qu'ils fussent), puis, dans une cérémonie familiale (mariage sous la cheminée), le nouveau couple recevait la bénédiction de ses ascendants en attendant l'occasion, au début très problématique, de faire un jour bénir son union devant une Assemblée du Désert*. Il est précisé que Claude Brousson *exerça son ministère clandestinement, surtout en Languedoc* ; et qu'il *fut pendu à Montpellier le 4 novembre 1698.*

[596] *Supra* Chapitre 1, Section 2, § 2 et § 3. L'article 44 de l'ordonnance de 1579 avait défendu aux notaires de recevoir des promesses de mariage par paroles de présent ; et à la fin du XVIIe siècle, la jurisprudence mit fin à la pratique des mariages à la Gaulmine ; CARBONNIER Jean, *idem* Page 56. L'auteur rappelle que *dans le système canonico-royal, les notaires n'avaient point compétence pour recevoir les consentements à mariage*. Et par conséquent, il se demande *quelle signification juridique attribuer à leur intervention?* Il répond que *l'acte fut parfois conçu comme un contrat de fiançailles, sponsalia per verba de futuro, promesse de mariage à accomplir ultérieurement*.

[597] *Cf.* LABROUSSE Élisabeth, *idem*, Page 161. L'auteur montre qu'*une foule de ruses fut employée par les couples religionnaires : faux certificats de mariage, certificats obtenus d'un prêtre vénal, mariages à l'étranger, etc.*

[598] TAILLANDIER Pierre, *id.*, Page 77.

leur donner de leurs consentemens réciproques, leur ont pu conférer la grâce du sacrement de mariage, et leur enjoignait de réhabiliter leur mariage, *suivant les formes prescrites par les Saints Canons, et par nos ordonnances*.[599]

La situation reposait sur la présomption établie par le pouvoir royal consistant à considérer qu'il n'y avait plus de protestants en France. Les *religionnaires* furent contraints par la déclaration du 13 décembre 1698 enjoignant aux nouveaux convertis de se soumettre aux formes imposées par les canons et par les ordonnances royales pour contracter leurs mariages, afin d'être reconnus par la société comme formant un couple légitime. Les couples qui se mariaient sans solennités ou en recourant au ministre de leur culte encouraient les risques engendrés par le non respect du droit canonico-royal en vigueur : leurs unions pouvaient être déclarées concubinaires, leurs enfants réputés bâtards, et leurs successions attribuées à des collatéraux catholiques ou confisquées.[600] Pour certains, la législation royale aurait du être plus sévère envers les huguenots en leur infligeant une peine comparable à la mort civile.[601] Un mémoire datant de 1713, *avait préconisé, pour mater les huguenots, l'application automatique de la nullité du mariage et de l'illégitimité des enfants, en y ajoutant même le renfort d'une incapacité de contracter (ceci, sans doute, afin d'empêcher des transferts frauduleux de biens). Daguesseau combattit vivement le projet, en objectant qu'une pénalité ne doit pas être encourue de plein droit mais requiert toujours l'intervention d'un juge*.[602]

L'observation des formalités religieuses des catholiques s'avérait incontournable pour contracter un mariage valable. A la suite immédiate de l'édit de révocation, une grande partie des *religionnaires* n'hésita pas à faire célébrer leur mariages en recourant au ministère d'un

---

[599] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XX, Pages 292 à 295.
Supra Chapitre 1, Section 2, § 2.
[600] CARBONNIER Jean, « L'amour sans la loi, Réflexions de psychologie sociale sur le droit de la filiation, en marge de l'histoire du protestantisme français », *op. cit.*, Page 59. L'auteur observe que *c'était appliquer à la répression de l'hérésie un type de sanction (l'illégitimité des enfants) inédit dans l'imagination pénale des peuples*.
[601] CARBONNIER Jean, *ibidem*, Note 19.
[602] RULHIERE, *Eclaircissemens historiques sur les causes de la révocation de l'édit de Nantes*, 1788, Page 301, cité par CARBONNIER Jean, *ibid*. Il s'agissait d'un mémoire du maréchal de Chamilly *(en fait, de son aumônier)*.

prêtre catholique,[603] *et cela fut possible, parce qu'alors le système de l'Eglise n'étoit pas d'écarter ceux qui se présentoient pour recevoir un Sacrement en dissimulant leur Religion*.[604] Puis, les mariages catholiques ne furent qu'assez peu pratiqués par les protestants.[605] Les curés catholiques, dès lors qu'ils remarquèrent que les prétendus convertis revenaient en réalité à leur hérésie, n'acceptèrent plus de prêter leur concours aux mariages des protestants.[606] En effet, les curés auxquels s'adressaient certains couples protestants pour les marier, n'étaient pas toujours d'accord pour participer à la célébration d'un mariage qui leur semblait être *une profanation du sacrement*, et les épreuves leur paraissaient être un moyen de s'assurer de la sincérité de la conversion.[607] L'usage des épreuves paraît avoir été établi dès le règne de Louis XIV, plus précisément après la Déclaration de 1698. *Quelques Evêques* […] *se crurent obligés à examiner si ceux qui, ayant toujours été Protestans, se présentoient pour être mariés, étoient réellement bons Catholiques, et ils établirent pour cela des épreuves*. [...] *Ces épreuves dans leur origine ne rebutèrent pas les Protestans. Elles ne les obligeoient qu'à assister régulièrement au Service Divin pendant quelque tems avant de se marier, et à entendre des instructions fort inutiles*.[608] Les parlementaires, se fondant sur la présomption de catholicité, cherchèrent à obtenir la suppression de ces épreuves imposées par le clergé. L'épiscopat, considérant la fausseté de la présomption, ne céda pas et continua à éprouver la foi des nouveaux convertis avant leur admission au sacrement du mariage.[609]

---

[603] BEAUCHET Ludovic, *op. cit.*, Page 658. L'auteur remarque que *dans les premières années qui suivirent la révocation, presque tous les protestants que leur zèle religieux n'avait pas fait émigrer, ne se faisant pas scrupule de l'hypocrisie, se présentèrent devant les prêtres catholiques, en dissimulant leur religion*.

[604] MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *op. cit.*, Page 49.

[605] TAILLANDIER Pierre, *op. cit.*, Pages 71-72. L'auteur affirme que *beaucoup de réformés ne voulurent en aucune façon recourir au clergé catholique et, pour se marier suivant le rite calviniste, usèrent de procédés souvent périlleux et toujours illégaux*. Parmi ces procédés : l'émigration afin de contracter le mariage à l'étranger, la bénédiction donnée par un ministre dans la chapelle d'une ambassade étrangère.

Cf. RICHARD Michel, *op. cit.*, Page 231. L'auteur montre que *le mariage catholique paraît avoir été assez peu répandu : les circonstances en étaient très différentes, selon les régions, et le caractère des prêtres*.

[606] MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *idem*, Page 78. Malesherbes décrivit que *sous le ministère du Cardinal de Fleury* […] *dans plusieurs diocèses les Curés refusoient de marier ceux qu'on appelloit Nouveaux Convertis, à moins qu'ils ne leur donnassent des preuves réelles de la sincérité de leur conversion*.

[607] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Pages 83-84 et 89.

[608] MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *id.*, Pages 49-50.

[609] *Id.*, Page 77.

BASDEVANT Jules, *idem*, Page 165.

Au cours du règne de Louis XV, il apparaît que les principaux ministres n'avaient *jamais eu le projet de réduire à la bâtardise les races des Protestans*. Le cardinal de Fleury,[610] *reconnoissoit la nécessité de donner aux Protestans un mariage légal*.[611] La royauté était préoccupée par la situation des protestants, mais les réactions d'un certain nombre d'évêques empêchaient toute avancée. A ce propos, le chancelier d'Aguesseau fit connaître son point de vue, en 1740, dans une lettre (à l'attention des évêques du Languedoc) : *Aucune loi ne peut faire cesser le véritable obstacle qui empêche les nouveaux réunis de se conformer aux lois de l'église et de l'état dans la célébration de leurs mariages, puisque c'est l'église elle-même qui forme cet obstacle par la difficulté que les évêques et les curés font de conférer ce sacrement à ceux qui ne croient pas que c'en soit un... Les uns exigent de plus grandes épreuves, les autres en demandent moins, mais tous s'accordent à en désirer. Peut-on blâmer leurs précautions, et quand ils les porteraient trop loin, le roi aurait-il le pouvoir de les condamner et de donner une Loi sur une matière purement spirituelle ? ... Ne vaudroit-il pas mieux se laisser tromper en quelque manière, croire ceux qui, après avoir professé au-dehors la Religion Catholique, assurent qu'ils sont convertis de bonne foi, en s'adressant à l'Eglise pour recevoir la bénédiction nuptiale, et ne point vouloir chercher à fonder le fond des cœurs ? ... Ainsi il faut ou que l'Eglise se relâche un peu de rigueur par quelque tempérament semblable à celui qu'on vient de proposer ; ou si elle ne croit pas pouvoir ou devoir le faire, il faut qu'elle cesse de demander au Roi d'user de son autorité dans une conjoncture où il ne pourroit la mettre en œuvre que pour réduire en quelque manière ses sujets à l'impossible, en leur commandant de remplir un devoir de Religion que l'Eglise ne leur permet pas*

---

[610] Principal ministre de Louis XV de 1726 à 1743.

[611] *Cf*. MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *id.*, Pages 117 à 120.
BEAUCHET Ludovic, *idem*, Pages 672-673. Cette étude reprend le *Mémoire* de Malesherbes. *Sous le ministère du cardinal Fleury, un ecclésiastique du Languedoc, l'abbé Robert,* [...] *proposa le remède suivant* [...]. *Il demandait la suppression des épreuves, et, pour éviter la profanation, il proposait l'établissement de deux sortes de mariages qui seraient toutefois célébrés tous les deux dans l'église et par les prêtres catholiques. Dans l'un, pour les catholiques, le prêtre prononcerait les paroles sacramentelles* [...] *; dans l'autre, pour les protestants, il se bornerait à constater l'engagement solennel des parties, à les bénir avec l'eau et le signe de la croix sans leur conférer le sacrement et tout en assurant ainsi les effets civils du mariage*. Ce projet qui plut au cardinal Fleury ne fut pas mis en œuvre en raison de l'opposition de certains membres de l'épiscopat. Malesherbes disait à propos de ce projet : *je suis persuadé que beaucoup d'Evêques auroient pensé* [...] *que c'étoit toujours profaner les Autels d'y admettre des Hérétiques. Mais rien n'étoit plus aisé que de lever cette difficulté ; car puisque dans ce plan on convenoit que le mariage des Protestans ne devoit être qu'un engagement civil, et ne devoit produire que des effets civils ; il étoit naturel de le faire contracter en présence de l'Officier civil, sans le faire bénir par un Ministre de l'Église*.

d'accomplir.[612] Malesherbes en déduisait qu'*ainsi on ne doit pas douter qu'il ne fût d'avis de donner un autre mariage légal à ceux à qui le mariage dans l'Eglise catholique étoit impossible*.[613] Et, se penchant sur les vingt-deux dernières années du règne de Louis XV, Malesherbes constatait *l'inaction du Gouvernement* quant à la question de procurer un état civil aux protestants.[614]

Les protestants, à défaut d'opter pour l'abjuration de leur foi rendant possible le mariage catholique, n'avaient comme possibilité que le célibat ou l'union libre. Et cette union de fait était bien entendu considérée comme peccamineuse pour l'Église catholique, et ne semblait pas appropriée à la société protestante. D'où une conjugaison des oppositions *du clergé, de certains magistrats, et de l'Eglise réformée reconstituée*.[615]

§ 3 : L'économie du mariage

L'effet de ces refus (celui des curés catholiques de célébrer les mariages) *étoit que ces Protestans alloient se marier au désert, c'est-à-dire, contractoient des mariages illégaux, qui entraînoient la bâtardise de leur postérité*. De plus, *de ce tems-là les Protestans commençoient aussi à se faire scrupule de s'y marier, et* [...] *il y en avoit déjà qui aimoient mieux s'exposer au sort qu'ils éprouvent aujourd'hui, et se contenter d'une union illégale, au risque de livrer leur race à la bâtardise, que de comparoître à un autel où on exigeoit qu'ils reniassent leur Religion*.[616]

Pendant le règne de Louis XIV, la justice royale prononçait des sanctions lorsqu'elle statuait sur un mariage *au Désert*,[617] le pasteur, les époux et les témoins étaient punis.[618] Les

---

[612] Cité par MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *id.*, Pages 74 et 125-126.
[613] MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *id.*, Pages 126-127.
[614] *Id.*, Pages 128 à 130.
[615] LEONARD Émile-G., *Le problème du mariage civil et les protestants français au XVIIIe siècle*, Paris, 1942, cité par RICHARD Michel, *op. cit.*, Page 231.
[616] MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *id.*, Pages 78-79.
[617] *Cf.* PERONNET Michel. « Désert », dans BÉLY Lucien (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime : royaume de France, XVIe-XVIIIe siècle*, Paris, PUF, 1996. *Expression employée par les protestants restés en France après la révocation de l'édit de Nantes pour qualifier la période durant laquelle ils sont soumis à l'obligation religieuse catholique romaine de droit public.*

magistrats estimaient qu'il ne convenait pas de priver le mariage de ses effets juridiques et de prononcer l'illégitimité des enfants nés de ces unions. La jurisprudence resta similaire au cours du début du règne de Louis XV. D'ailleurs, cette volonté de ne pas accabler les protestants s'avérait être en accord avec le pouvoir royal ; lorsqu'un intendant sollicitait des instructions au sujet d'un mariage de protestants, la réponse était la suivante : *Sa majesté fera examiner le parti qu'il convient de prendre*, (laissant, de cette façon, le procès en suspend).[619] Les protestants mariés au *Désert* étaient, au regard de la norme juridique civile, des concubins, il est révélateur d'observer dans un document de juin 1699, les manières de qualifier ces unions en faisant référence au mariage de la part des autorités, détournant la véritable raison de l'illégitimité du couple : *ils ont fait un mariage d'économie, à cause qu'ils épargnent les droits de publication et de contrôle des bans et les autres menus frais que font les Catholiques* ; *ils cohabitent en figure de mariage avec des parents au degré prohibé ou avec des femmes qui se prétendent veuves, sous prétexte que leurs maris sont absents du pays, depuis quelque temps*.[620]

La situation se modifia à partir de 1715 avec la reconstitution clandestine des autorités ecclésiastiques réformées. Les Synodes du *Désert* considérèrent comme illicite la célébration par un prêtre catholique et exigèrent des futurs époux protestants de patienter jusqu'au passage

---

[618] TAILLANDIER Pierre, *op. cit.*, Page 78. Cet auteur évoque une répression pénale, mais il ne précise pas quelles étaient les peines infligées aux coupables.

[619] TAILLANDIER Pierre, *ibidem* ; LABROUSSE Élisabeth, *op. cit.*, Page 162. Selon l'auteur, *le respect* [...] *des robins pour les contrats, la propriété, la famille et l'autorité parentale, le nombre considérable des cas et très faible des contestations, conduisirent les parlements (fussent-ils aussi hostiles aux Réformés que ceux de Rouen ou de Toulouse) à entériner le passage des biens d'une génération à l'autre : les plaignants se virent déboutés dans les cas, assez rares, où des collatéraux « Anciens Catholiques » tentèrent de faire déposséder ceux qui étaient, en droit strict, des bâtards. De facto, la transmission des patrimoines s'opéra en ligne directe, pour les « Nouveaux Catholiques »* ; HUGHES Edmond, *Les synodes du Désert*, 1885, Tome 1, Page 125, Tome 2, Page 425, cité par CARBONNIER Jean, « L'amour sans la loi, Réflexions de psychologie sociale sur le droit de la filiation, en marge de l'histoire du protestantisme français », dans *Bulletin de la société de l'histoire du protestantisme français*, 1979, Tome 125, Page 58, Note 17. Il est indiqué (pour expliquer que les collatéraux n'osaient pas souvent se prévaloir de la bâtardise d'un membre de leur famille, pour succéder à sa place) que *des synodes (Vivarais, 1733 ; Bas -Languedoc, 1767) menacent de la grande excommunication quiconque attaquera un mariage béni au Désert, en essayant de faire regarder un de ses parents comme concubinaire*.

[620] *Mémoires secrets concernant les Nouveaux Réunis du diocèse de Rieux*, dans le comté de Foix, Bibliothèque du Musée du Désert, cité par CARBONNIER Jean, *idem*, Page 57, Note 15. Jean Carbonnier précise que *les cas dénoncés sont assez nombreux, et l'agent subalterne qui les dénonce à l'intendant a probablement préféré alléguer des faits qui vicieraient un véritable mariage, pour n'avoir pas à prendre parti sur le fond de la question des mariages protestants*.

d'un pasteur itinérant qui les mariaient.[621] Dans la plupart des provinces et notamment dans celle du Languedoc (dans les Cévennes) se déroulèrent des mariages au Désert : *les fidèles se réunissaient avec le plus grand mystère dans un lieu isolé ; au cœur d'un bois ou dans une grotte de la montagne. Là on attendait en silence l'arrivée du pasteur : puis dans ce temple naturel* [...] *les époux étaient bénis suivant le rite des vieux réformateurs*.[622] Les mariages célébrés au *Désert* n'étaient évidemment pas consignés sur les registres paroissiaux. Les pasteurs du *Désert* tenaient des registres de façon irrégulière,[623] mais cet état civil constitué clandestinement n'avait aucune force légale. Dans le droit des synodes du *Désert*, la distinction subsistait entre le mariage et l'union libre et se fondait sur l'intention, même si, compte tenu de l'imbroglio de l'état civil des protestants, il s'avérait complexe de les discerner.[624] Les enfants qui naissaient de ces unions célébrées au *Désert*, étaient des bâtards, donc inhabiles à hériter. Au cours du XVIIIe siècle, les tribunaux royaux utilisèrent souvent la notion de possession d'état pour suppléer au défaut de preuve par registre (cette jurisprudence s'ancra après 1760), et ceci, afin de sauvegarder les transmissions de patrimoine pour les protestants. Dans ce sens, un arrêt rendu en 1706 prit en considération la possession d'état, et n'admit pas la nullité d'un testament.[625] Tout comme les parlements, le Conseil du roi comptait maintenir les droits successoraux des enfants de huguenots, cette prise de position ressortait d'un arrêt de 1717, *dans une espèce où c'était le fisc (le fermier des domaines) qui prétendait appréhender une succession comme vacante en raison de l'illégitimité des successibles*.[626] En 1737, à Mauvezin (dans le Gers), des procédures furent engagées contre des couples réformés ou *bigarrés*[627] concubinaires. Le curé était à l'origine des poursuites, dénonçant aux autorités

---

[621] *Cf.* RICHARD Michel, *op. cit.*, Page 232.
[622] TAILLANDIER Pierre, *idem*, Page 76.
[623] BOURQUIN Laurent (dir.), *Dictionnaire historique de la France moderne*, Paris, Belin, 2005, « Registres paroissiaux », Pages 379-380.
[624] CARBONNIER Jean, « L'amour sans la loi, Réflexions de psychologie sociale sur le droit de la filiation, en marge de l'histoire du protestantisme français », *op. cit.*, Page 59, Note 18.
[625] *Idem*, Page 62.
[626] RULHIERE, *op. cit.*, Page 369, cité par CARBONNIER Jean, *ibidem*, Note 22. S'agissant du point de vue du Conseil du roi, Jean Carbonnier indique que c'est *ce que Rulhière affirme avoir vérifié sur les minutes du Conseil*.
[627] Sur la question des mariages mixtes, *cf.* DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Veuve Desaint, 1777, Tome troisième, « Mariage », Pages 218- 219. Denisart énonçait que *comme tous les François sont actuellement réputés catholiques, depuis la révocation de l'édit de Nantes, on attaqueroit en vain les mariages de personnes soupçonnés de protestantisme avec les catholiques, si les formalités prescrites par les loix de l'église et de l'état avoient été remplies*.

civiles ces cas de concubinage. Chacun des vingt quatre couples de concubins incriminés[628] possédait un contrat notarié de promesse de mariage, conclu précédemment à leur vie commune. La majeure partie de ces couples expliquait que le prêtre avait refusé de les marier (intransigeance du curé qui pouvait être due à une pratique peu convaincante de leur nouvelle religion et notamment au refus de la confession de la part de nombre de huguenots ou de la confession totalement hypocrite des autres). Pourtant, le curé avait baptisé les enfants issus de ces unions peccamineuses. Il a été intimé aux concubinaires de cesser leur cohabitation, avant même leur comparution devant le juge (ils avaient obtempéré, du moins pendant un moment, malgré les difficultés d'ordre pratique engendrées par une séparation) ; et le juge leur infligea des amendes *ruineuses*, trois couples échappèrent à cette amende grâce à une abjuration *in extremis*, leur permettant un mariage à l'église.[629]

De la révocation au début du XVIIIe, les parlements ne considérèrent pas comme conclus clandestinement les mariages des *religionnaires* contractés en dehors des formes sacramentelles requises. Ensuite, se produisit un revirement jurisprudentiel, à l'origine,[630] il y eut *une sentence du Présidial de Nîmes qui, en 1739, prononça la nullité d'un mariage de calvinistes, et cela malgré les ordres exprès du gouvernement*.[631] Dans cette espèce,

---

[628] L'étude porte sur vingt-quatre couples en raison de la documentation, de l'imprécision des sources. Au total une quarantaine de couples furent poursuivis.

[629] *Cf.* LABROUSSE Élisabeth, *op. cit.*, Pages 163 à 176. A la fin de l'étude de ce dossier, il est mentionné *une affaire un peu postérieure, où il* (le curé de Mauvezin) *s'évertua à empêcher la célébration à l'église du mariage de notables huguenots, retors et procéduriers, le malheureux curé, d'abord plus que mollement soutenu par son évêque, finit par être si sèchement désavoué par l'Officialité de l'Archevêché de Toulouse, devant qui les huguenots avaient fait appel, qu'il s'y trouva condamné à tous les lourds dépens du procès, tandis que ses adversaires narquois furent autorisés à faire célébrer leur mariage par le premier prêtre venu, sans enquête sérieuse sur leur catholicité, visiblement inexistante*. Puis, en conclusion, l'auteur souligne la probabilité de la rareté des poursuites intentées à l'encontre de concubins dans la société rurale du Midi, et indique que d'autres curés, des paroisses alentour, *semblent s'être résignés à n'opérer, à l'égard des ouailles de la R. P. R., qu'en purs et simples officiers d'état civil : ils désignent placidement, dans les registres de baptême, certains enfants comme issus de parents religionnaires et se gardent de les frapper, par la plume, du stigmate infamant d'enfants naturels ou de bâtards*.

[630] Le jugement le plus fréquemment cité comme étant le premier à casser un mariage au Désert est celui de 1739, mais le sujet porte à controverse.
TAILLANDIER Pierre, *id.*, Pages 78-79. L'auteur rapporte une décision de justice, rendue à Saintes, en 1731, dans laquelle un mariage de *religionnaires* avait été annulé, *inhibitions et deffences de se hanter et fréquenter à peyne de punition exemplaire* avaient été faites aux époux.

[631] *Rapport général sur la situation des calvinistes en France, présenté au roi* par M. le baron de BRETEUIL, octobre 1786, cité par RULHIERE Claude-Carloman de, *Eclaircissemens historiques sur les causes de la révocation de l'édit de Nantes et sur l'état des Protestants en France, depuis le commencement du Règne de*

l'accusation contre des personnes mariées au *Désert*, qui vivaient *en concubinage public et notoire avec leurs prétendues femmes*, avait été portée par l'intendant. Les concubins furent condamnés à une amende et leur fut intimé l'ordre *de cesser d'habiter avec leurs prétendues femmes, vivre séparément*, et de se pourvoir devant l'évêque de leur diocèse *pour en obtenir la bénédiction de leur mariage, s'il y avait lieu*.[632] Les parlements s'inspirèrent de cette sentence, ils n'admirent plus la validité des mariages contractés en se passant du ministère du curé catholique. Par un arrêt de décembre 1741, le parlement de Grenoble jugea, au sujet du mariage d'un nommé Jacques Audoux Marcel, *que sauf réhabilitation de sa part, ses enfants à naître seront illégitimes et incapables de succéder*.[633] Au cours de l'année 1744, le parlement de Toulouse annula quarante mariages de réformés. Plusieurs unions célébrées au *Désert* furent jugées nulles par le parlement de Grenoble, dans un arrêt du 2 avril 1746. Cette même cour rendit un arrêt le 7 juin 1749, dans lequel elle prononça l'invalidité de neuf mariages calvinistes.[634] En 1749, le parlement de Bordeaux rendit, le 21 mai, un arrêt dans lequel il fit défense à vingt-trois couples de cohabiter, et jugea illégitimes les enfants nés et à naître.[635] A la suite de cette décision, le 17 décembre de la même année, ce parlement annula les mariages de neuf couples, et leur enjoignit de se séparer.[636] D'après Malesherbes, ce fut vers 1752, que, *dans presque tous* (les diocèses) *on refusa le mariage à ceux qui se disoient nouveaux convertis ; ainsi c'est dans ce tems que l'usage des mariages au désert est devenu général*.[637] Au cours de cette période où ces mariages se multiplièrent, les autorités royales poursuivaient les assemblées clandestines ; et les cours souveraines se montrèrent d'une sévérité rigoureuse envers ces unions, et s'appuyant sur la présomption de catholicité applicable à tous les sujets du roi, elles prononcèrent la nullité de ces mariages illégaux.

Un protestant célèbre, Jean-Jacques Rousseau, vécut en concubinage notoire (de 1746 à 1768) avec une française catholique, Thérèse Levasseur. Le seul moyen de l'épouser, pour Rousseau, qui était étranger ce qui ne le dispensait pas de devoir se conformer aux lois, était

---

Louis XIV, jusqu'à nos jours, Tirés des différentes Archives du Gouvernement, 1788, 2e partie, Pages 36 à 41, rapporté par BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 88.

[632] TAILLANDIER Pierre, *id.*, Pages 79-80.

[633] RICHARD Michel, *op. cit.*, Page 236.

[634] TAILLANDIER Pierre, *id.*, Pages 79-80.

[635] CARBONNIER Jean, « L'amour sans la loi, Réflexions de psychologie sociale sur le droit de la filiation, en marge de l'histoire du protestantisme français », *op. cit.*, Page 58, Note 16.

[636] TAILLANDIER Pierre, *id.*, Pages 79-80.

[637] MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *op. cit.*, Page 130.

d'abjurer son hérésie, pour pouvoir ensuite célébrer son mariage selon les formes prescrites par l'Église catholique et l'État. Il n'opta pas pour cette solution, ils se marièrent tout de même, le 29 août 1768, d'une façon somme toute particulière, puisqu'ils échangèrent *leurs consentements (ou mieux leurs sentiments) en présence de deux témoins-amis, dont (par hasard) le maire de la ville*. Bien évidemment, ce mariage n'était pas valable. Rousseau était scandalisé par l'état de bâtardise auquel était vouée la descendance des protestants (et donc la sienne).[638] Il fit part de son sentiment de révolte à cet égard dans un texte, rédigé au départ pour être insérer au *Contrat social* mais qu'il préféra ne pas y faire figurer : *Les lois du royaume ont prescrit les formes solennelles que devaient avoir les mariages légitimes, et cela est très bien entendu... Le protestant donc ne peut pas se marier selon les formes prescrites par les lois. Ainsi l'on tolère et l'on proscrit à la fois le peuple protestant ; on veut à la fois qu'il vive et qu'il meure. Le malheureux a beau se marier et respecter dans sa misère la pureté du lien qu'il a formé : il se voit condamné par les magistrats ; il voit dépouiller sa famille de ses biens, traiter sa femme en concubine et ses enfants en bâtards ; le tout, comme vous voyez, juridiquement et conséquemment aux lois. Cette situation est unique ; et je me hâte de poser la plume, de peur de céder au cri de la nature qui s'élève et gémit devant son auteur*.[639] Telle était la situation commune, décrite par Rulhière dans ces termes : *Sans épouses quoique mariés, sans héritiers quoique pères, plus d'un million de Français étaient privés en France du droit de donner le nom et les prérogatives d'épouses et d'enfants légitimes à ceux que la loi naturelle, supérieure à toutes les institutions civiles, ne cessait point de reconnaître sous ces deux titres*.[640]

Le désordre social engendré par l'état de concubinage dans lequel vivaient les couples *religionnaires*, les enfants voués à la bâtardise et incapables d'hériter du patrimoine familial, tout cela déplaisait fortement aux magistrats, eux qui se préoccupaient de la protection des institutions familiales. Les parlements, en poursuivant avec une grande intransigeance les protestants mariés clandestinement et en ôtant toute légitimité à leur descendance cherchaient probablement à démontrer la condition inacceptable des protestants.[641] Constatant que cette

---

[638] CARBONNIER Jean, *idem*, Pages 71 à 75.
[639] Publié par RITTER Eugène dans *Bulletin de la société de l'histoire du protestantisme français*, 1896, Pages 654 à 659, cité par CARBONNIER Jean, *ibidem*.
[640] RULHIERE, *Eclaircissemens historiques sur les causes de la révocation de l'édit de Nantes*, 1788, cité par TAILLANDIER Pierre, *id.*, Page 80.
[641] *Cf.* BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 89.

stratégie ne produisit aucune réaction du pouvoir royal ou du clergé en faveur d'une modification de cette législation injuste, les cours souveraines opérèrent un revirement de jurisprudence à partir de la seconde moitié du XVIIIe siècle, surtout dans les années 1770-1780, en faisant preuve d'une bienveillance certaine à l'égard des mariages protestants. Les magistrats opposèrent, le plus souvent, une fin de non-recevoir aux actions en nullité fondées sur le défaut de solennité, que les demandeurs fussent des collatéraux ou les époux eux-mêmes. Le conseil du roi soutint la jurisprudence des parlements, ne chercha pas à casser les arrêts.[642] L'emploi de la possession d'état d'époux aux couples *religionnaires* s'était très nettement instauré dans la pratique des cours souveraines dans la seconde partie du XVIIIe siècle.[643] Pourtant, cette résurgence de l'utilisation de la possession d'état comme preuve du mariage s'avérait contraire aux dispositions de la législation royale car l'obligation d'établir la preuve au moyen des registres avait été imposée dans l'ordonnance de 1667[644], comme le fit observer Malesherbes : *c'est évidemment éluder cette loi, de déclarer non recevables les collatéraux*. Le système était aléatoire : la jurisprudence, favorable à l'emploi de la possession d'état, pouvait opérer un revirement, ou subir une modification de la position du Conseil du roi : *la tolérance que les Parlemens ont établie* [...] *ne peut subsister que tant que le Conseil sera d'accord pour écarter, par les mêmes moyens, ceux qui se pourvoiront en cassation*.[645] Les cours souveraines employèrent également un autre moyen détourné pour parvenir à prononcer la validité d'un mariage au *Désert*, en se fondant sur la loi du *Digeste* (livre XL, titre 15) *: Ne de statu defunctorum, post quinquennium quœratur.* Les magistrats utilisèrent cette loi comme un principe de droit qui justifiait le rejet de toute demande attaquant l'état des personnes mortes depuis plus de cinq ans. Ce fut le cas dans deux arrêts du parlement de Rouen, l'un du 26 juin 1760, l'autre du 14 aout 1769, et dans un arrêt du parlement de Paris du 14 mai 1770.[646] Dans le dernier tiers du XVIIIe siècle, à l'occasion de procès, des certificats de mariage provenant d'assemblées du *Désert* furent soumis aux juges comme pièces à

---

[642] BEAUCHET Ludovic, *op. cit.*, Pages 671-672 ; BASDEVANT Jules, *idem*, Pages 89 et 167.
[643] CARBONNIER Jean, « L'amour sans la loi, Réflexions de psychologie sociale sur le droit de la filiation, en marge de l'histoire du protestantisme français », *op. cit.*, Pages 61 à 63 ; CARBONNIER Jean, « Le droit entre le droit et le non-droit. Conclusion juridique pour un colloque de démographie sur la nuptialité », dans *Population*, 1992, Volume 47, Numéro 3, Page 751.
[644] *Supra* Chapitre 1, Section 2, § 4.
[645] MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *Second Mémoire sur le mariage des protestans, En 1786*, à la suite de *Mémoire sur le mariage des protestans, Fait en 1785*, *op. cit.,* Pages 29-30.
[646] TAILLANDIER Pierre, *id.*, Page 81.

conviction.[647] Au cours des années 1770-1780, les tribunaux se déterminaient de manière directe, le revirement jurisprudentiel était tout à fait manifeste. Le 25 juin 1774, la sénéchaussée de Nîmes rendit une sentence dans laquelle fut admise la validité d'un mariage célébré au Désert. En l'espèce, *le sieur Roux et la demoiselle Roubel, tous deux de la R. P. R., s'étaient mariés au Désert en 1765. Après huit ans de mariage, la femme Roux se retira dans un couvent et fit savoir par huissier à son mari qu'elle allait abjurer le protestantisme et désirait qu'il fît de même. Elle exigeait en tous cas que leur union fût bénie par un prêtre catholique, basant cette prétention sur la promesse de pure forme de faire « célébrer le mariage en face de l'Eglise », clause que leur contrat de mariage portait suivant l'usage d'alors. Sur le refus de son mari, la femme Roux l'assigna devant le sénéchal en 24 000 livres de dommages-intérêts, en plus des intérêts de sa dot. La demanderesse fut déboutée et condamné aux dépens*.[648] A l'occasion d'un arrêt rendu par le parlement de Toulouse, l'avocat général avait soutenu, en dépit de son invalidité au regard des lois canonico-royales, la réalité du lien matrimonial unissant deux *religionnaires*, il exposa que *la justice et l'équité veulent qu'on suppose que l'union était légitime*, et argumenta : *on ne prétend faire déclarer illicite le commerce d'Antoine et de Marguerite, que par le défaut de remise de l'acte de célébration, et sur le soupçon que fait naître la religion qu'ils professaient* [...] *Qu'on jette un regard sur le sort de ces infortunés ; il est impossible de ne pas en éprouver un sentiment de pitié. Nous en attestons non seulement les Philosophes du siècle, mais tous ceux dont la religion et la piété sont éclairés par la charité et par la raison*.[649]

Ainsi, il apparaît qu'un mouvement en faveur de la tolérance se répandait dans les parlements, parmi les écrivains et même à la cour du roi, ce qui laissait entrevoir l'espoir d'une modification de la situation des couples protestants.[650]

---

[647] LABROUSSE Élisabeth, *op. cit.*, Page 174, Note 6.
[648] TAILLANDIER Pierre, *id.*, Page 80.
[649] *Recueil anonyme de Jurisprudence et de Législation*, Année 1777, s.d.n.l., 2e partie, Pages 177 à 182, cité par JEANCLOS Yves, « Consentement matrimonial et rapt de séduction en France d'après quelques actes de la seconde moitié du XVIIIe siècle », dans GANGHOFER Roland (sld), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 304, Note 185. L'arrêt n'était pas daté.
[650] TAILLANDIER Pierre, *id.*, Page 8. L'auteur explique qu'*une jurisprudence et des pratiques administratives plus humaines préparèrent l'avènement du célèbre édit de 1787.*

§ 4 : L'avènement d'une tolérance civile

Quelques personnalités éclairées de l'époque, aux aspirations libérales, s'insurgeaient dans leurs écrits, où ils tentaient de dégager des idées pour régler la situation des protestants. Parmi eux, Turgot, qui, en 1754, dans *Le Conciliateur*[651], souhaitait imposer la tolérance civile (par le biais de la séparation de l'Église et de l'Etat, semble-t-il) ; il s'expliqua : *Je ne prétends pas obliger les évêques à donner un sacrement malgré eux ; c'est un bien dont je leur laisserai toujours l'administration ; mais je voudrais que ce ne fut ni le sacrement de baptême, ni celui de mariage qui fixât l'état civil des citoyens*. Et il terminait cette justification de la tolérance de la façon suivante : *La révocation de l'édit de Nantes nous révolte ; nos troupes gémissent lorsqu'elles sont employées contre les protestants : enfin, on a soutenu dans quelques thèses de la Faculté de théologie la tolérance civile ; plusieurs écrits paraissent l'inspirer, tous les discours y tendent. Espérons donc, monsieur, que dans peu les esprits, rendus à eux-mêmes, rougiront d'un aveuglement qui n'a que trop influé sur la conduite des princes, et dont tant d'hommes ont été les victimes*.[652] Un *Mémoire théologique et politique* fut publié, en 1755, par Ripert de Montclar, procureur général au parlement de Provence, il y suggérait la célébration des mariages devant un magistrat.[653] En 1770, Portalis et Pazeri rédigèrent une *Consultation sur la validité des mariages protestants*, adressée à M. de Choiseul, où ils soulevaient la validité du mariage consensuel des réformés, *ils invoquèrent que la faculté de contracter mariage est de droit naturel, commune à tous les hommes*.[654] L'esprit de tolérance ayant gagné le parlement de Paris, il se préparait, en 1778, *à soumettre à Louis XVI un vœu pour l'établissement d'un registre purement civil destiné aux actes de mariage et de naissance des Protestants*.[655] Il prit une résolution, le 9 février 1787 : *Il a été arrêté que M. le Premier Président sera chargé de se retirer par devers le roi à l'effet de*

---

[651] *Le Conciliateur ou Lettres d'un ecclésiastique à un magistrat, sur le droit des citoyens à jouir de la tolérance civile pour leurs opinions religieuses ; sur celui du clergé de repousser, par toute la puissance ecclésiastique, les erreurs qu'il désapprouve ; et sur les devoirs du prince à l'un et à l'autre égard*, 1754, dans TURGOT Anne Robert Jacques, *Œuvres* de Turgot, Tome second, réimpression de l'édition de 1844, Osnabrück, Otto Zeller, 1966, Pages 688 à 703.
[652] TURGOT Anne Robert Jacques, *idem*, Pages 698 et 703 ; BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Page 165.
[653] VIOLLET Paul, *op. cit.*, Page 297 ; RICHARD Michel, *op. cit.*, Page 288.
[654] VIOLLET Paul, *idem*, Pages 297-298 ; BASDEVANT Jules, *idem*, Page 166.
[655] VIOLLET Paul, *id.*, Page 298.

supplier ledit Seigneur Roi de peser dans sa sagesse les moyens les plus sûrs de donner un état civil aux protestants.[656]

Dès les débuts du règne de Louis XVI, des rumeurs circulaient parmi les réformés sur de probables améliorations de leur statut. Pourtant, lors de la cérémonie du sacre, en 1774, Louis XVI prononça la phrase traditionnelle : la promesse d'extirper l'hérésie, bien que Turgot ait suggéré de l'éliminer du rituel.[657] Un changement significatif de la situation des familles protestantes allait se dessiner avec la déclaration du 12 mai 1782. Lors des baptêmes, des curés, inscrivaient sur les registres, les enfants dont l'acte de célébration de mariage de leurs parents n'était pas présenté, comme bâtards ;[658] alors que la jurisprudence, se montrant tolérante, fermait les yeux sur l'illégitimité de ces enfants. Certains évêques avaient tentés d'empêcher cette pratique, sans succès.[659] Le roi Louis XVI, dans la déclaration *concernant les actes de baptêmes inscrits sur les registres de paroisse*, rendue à Versailles le 12 mai 1782, commanda *que l'art. 6 de la déclaration du 9 avril 1736 sera exécuté dans tout notre royaume* [...], et il fit défenses, à tous curés ou vicaires, *et à tous autres, d'insérer, par leur propre fait, soit dans la rédaction desdits actes, soit sur les registres sur lesquels ils sont transmis ou autrement, aucunes clauses, notes ou énonciations, autres que celles contenues aux déclarations de ceux qui auront présenté les enfants au baptême, sans pouvoir faire aucunes interpellations sur les déclarations qui seront faites par ceux qui présentent les enfants au baptême ; le tout sous les peines portées par l'article 39 de la déclaration du 9 avril 1736*.[660]

---

[656] BASDEVANT Jules, *id.*, Page 167.

[657] RICHARD Michel, *idem*, Page 298 ; BOURQUIN Laurent (dir.), *op. cit.*, « Tolérance », Pages 419-420.

[658] ANQUEZ Léonce, *De l'état civil des Réformés de France*, 1868, Pages 94, 138 et 183, cité par CARBONNIER Jean, « L'amour sans la loi, Réflexions de psychologie sociale sur le droit de la filiation, en marge de l'histoire du protestantisme français », *op. cit.*, Page 61. S'il n'était pas enregistré *sous le vocable flétrissant de bâtard*, il l'était *du moins sous des équipollents révélateurs, comme « né d'un prétendu mariage », ou comme « fils de X et Z, sa prétendue femme », ou de « X et Z dont le mariage n'est pas connu », etc.*

[659] BEAUCHET Ludovic, *op. cit.*, Page 675.

[660] ISAMBERT, DECRUSY, JOURDAN, *op. cit.*, Tome XXVII, Pages 190-191.
Sur les peines portées, *cf.* ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *idem*, Tome XXI, Page 415. Les curés ou autres personnes ecclésiastiques étaient condamnés à *dix livres d'aumône*.
Cf. MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *Second Mémoire sur le mariage des protestans, En 1786*, *op. cit.*, Pages 15 à 28. Malesherbes soulignait les inconvénients de cette loi : en établissant cette interdiction aux curés, dans les termes les plus généraux, (puisque cette loi ne s'adressait pas en particulier aux protestants pour ne pas revenir sur la présomption de catholicité), les enfants naturels de droit commun, et donc pas seulement ceux des huguenots mariés au Désert, pouvaient obtenir les mêmes extraits baptistaires que les enfants légitimes.

Malesherbes[661] rédigea deux mémoires sur le mariage des protestants, le premier, en 1785, contenait un historique précis sur ce sujet, et le second, en 1786, démontrait qu'il était impératif de légiférer dans un sens libéral.[662] Dans son second mémoire, il critiquait la réponse jurisprudentielle : *le système de la tolérance tacite n'a été admis, malgré ses inconvénients, que pour rassurer les Protestans sur leur existence civile, sur l'état de leurs enfants, sur la conservation de leurs biens ; or je soutiens que cette intention n'est pas remplie*.[663] Selon lui, ce système *est insuffisant pour assurer l'Etat des Protestans françois*. Il s'y montrait hostile : *il y a des inconvéniens si sensibles, que je suis très persuadé que ceux qui l'ont introduit ne l'ont regardé que comme une administration momentanée, qui cessera dans l'instant qu'on osera faire une loi raisonnable*. La critique que soulevait Malesherbes était que la preuve par la possession d'état pourrait être utilisée par de véritables concubins, protestants ou non. Il étaya longuement cet avertissement : *Depuis que les hommes sont policés et que les loix se sont perfectionnées, on s'est constamment occupé de faire dépendre l'état des Citoyens d'actes certains, et non d'une possession d'état dont la preuve est toujours très douteuse.* [...] *on voit tous les jours des gens qui, s'établissant dans des lieux où ils sont peu connus ; donnent le nom d'épouse légitime à la femme qu'ils mènent avec eux et qui ne l'est pas. Les uns sont conduits par un esprit de libertinage, qui leur donne de la répugnance pour un lien indissoluble ; d'autres ne voudroient pas faire un mariage honteux, qui seroit un affront pour leur race,* […]. *Il y a aussi des cas où on prend ce parti, parce que le mariage n'est pas possible, lorsqu'un des deux est déjà marié.* […] *Quelquefois aussi un homme dont la famille est considérée, craindroit de trouver de puissans obstacles s'il vouloit faire un mariage disproportionné. Dans tous ces cas, la femme et les enfans naturels survivans, trouveront aisément une foule de témoins de bonne foi qui déposeront en faveur de leur*

---

[661] *Cf.* DEYON Solange, « Secrétaire d'état de la religion prétendue réformée », dans BÉLY Lucien (dir.), *op. cit.*, Pages 1141-1142. Guillaume de Lamoignon de Malesherbes a été appelé à la fonction de secrétaire d'état de la religion prétendue réformée en juillet 1775, *il souhaitait en particulier préparer la réintégration des protestants en tant que tels dans la communauté nationale ; la brieveté de son ministériat (dix mois) l'empêcha d'obtenir sur ce point des résultats* [...].
RICHARD Michel, *id.*, Page 304. *En avril 1787, Malesherbes entra de nouveau au Conseil du roi. Il était ainsi ministre d'Etat sans portefeuille, en fait pour mener à bien l'affaire qui lui tenait au cœur.*

[662] MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *op. cit.* La partie figurant au début de cet ouvrage (première pagination) : *Mémoire sur le mariage des protestans, Fait en 1785*, Pages 1 à 198, était suivie de la partie (seconde pagination) intitulée : *Second Mémoire sur le mariage des protestans, En 1786*, Pages 1 à 178.
Cf. RICHARD Michel, *id.*, Pages 303-304. Claude Carloman de Rulhière, ancien secrétaire du baron de Breteuil, avait collaboré à cette rédaction.

[663] *Supra* § 3.

possession d'état […]. *Ceux qui n'aiment pas le lien indissoluble, se serviroient du même moyen pour vivre avec tous les agrémens du mariage légitime sans en contracter le lien, certains de pouvoir transmettre leur nom et leurs biens à leurs enfans, tant qu'ils seroient contens d'eux et de leur mère, et de les répudier quand ils le voudroient, uniquement en cessant de vivre avec eux et de les reconnoître.* Après avoir rappelé les dispositions des lois en matière matrimoniale, il interrogeait : *Voudrait-on détruire cet ouvrage, fruit d'une si profonde sagesse, et auquel on a travaillé pendant plusieurs siècles, uniquement pour ne pas abandonner la présomption de droit qu'il n'y a plus de Protestans en France ?* Et il rétorquait : *C'est cependant ce qui arriveroit, si on laissoit consolider l'usage de juger l'état des Citoyens d'après la preuve testimoniale d'une possession d'état, et d'écarter, par des fins de non-recevoir, ceux qui demandent qu'on leur représente un acte de célébratio*n. Il relevait donc clairement le risque que des couples concubinaires ne s'appuient sur la jurisprudence pour faire légitimer leurs unions. Et il signalait l'importante nécessité de légiférer *pour fixer l'état des Citoyens* [...].[664] Malesherbes avait parmi ses relations le marquis de Lafayette, qui, à son retour de la guerre d'Indépendance américaine, adressa une lettre au général Washington, le 11 mai 1785, dans laquelle il s'offusquait du sort réservé aux *religionnaires* : *Les protestants sont soumis à un intolérable despotisme. Bien qu'il n'y ait pas à présent de persécution ouverte, ils dépendent du caprice du roi, de la reine, du parlement ou d'un ministre. Leurs mariages ne sont pas légaux, leurs testaments n'ont aucune force devant la loi ; leurs enfants sont considérés comme des bâtards, leurs personnes comme pendables. Je voudrai apporter un changement dans leur situation*. [...].[665]

Les deux mémoires de Malesherbes furent lus au Conseil en novembre 1787.[666] Et le 17 novembre, Louis XVI signa l'édit concernant *ceux qui ne font pas profession de la religion catholique*. Dans le préambule, le roi rappelait *l'espoir* (de Louis XIV lors de la révocation) *d'amener ses peuples à l'unité si désirable du même culte* et réaffirmait ce but : *nous favoriserons toujours de tout notre pouvoir les moyens d'instruction et de persuasion qui tendront à lier tous nos sujets par la profession commune de l'ancienne foi de notre royaume*, et proscrivait les *voies de violence*. Il constatait : *en attendant que la divine Providence*

---

[664] MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *Second Mémoire sur le mariage des protestans, En 1786*, *op. cit.*, Pages 2 à 9, 13, 14 et 28.
[665] LA FAYETTE, *Mémoires*, Tome II, Page 121, cité par RICHARD Michel, *id.*, Pages 302.
[666] RICHARD Michel, *id.*, Pages 305.

bénisse nos efforts et opère cette heureuse révolution, notre justice et l'intérêt de notre royaume ne nous permettent pas d'exclure plus long-temps, des droits de l'état civil, ceux de nos sujets ou des étrangers domiciliés dans notre empire, qui ne professent point la religion catholique. Une assez longue expérience a démontré que ces épreuves rigoureuses étoient insuffisantes pour les convertir : nous ne devons donc plus souffrir que nos lois les punissent inutilement du malheur de leur naissance, en les privant des droits que la nature ne cesse de réclamer en leur faveur. Nous avons considéré que les protestants, ainsi dépouillés de toute existence légale, étoient placés dans l'alternative inévitable, ou de profaner les sacrements par des conversions simulées, ou de compromettre l'état de leurs enfants, en contractant des mariages frappés d'avance de nullité par la législation de notre royaume. Louis XVI s'attaquait à la présomption de catholicité : *cette fiction, aujourd'hui inadmissible, a servi de motif au silence de la loi* […]. Il concluait le préambule en énonçant : *nos autres sujets non catholiques* […] *ne tiendront de la loi que ce que le droit naturel ne nous permet pas de leur refuser, de faire constater leurs naissances, leurs mariages et leurs morts, afin de jouir, comme tous nos autres sujets, des effets civils qui en résultent*.[667] L'édit de tolérance ne s'appliquait pas uniquement aux protestants, mais à tous les non-catholiques, notamment les juifs.[668] Il fut proclamé dans l'article 2 : *Pourront en conséquence ceux de nos sujets ou étrangers domiciliés dans notre royaume, qui ne seroient pas de la religion catholique, y contracter des mariages dans la forme qui sera ci-après prescrite ; voulons que lesdits mariages puissent avoir dans l'ordre civil, à l'égard de ceux qui les auront contractés dans ladite forme, et de leurs enfants, les mêmes effets que ceux qui seront contractés et célébrés dans la forme ordinaire par nos sujets catholiques*. L'article 8 maintenait l'obligation de la publication des bans et prévoyait ses modalités (les articles 9, 10 et 12 portaient également sur la publication des bans et l'article 15 sur les dispenses). Il fut établit à l'article 16 que le choix était accordé aux futurs époux de faire constater leur union soit par l'autorité ecclésiastique, soit par l'autorité séculière : *il leur sera loisible de faire par-devant lesdits curés ou vicaires, ou par-devant le premier officier de justice désigné en l'article 14 ci-dessus , la déclaration dudit mariage* […]. Cet article 14 édictait que *Ne pourront* […] *les déclarations de mariages, dont il sera ci-après parlé, lorsqu'elle ne seront pas faites par-devant les curés ou vicaires,*

---

[667] ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSY, *op. cit.*, Tome XXVIII, Pages 472-473.

[668] L'article 25 de cet édit, qui traitait des déclarations de naissance, visait, comme pouvant souscrire à la nouvelle forme de mariage, ceux qui appartenaient à *une secte qui ne reconnoît pas la nécessité du baptême*, donc qui n'étaient pas chrétiens.

être reçues par aucun autre juge, que par le premier officier de la justice des lieux, soit royale, soit seigneuriale, dans le ressort duquel sera situé le domicile de l'une des parties, ou par celui qui le remplacera en cas d'absence, à peine de nullité. La forme des ces mariages était explicitée dans les articles 17 et 18. L'article 17 prescrivait que *Pour faire ladite déclaration, les parties contractantes se transporteront, assistées de quatre témoins, en la maison du curé ou vicaire du lieu où l'une desdites parties aura son domicile, ou en celle dudit juge, et y déclareront qu'elles se sont prises et se prennent en légitime et indissoluble mariage, et qu'elles se promettent fidélité*. Et l'article 18 disposait : *Ledit curé ou vicaire, ou ledit juge, déclarera aux parties, au nom de la loi, qu'elles sont unies en légitime et indissoluble mariage ; inscrira lesdites déclarations sur les deux doubles du registre destiné à cet effet* […]. L'article 21 décrétait que les non-catholiques, qui antérieurement à l'édit, avaient contracté mariage *sans avoir observé les formalités prescrites par nos ordonnances* et donc les protestants mariés au désert, bénéficiaient d'un délai d'un an pour régulariser les unions, et ainsi *acquérir pour eux et leurs enfants la jouissance de tous les droits résultants des mariages légitimes, à compter du jour de leur union* [...]. Selon les termes de l'article 24, la juridiction compétente était celle des juges royaux *en cas qu'il s'élève quelques contestations au sujet des mariages contractés ou déclarés dans les formes ci-dessus prescrites*.[669] Ainsi, cet édit instituait la forme d'un mariage purement civil.[670] Le parlement de Paris, après avoir ajourné l'examen de l'édit, présenta ses remontrances au roi le 20 janvier 1788 (il ne s'opposait pas au fondement de la loi, il attaquait quelques formules contenues dans le préambule, préférant appréhender ce que le roi octroyait comme *l'acquittement d'une dette de droit naturel, et non la concession d'une prérogative*) ; et après quelques menus remaniements, le parlement enregistra l'édit le 29 janvier. Dans les autres cours souveraines, l'enregistrement fut effectué sans obstruction pour certaines, ou avec d'importantes réticences pour la plupart, dans lesquelles l'enregistrement fut imposé par le pouvoir royal.[671] Quant au clergé, il approuva cet octroi d'une forme légale de mariage, néanmoins il regrettait que la nouvelle législation ait confié aux curés la fonction d'officier d'état civil à l'égard des hérétiques.[672] Dans la pratique, les couples de protestants ne s'adressèrent que peu aux prêtres

---

[669] ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSY, *idem*, Tome XXVIII, Pages 474 à 479.
[670] *Cf.* BEAUCHET Ludovic, *op. cit.*, Pages 678-679 ; *Cf.* BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Pages 168 à 172.
[671] *Cf.* TAILLANDIER Pierre, *op. cit.*, Page 92 ; *Cf.* BASDEVANT Jules, *idem*, Page 171.
[672] TAILLANDIER Pierre, *idem*, Page 92.

catholiques.[673] Après 103 années de proscription, les réformés, réintégrés dans leurs droits civils, pouvaient enfin bénéficier d'un mode légal de mariage.[674] L'édit de Louis XVI établit une forme civile du mariage pour tous les non-catholiques, ouvrant la voie à une future sécularisation de l'union matrimoniale.

Si les unions illégitimes des laïcs faisaient l'objet d'une lourde réprobation, celles des ecclésiastiques fut encore davantage la cible d'une lutte incessante.

Section 3 : Les clercs concubinaires

Pour les ecclésiastiques, et généralement toutes les personnes engagées par vœux religieux, le concubinage revêtait un caractère plus grave que pour les simples laïcs.[675] *Il a toujours été défendu, non seulement par le droit canon* (§ 1)*, mais encore par le droit civil* (§ 2).[676]

§ 1 : La condamnation du concubinage des clercs par les lois de l'Église

Des défenses [...] *ont toujours été faites aux Ecclésiastiques de fréquenter les femmes, de ne s'en associer par besoin que d'exemptes de tout soupçon*.[677]

Le canoniste du XVIIIe siècle, Durand de Maillane rappelait : *Deux sortes de Chrétiens sont obligés au célibat ; les Ecclésiastiques constitués dans les Ordres sacrés, et les Religieux ; ceux-ci y sont obligés par un vœu particulier, indépendamment des Ordres*.[678]

---

[673] *Id.,* Page 93. *Un tarif annexé à l'Edit n'exigeait cependant que 5 livres de droits en cas de déclaration du mariage faite au curé, au lieu de 7 livres 10 sols quand la déclaration était faite à l'officier de justice. Cette différence avait pour but d'engager les Protestants à s'adresser aux curés : le législateur pensant que les rapports entre les Protestants et le clergé favoriseraient les conversions*.

[674] Sur l'application pratique de l'édit de tolérance, *cf.* LEVY Edouard, « L'application de l'édit de 1787 », dans *Revue historique de droit français et étranger*, 1911, Pages 433 à 459 et 649 à 678, et 1914, Pages 230 à 254.

[675] Les relations illicites du clergé séculier sont étudiées principalement dans les développements qui suivent. Seules quelques spécificités et quelques exemples concernant le clergé régulier sont soulevés.

[676] JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Tome troisième, Paris, Debure Père, 1771, Page 291.

[677] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, (3e édition), Tome premier, Lyon, Duplain, 1776, « Clerc », Page 510.

[678] *Idem*, « Célibat », Page 415.

Parmi les clercs,[679] il est essentiel de distinguer les différents statuts. La hiérarchie du clergé séculier était la suivante : les ordres sacrés ou majeurs comptaient les archevêques et les évêques, les chanoines, les curés et les vicaires, les diacres et les sous-diacres ; quant aux ordres mineurs, ils comprenaient les acolytes, les lecteurs, les exorcistes, les portiers.[680] S'agissant des clercs des ordres supérieurs, le mariage leur était interdit ; et quant aux clercs des ordres inférieurs, le mariage leur était permis avec certaines restrictions.[681] En effet, les *clercs d'Eglise*, ayant reçu les ordres majeurs, dispensaient le service divin et donc étaient censés *s'abstenir de tout commerce charnel* ; et les *clercs laïcs* étaient seulement tonsurés, et pouvaient se marier puisqu'ils n'étaient pas consacrés, ils devaient toutefois vivre *cléricalement* et éviter de se remarier.[682]

L'Église a *toujours désiré que tous ceux qui sont employés aux fonctions ecclésiastiques, fussent dans un état pur et exempt de toute incontinence*.[683] En effet, dès le IVe siècle, l'Église commença à obliger les clercs à garder le célibat. En 306, le concile d'Elvire, dans le 33e canon imposa expressément le célibat aux clercs dans les ordres sacrés, *sous peine d'une sorte de dégradation*.[684] Le concile de Néocésarée, qui eut lieu entre 314 et 325, prescrivait déjà la déposition des prêtres qui se mariaient, et de chasser de l'Église ceux coupables de fornication (et de les contraindre à la pénitence publique parmi les laïques).[685] La papauté envoyait des instructions aux évêques pour réprimer sévèrement le

---

[679] *Cf.* NAZ R., *Dictionnaire de droit canonique*, Tome troisième, Paris, Letouzey et Ané, 1938, « Clerc », Col. 827-828. Dès le IIIe siècle, le terme clerc servait à désigner ceux qui étaient chargés d'accomplir les rites du culte.

[680] *Cf.* MARION Marcel, *Dictionnaire des institutions de la France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, A. et J. Picard, 1999, « Clergé », Pages 94 à 99.

[681] ESMEIN A., *op. cit.*, Tome second, Page 139.

[682] COURTEMANCHE Andrée, « Morale sexuelle des clercs et des laïcs à Fréjus au XIVe siècle », dans *Revue de l'histoire des religions*, 1992, Volume 209, N° 4, Pages 358-359.
MARION Marcel, *op. cit.*, « Clerc », Page 94. *La qualité de clercs s'acquérait par la tonsure, mais la tonsure ne suffisait point pour acquérir les privilèges de la cléricature. Il fallait pour cela, aux termes de l'art. 38 de l'édit d'avril 1695, des hommes vivant cléricalement, « résidens et servans aux offices, ou au ministère et bénéfices qu'ils tiennent en l'Église »*.

[683] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *op. cit.*, « Célibat », Page 416.

[684] MANSI, *Concil.*, Tome II, col. 11, n. 23, cité par NAZ R., *op. cit.*, « Célibat des clercs », Col. 133. R. Naz précise que *cette loi n'était portée que pour l'Espagne, mais, moins d'un siècle plus tard, tout l'Occident se trouvait lié par des dispositions analogues*.

[685] GRATIEN, *Dist.*, XXVIII, c. 9, cité par NAZ R., *op. cit.*, « Concubinage », Col. 1516 à 1518.

concubinage.[686] En 633, lors du concile de Tolède, le pape Honorius 1er (625-638) enjoignit à un évêque *de faire enlever et vendre les femmes (servantes ou autres) qui vivraient en concubinage avec des clercs*.[687]

A l'époque où le droit canonique se fixait, *l'idée* […] *se fit jour que le concubinat, impliquant chez les concubins une volonté suivie de se placer en dehors du mariage, était plus délictueux que la simple fornication, fait transitoire et isolé. Ainsi, ce fut longtemps une question de savoir si un clerc devait être déposé ou privé de son bénéfice à raison d'une « simplex fornicatio », alors que cela ne faisait aucun doute lorsqu'il vivait publiquement en état de concubinage*.[688] *Vers le dixième siècle on vit* [...] *de grands abus de la part du Clergé* [...], *on tâcha aussitôt d'y remédier par différentes peines*.[689] En 1063, au concile romain, le pape Alexandre II (1061-1073) interdit aux fidèles d'assister à la messe d'un prêtre concubinaire ; selon Gratien, le but était d'*amener le coupable à résipiscence en lui inspirant une honte salutaire*.[690]
A la fin du XIe siècle, la papauté avait entrepris de réformer l'Église.[691] Ce fut le pape suivant, Grégoire VII (1073-1085) qui initia la réforme grégorienne. Les membres du Clergé devaient se montrer irréprochables aux yeux de la société. Il s'avérait indispensable d'éradiquer le nicolaïsme c'est-à-dire *les mauvaises mœurs, le goût des plaisirs du monde, et d'abord, évidemment, le goût des femmes*.[692] La réforme grégorienne recouvrait aussi la lutte contre la simonie, c'est-à-dire le trafic des choses spirituelles et des fonctions ecclésiastiques, d'ailleurs nicolaïsme et simonie étaient liés puisque les enfants issus des mariages ou des concubinages des clercs héritaient fréquemment des bénéfices de ceux-ci. *Grégoire VII prescrivit au peuple de déserter les églises où des prêtres incontinents exerçaient leur ministère ; les épouses et les*

---

[686] *Idem*, LXXXII, c. 2, et XXXIII, c. 7, cité par NAZ R., *ibidem*. *En 405, Innocent Ier écrit à Exupère, évêque de Toulouse, qu'il faut priver les clercs incontinents de tout honneur ecclésiastique et de l'exercice de leur ministère. En 593, saint Grégoire avertit André, évêque de Tarente, que, si un clerc des ordres majeurs a une concubine, il doit renoncer à l'exercice des ordres.*
[687] *Id*., LXXXI, c. 30, cité par NAZ R., *ibid*.
[688] ESMEIN A., *op. cit.*, Tome second, Page 137.
[689] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, (2e édition), Tome Premier, Lyon, Duplain, 1770, « Concubinage », Page 645.
[690] GRATIEN, *Dist*., XXXII, c. 6, cité par NAZ R., *ibid*.
[691] *Cf*. COURTEMANCHE Andrée, *op. cit.*, Page 350. L'auteur explique cette *offensive de l'Église* qui prônait la continence.
[692] DUBY Georges, *Le chevalier, la femme et le prêtre*, Paris, Hachette Littératures, 1981, Page 7.

concubines des clercs devaient être réduites en servage par les seigneurs.[693] Cette réforme fut poursuivie par les successeurs de ce pape, des condamnations du concubinage se répétèrent lors des conciles généraux et provinciaux. Lors d'un concile tenu près de Melfi, en 1089, Urbain II (1088-1099) sanctionna les clercs qui poursuivaient des relations conjugales après le diaconat ; et si, après un avertissement, les coupables ne s'étaient pas amendés, les princes pouvaient réduire leurs femmes en servitude.[694] Au concile de Reims de 1119, Calixte II (1119-1124) prévit comme peine la privation de tout office et bénéfice ecclésiastique pour les clercs *in sacris* qui vivaient avec une épouse ou une concubine ; et même l'excommunication s'ils persistaient.[695] Ensuite, Innocent II (1130-1143), lors du concile romain de 1139, énonça que les clercs des ordres majeurs ayant une épouse ou une concubine étaient privés des offices et bénéfices ecclésiastiques.[696] En 1139, le IIe concile de Latran fit du sacrement d'ordre un empêchement dirimant au mariage ; Innocent II promulgua, par une décrétale, cette décision conciliaire.[697] En prohibant le mariage des ecclésiastiques, le risque du concubinage était avéré. Des dispositions rigoureuses furent prises pour sanctionner les clercs concubinaires. *Ces commerces illicites n'entraînaient pas seulement des sanctions pénales, ils subissaient aussi un traitement particulier, quant à leurs effets civils*.[698] En effet, la répression s'abattait aussi sur les enfants nés de ces unions prohibées.[699] Le pape Alexandre III (1159-1181) œuvra pour réprimer le concubinage des membres de l'Église. Il ordonna à l'archevêque de Salerne *de contraindre les coupables, par des suspenses et des interdits, à rejeter leurs concubines* ; et d'excommunier quelques récidivistes pour l'exemple.[700] Ce pape enjoignit à l'archevêque de Cantorbéry d'imposer aux clercs de chasser leurs concubines, et pour ceux qui n'avaient pas obtempéré au bout de quarante jours, il recommanda de prononcer la suspense de leurs bénéfices.[701] Alexandre III signala, dans une lettre à l'évêque d'York, *qu'aucun appel, même au pape*, n'était susceptible d'arrêter *la suspense des bénéfices infligée par l'évêque aux clercs*

---

[693] MANSI, *Concilia*, Tome XX, col. 494, cité par NAZ R., *op. cit.*, « Célibat des clercs », Col. 135.
[694] GRATIEN, *Dist*., XXXII, c. 10, cité par NAZ R., *ibid*. R. Naz précise que *ce texte semble parler de relations avec des femmes épousées avant la réception des ordres sacrés, mais Urbain II eût vraisemblablement été au moins aussi sévère contre des concubinaires*.
[695] MANSI, *Concil.*, Tome XXI, col. 236, cité par NAZ R., *ibid*.
[696] GRATIEN, *Dist*., XXVIII, c. 2, cité par NAZ R., *ibid*.
[697] GRATIEN, *causa* XXVII, q. 1, cité par NAZ R., *op. cit.*, « Célibat des clercs », Col. 135.
[698] ESMEIN A., *op. cit.*, Tome second, Page 139.
[699] *Infra* § 3.
[700] *Decr.*, l. III, tit. II, c. 3, cité par NAZ R., *op. cit.*, « Concubinage », Col. 1516 à 1518.
[701] *Idem*, c. 4, cité par NAZ R., *ibid*.

concubinaires.[702] Le pape Innocent III (1198-1216) écrivit à l'évêque d'Oxford qu'il fallait *traiter un clerc en concubinaire dès que, même avant toute condamnation, son concubinage* était *notoire, non dans le cas contraire* ; et *si des soupçons contre un clerc* causaient *du scandale*, l'évêque pouvait *prescrire au suspect la purgation canonique* et, en cas de refus, *lui infliger un blâme*.[703] En 1215 se tint le IVe concile de Latran, des mesures furent édictées pour empêcher le mariage des clercs. Grégoire IX (1227-1241) déclara que le refus d'assister aux offices ne devait avoir lieu que pour ceux *célébrés par des prêtres notoirement concubinaires*.[704]

Jusqu'au XIVe et XVe siècles, la prescription du célibat fut mal observée. *A défaut de mariage, le concubinage des clercs s'étalait au grand jour*.[705] Par ailleurs, des critiques s'élevaient contre le célibat imposé aux ecclésiastiques ; par exemple lors du concile de Constance (1414-1418), le cardinal Zabarella émit l'hypothèse que si l'on ne parvenait pas à éradiquer le concubinage des clercs, plutôt fallait-il les autoriser à se marier.[706] Le phénomène perdit de sa vigueur à en croire Durand de Maillane.[707] Pourtant, malgré l'abondance des textes édictés par l'Église pour punir les ecclésiastiques contrevenants à la règle du célibat, le concubinat pratiqué par certains d'entre eux n'avait jamais pu être annihilé.[708] Dans le but

---

[702] *Id.*, c. 5, cité par NAZ R., *ibid*.
[703] *Id.*, c. 8, cité par NAZ R., *ibid*.
[704] *Id.*, c. 10, cité par NAZ R., *ibid*.
[705] NAZ R., *op. cit.*, « Célibat des clercs », Col. 136.
[706] ESMEIN A., *op. cit.*, Tome second, Page 155.
[707] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *op. cit.*, Tome Premier, « Concubinage », Page 645. Il affirmait que *dans la suite le nombre des clercs concubinaires* n'était *plus si grand*.
[708] *Cf.* COURTEMANCHE Andrée, *op. cit.*, Pages 361 à 363. Comme le souligne cet auteur à propos de *la moralité du clergé français aux XIVe et XVe siècles, le concubinage des desservants persiste encore à cette époque, situation que les autorités comme les paroissiens semblent tolérer. D'ailleurs, les statuts synodaux réitèrent inlassablement concile après concile l'interdit. Une répétition qui montre que l'idéal de chasteté n'a pas été complètement intériorisé par le clergé.* L'auteur émet la supposition d'*une relative tolérance de la part de la hiérarchie ecclésiastique* ; il est constaté dans cette étude portant sur le diocèse de Fréjus au XVIe siècle que *le concubinage n'a guère laissé de traces dans les listes de condamnations* : *à une exception près, nulle sentence ne frappe un clerc d'Église notoirement concubinaire. Et encore, le cas relevé est-il loin d'être net. Ainsi, en 1302, il est prouvé que le sous-diacre Guillaume Justini a accueilli dans sa maison une femme qu'il a présentée comme une cousine. Selon les termes de la sentence, il déroge ainsi aux sanctions canoniques qui défendent aux jeunes clercs de vivre sous le même toit que des femmes jeunes ou suspectes sauf si elles sont mariées.* L'auteur relève que la présomption de concubinage *est naturellement forte* ; et observe que *si l'introduction d'un discours moralisateur laisse supposer que la faute est grave au regard du justicier, la peine infligée, elle, illustre plutôt la mansuétude du tribunal*. Le sous-diacre fut condamné à quatre livres pour cette faute jumelée à d'autres, comme d'avoir reçu des voleurs et d'avoir joué avec eux aux osselets puis d'avoir prêté à usure. L'auteur remarque que *dans ces conditions, « son concubinage » ne pèse guère dans la sentence finale.* Et l'auteur établit un constat

d'affermir le droit canonique en la matière, le concile de Bâle (1431-1445) prévoyait des mesures répressives à l'encontre du concubinage des membres du clergé.[709] Le concile de Bâle avait été rendu applicable par la Pragmatique Sanction de Bourges, *sur l'autorité des conciles généraux, les collations des bénéfices, élections, expectatives, appellations, annates, la célébration de l'office divin et autres matières ecclésiastiques*, le 7 juillet 1438.[710] Cette ordonnance reprenait les dispositions du concile de Bâle sur le mariage de clercs. *Quoique la pragmatique sanction ait été aboli sous Léon X et François Ier, cependant la plupart des réglemens qu'on y avait insérés, ont été adoptés dans le concordat* [...], analysait Pierre de Marca, historien et archevêque du XVIIe siècle.[711] Le concordat de Bologne de 1516 (*conformément à la Pragmatique*) édictait des mesures répressives analogues à celles du concile de Bâle sous le titre *de publicis concubinariis*. Les peines portées contre les clercs concubinaires étaient la privation totale ou partielle de leur bénéfice, ou l'inhabilité à posséder des bénéfices, selon les circonstances.[712] Le pape Léon X (1513-1521), dans la constitution

---

important : *si les amendes sont proscrites par de nombreux textes législatifs, elles restent effectivement le châtiment généralement imposé*.

Cf. SOLÉ Jacques, *L'amour en Occident*, Paris, Albin Michel, 1976, Pages 188-189. Cet auteur établit que *l'union du prêtre de campagne avec une compagne officieuse* est un *fait bien connu pour l'époque antérieure à la Réforme*. *Ces débauchés* [...] *se conformaient* [...] *aux mœurs fort libres de la société rurale renaissante en poursuivant de leurs assiduités religieuses et paroissiennes, prostituées et chambrières ; lorsqu'elles se prolongeaient, les liaisons de ces desservants scandaleux formaient des couples presque officiels* ; et du même auteur, *Être femme en 1500, La vie quotidienne dans le diocèse de Troyes*, Paris, Perrin, 2000, Pages 52 à 61. Dans cette étude relative au diocèse de Troyes, l'auteur remarque que *depuis le début du XVe siècle, le concubinage des desservants de cures est régulièrement réprimé par les juges de l'officialité. Ils frappent de lourdes amendes les prêtres qui refusent de renvoyer leurs servantes ou continuent à former avec elles des couples interdits*. Par exemple, en 1484, *l'officialité punit ainsi un prêtre de Clesles de 40 sous d'amende pour un concubinage d'un an avec une Jeanne ; son ancienne associée en reçoit 20*. Parmi les nombreux cas relevés, ceux de *trois prêtres de Saint-Jean-de-Bonneval, pousuivis, au printemps 1526, par l'officialité*, *montrent l'enracinement du concubinage ecclésiastique dans la société du temps et ses liens avec la prostitution populaire*. *Leurs juges les emprisonnent plusieurs semaines, leur font payer des écus d'or et s'engager à ne plus garder de concubines comme à cesser tout rapport avec des femmes de mœurs suspectes*.

[709] ESMEIN A., *op. cit.*, Tome second, Page 139.

[710] ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSY, *op. cit.*, Tome IX, Page 3, spécialement note 1. *On appelle pragmatique toute constitution donnée en connaissance de cause du consentement unanime de tous les grands, et consacrée par la volonté du prince. Le mot « pragma » signifie prononcé, sentence, édit ; il était en usage avant Saint-Louis.*

[711] MARCA de, cité par ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSY, *ibidem.*

[712] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *op. cit.*, Tome Premier, « Concubinage », Page 645. Durand de Maillane a précisément énuméré ces peines : *Que le concubinaire public sera privé pendant trois mois de la perception et jouissance de tous les fruits de ses bénéfices.* […] *Que dès le moment que le Supérieur Ecclésiastique aura connoissance du désordre, il sera tenu d'avertir le coupable de renvoyer sa concubine sans délai, et de le priver de tous ses bénéfices, s'il n'obéit pas, ou si après l'avoir renvoyée il en prend une autre. Que tous les concubinaires publics seront incapables d'être pourvus d'aucuns offices ou bénéfices, sans dispense de*

Supernæ dispositionis, exhorta à employer à l'encontre des clercs concubinaires (et des laïcs également) les peines existantes et à *ne pas se laisser arrêter par la multitude des pêcheurs*.[713] *Suivant le même concordat de Léon X, les Evêques et autres Juges Ecclésiastiques, doivent être exacts et vigilants dans la poursuite de ce crime ; autrement, ils doivent être punis de leur négligence par la suspense de la nomination aux bénéfices, ou autre peine convenable*.[714]

De leur côté, les officialités, dans l'intention de faire respecter la règle du célibat et de contrôler plus étroitement les mœurs, continuèrent de poursuivre les ecclésiastiques incontinents qui violaient les règles canoniques. En 1530, un prêtre, Messire Louis Lemaistre fut accusé de concubinage par l'officialité de Troyes (entre autres, puisqu'il fut poursuivi *par ailleurs pour avoir joué aux quilles avec des laïcs et s'être occupé d'affaires séculières*, et de plus il avoua que la petite fille de sa concubine, âgée de quatre ans, *a couché quelquefois avec lui*), il entretenait *dans le péché une veuve nommé Jeanne*. Il reconnut qu'il avait passé avec sa concubine *un traité aux termes duquel il est tenu de la nourrir sa vie durant et d'être son exécuteur testamentaire, moyennant quoi, ladite Jeanne* [...], *lui a donné une maison*.[715] Le prêtre se défendit de l'accusation de concubinage, affirmant que la veuve n'était pas sa maîtresse. Les poursuites relatives à Jeanne furent abandonnées par l'official, qui lui signifia, outre l'interdiction traditionnelle de jouer avec les laïcs, celle, absolue, de coucher avec une petite fille de quatre ans.[716]

---

leurs supérieurs. Que cette dispense ne pourra être accordée qu'à ceux qui, après avoir renvoyé leurs concubines, auront donné des preuves manifestes du changement de leur vie. Que si après cette dispense ils retombent dans leurs premiers désordres, ils seront inhabiles pour toujours à toutes sortes de dignités, offices et bénéfices. Qu'on doit entendre par concubinaires publics non seulement ceux qui auront confessé en justice, ou qui auront été juridiquement atteints et convaincus de leur crime, ou dont le concubinage est si public et si notoire par l'évidence du fait, qu'il ne peut être contesté sous quelque prétexte que ce soit, mais encore ceux qui retiennent chez eux des femmes suspectes ou de mauvaise réputation, après que le Supérieur les a inutilement avertis de les congédier. Durand de Maillane ajoutait que *les jugements rendus contre des clercs concubinaires doivent être précédés des monitions requises, et ne sont exécutoires par provision qu'en ce qui regarde les mœurs, comme suspense, prison et non en la privation des fruits du bénéfice ou du bénéfice même*.

[713] *Fontes*, n° 65, Tome I, Page 108, cité par NAZ R., *op. cit.*, « Concubinage », Col. 1517.

[714] JOUSSE, *op. cit.*, Page 295.

[715] A.D. Aube, Inventaire de la série G, t. II, Page 426, cité par FLANDRIN Jean-Louis, *Les amours paysannes*, Paris, Gallimard, 1993, Page 272.

[716] *Cf.* SOLÉ Jacques, *Être femme en 1500, La vie quotidienne dans le diocèse de Troyes, op. cit.*, Pages 229-230. Cette affaire est citée également dans cet ouvrage, des éléments y sont précisés.

Le concile de Trente réitérait la règle du célibat, l'ordre sacré constituait un empêchement dirimant ; il fut affirmé dans le canon 9 de la XXIVe session : *Si quelqu'un dit que l'état du mariage doit être préféré à l'état de virginité ou de célibat, et que ce n'est pas quelque chose de meilleur et de plus heureux de demeurer dans la virginité ou dans le célibat, que de se marier, qu'il soit anathème.*[717] Le concile de Trente réglementa, lors de sa XXVe session (*de reform.*), dans le chapitre 14, la manière de procéder contre les clercs concubinaires : *après une première monition, ils sont seulement privés de la troisième partie des fruits* (de leurs bénéfices) ; *après la seconde, ils perdent la totalité des fruits et sont suspendus de toutes fonctions ; après la troisième, ils sont privés de tous leurs bénéfices et offices ecclésiastiques, et déclarés incapables d'en posséder aucun ; en cas de rechute, ils encourent l'excommunication*. Le concile faisait *défenses aux Archidiacres, Doyens et autres, de connoître de ces matières*. Il fut établit que *les Evêques peuvent procéder sans forme ni figure de procès, sur la seule connoissance certaine du fait.*[718] Les appels n'étaient pas suspensifs.[719] S'agissant des clercs persévérant dans leur crime et ne possédant ni bénéfices, ni pensions ecclésiastiques, les peines applicables étaient la prison, la suspense des ordres, l'inhabilité à tout bénéfice.[720] Le concile employa le terme de *Clerici*, qui convenait à tous les ecclésiastiques en général, donc les peines portées s'adressaient à tous les clercs concubinaires, pas seulement aux prêtres et aux autres ecclésiastiques engagés dans les ordres sacrés.[721] Dans l'hypothèse où un évêque commettait lui-même ce crime et négligeait de s'amender malgré l'avertissement du concile provincial, il encourait la suspense de plein droit, et s'il ne renvoyait pas sa concubine ou en reprenait une, il était déféré devant le souverain pontife, lequel le punissait selon les circonstances de son crime et pouvait même le priver de la charge de son évêché.[722] Les dispositions tridentines devaient s'exercer *non seulement contre les Ecclésiastiques qui vivent publiquement et notoirement dans le concubinage, mais encore contre les autres Ecclésiastiques qui entretiennent des filles, ou femmes, et dont la conduite est plus cachée, quoique non moins criminelle ; le Concile ne faisant aucune distinction à cet égard.*[723] Dans ce chapitre 14, les Pères de Trente prohibèrent *la cohabitation*

---

[717] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *op. cit.*, « Célibat », Page 417.
[718] *Idem*, « Concubinage », Page 645.
[719] NAZ R., *idem*, « Concubinage », Col. 1517.
[720] JOUSSE, *op. cit.*, Page 292.
[721] *Ibidem*.
[722] *Ibid*.
[723] *Ibid*.

avec toute femme inspirant quelque soupçon. La cohabitation avec celles échappant à tout soupçon parait par là même autorisée, se trouvait alors consacrée de façon implicite la loi de Nicée.[724] En effet, le concile œcuménique de Nicée (325) permettait la cohabitation avec les femmes au-dessus de tout soupçon ; cette loi traversa les siècles, les décisions papales et conciliaires postérieures ne faisaient que *répéter, résumer ou expliquer* [...]*, avec quelques manifestations passagères tantôt de rigorisme, tantôt de plus grande indulgence*.[725] Le concile de Trente s'était prononcé à l'égard des concubines : *il veut* […]*, que les femmes libres ou mariées qui refusent d'obéir aux monitions, et continuent publiquement leur commerce criminel avec les Clercs, soit chassées de la Ville ou du Diocèse ; et qu'à cet effet les Ordinaires des lieux empruntent, s'il est besoin, le secours du Bras séculier*.[726] La papauté s'efforça à faire appliquer les dispositions tridentines. Et, encore au XVIIe siècle, Innocent XIII (1721-1724), dans la constitution *Apostolici ministerii*, du 23 mai 1723, ordonna aux évêques de faire exécuter *les sanctions fixées par les papes et les conciles contre les clercs coupables de divers crimes*, dont le crime de concubinage.[727] Puis, dans la constitution *In supremo*, du 23 septembre 1724, Benoît XIII (1724-1730) insistait pour que les décisions de son prédécesseur soient observées ; il réitéra cette exhortation dans la constitution *Pastoralis officii* du 27 mars 1726.[728]

Les évêques sont en droit de connoître seuls du crime de concubinage [...] *contre les clercs*.[729] En vertu du privilège du for, les clercs relevaient des cours d'Église. Le principe de la compétence des officialités ressortit d'un arrêt du Conseil du 29 avril 1551 cassant un arrêt de règlement du parlement de Toulouse qui refusait au juge d'Église le pouvoir de poursuivre et de punir les clercs concubinaires. Jousse le rapportait ainsi : *le Parlement de Toulouse rendit le 26 octobre 1549, un arrêt de règlement contre les Ecclésiastiques concubinaires ; mais cet arrêt fut cassé par un Arrêt du Conseil du 29 avril 1551, qui ordonna cependant aux Syndics du Clergé de la Province de Toulouse, d'avertir les Archevêques, Évêques, et autres*

---

[724] NAZ R., *op. cit.*, « Cohabitation », Col. 975.
[725] *Cf. idem*, « Cohabitation », Col. 971-972 ; et « Célibat des clercs », Col. 134. Il est indiqué, à propos des clercs *in sacris*, qu'*en ne leur permettant pas de cohabiter avec d'autres femmes que leurs proches parentes* [...], *il leur interdisait de se marier après la réception des ordres sacrés, mais non, semble-t-il, d'user d'un mariage précédemment contracté*.
[726] MUYART DE VOUGLANS Pierre-François, *Institutes au droit criminel*, Paris, Le Breton, 1757, Page 491.
[727] *Fontes*, n° 280, Tome I, Page 585, cité par NAZ R., *ibid*.
[728] *Fontes*, n° 283, Tome I, Page 601, et n° 292, Tome I, Page 634, cité par NAZ R., *ibid*.
[729] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, Tome Premier, *op. cit.*, « Concubinage », Page 645.

Prélats, de veiller diligemment sur la conduite des Ecclésiastiques, et de procéder contre les coupables d'incontinence ou de concubinage, par les monitions, et autres voies de Droit ; et en cas de négligence et de scandale, il est enjoint au Procureur du Roi de Toulouse d'en avertir sa Majesté, pour y être pourvû. Le juriste indiquait que *cet arrêt du Conseil est conforme à la disposition du Concile de Trente* [...] *qui veut que la correction des Ecclésiastiques concubinaires, ou qui ont un mauvais commerce avec des filles, ou femmes, appartienne à l'Evêque seul, privativement à tous autres, et qu'elle se fasse sans forme ni figure de procès ; ce qui ne peut se pratiquer en France, où un Ecclésiastique ne peut être privé de son bénéfice, ou être déclaré incapable d'en posséder d'autres, ou être puni de quelqu'autre punition plus sévère, sans qu'on lui fasse son procès dans toutes les formes*.[730] Denisart affirmait que *le concubinage d'un clerc, et même d'un curé, est un délit dont la punition n'appartient qu'à l'official* ; tout en notant que *la question a été autrefois controversée. D'anciens jurisconsultes, dont les témoignages dont les témoignages sont rapportés dans les Mémoires du Clergé, et Févret en particulier, dans son Traité de l'Abus* [...], *avaient adopté l'opinion contraire. On citoit pour la défendre, deux arrêts du Parlement de Bordeaux, des 13 août 1521, et 12 février 1575, deux arrêts du Parlement de Dijon, des 22 février 1581, et du 19 octobre 1584, enfin un arrêt de règlement du Parlement de Toulouse, du 26 octobre 1549*. Et Denisart concluait, attestant qu'*il est généralement reconnu aujourd'hui, que la punition en ce cas n'excède pas les bornes du pouvoir des juges ecclésiastiques*, en s'appuyant sur l'arrêt du conseil du 29 avril 1551.[731]

Donc, en général, le concubinage formait *un crime vraiment Ecclésiastique*. Un arrêt du 20 Octobre 1618, rendu sur un appel comme d'abus, cassa une décision prise contre un clerc par un juge laïc et le prêtre fut renvoyé devant son official.[732] Par ailleurs, les parlements jugeaient invalides les mariages des ecclésiastiques (sauf quelquefois ceux des sous-diacres pour lesquels des dispenses avaient été accordées), *à l'égard des peines attachées à ces mariages, ils sont d'abord déclarés nuls, et on punit ceux qui les ont contractés comme des Concubinaires*.[733]

---

[730] JOUSSE, *op. cit.*, Page 293.
[731] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, Veuve Desaint, 1786, Tome cinquième, « Concubinage », Page 96.
[732] JOUSSE, *op. cit.*, Page 294.
[733] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, Tome premier, *op. cit.,* « Célibat », Page 418.

Les parlements, par la voie de l'appel comme d'abus, assuraient un contrôle sur les décisions rendues par les officialités en permettant aux ecclésiastiques de former un recours contre les sentences les ayant condamnés comme concubinaires. Parmi la jurisprudence initiée, à l'origine, par le magistrat Guy Pape, quelques décisions du parlement de Grenoble portaient sur des appels comme d'abus soulevés par des clercs sanctionnés pour concubinage. Par un arrêt du 5 août 1675, rendu contre *George Cousin, Curé de Mépieu, appellant comme d'abus,* il fut jugé que ni *l'interdiction d'un curé, ni même la privation d'un bénéfice, si les crimes dont il est accusé sont graves*, n'étaient abusives, *quoiqu'il n'y ait eu aucune monition précédente*. *L'interdiction sans connaissance de cause et avant que l'accusé eût été suffisamment convaincu*, était abusive, *comme il a été jugé par Arrêt du 26 de Juin 1670, pour Messire Barthelemi Chavaril, Curé de la Ville de S. Marcellin, appellant comme d'abus, contre le Promoteur de l'Archevêque de Vienne.*[734] La jurisprudence des cours souveraines pouvait sembler sévère, *surtout à l'égard des Curés*. *Il a été jugé entr'autres choses, par un arrêt du Parlement de Rouen, du 12 mars 1683* [...] *qu'un curé avoit pu être privé, pour fait de concubinage, de son bénéfice, sans monition canonique*. *Le curé de Saint Pierre de Crespy en Laonnois, ayant été déclaré convaincu par sentence de l'official de Laon, de plusieurs impuretés scandaleuses, en conséquence privé de son bénéfice, et interdit des fonctions de ses ordres dans le diocèse, il se rendit appellant comme d'abus, sur le fondement du défaut prétendu de monitions canoniques. Il disoit encore qu'on n'avoit pû le priver de son bénéfice par une première sentence. Mais par arrêt du premier juin 1737, il fut dit qu'il n'y avoit abus*.[735]

Quant à la question de la compétence pour juger un membre du clergé régulier, lorsqu'*il s'agit de punir un Moine concubinaire, la correction en appartient à son Supérieur régulier, et non à l'Evêque, ou à son Official*.[736] Les ecclésiastiques demeureront jusqu'à la fin de l'Ancien Régime justiciables des officialités,[737] leurs concubines relevant, quant à elles des

---

[734] CHORIER Nicolas, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape, dans ses décisions*, Seconde édition, Grenoble, Veuve d'André Giroud, 1769, Pages 53-54.
[735] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome cinquième, « Concubinage », Page 96.
[736] JOUSSE, *op. cit.*, Pages 294-295.
Cf. SOLÉ Jacques, *Être femme en 1500, La vie quotidienne dans le diocèse de Troyes, op. cit.*, Pages 61-62. L'auteur s'intéresse aux membres du clergé régulier : *ces derniers, depuis le début du XVe siècle, ne manquent pas de concubines*. Par exemple, en 1526, un jeune moine concubinaire fut emprisonné par son supérieur.
[737] SOLÉ Jacques, *L'amour en Occident*, *op. cit.*, Page 189. L'auteur constate, à propos de la période de la fin du XVIIe et du début du XVIIIe siècle, que, *dans une France louis-quatorzienne soumise, depuis des décennies, à la*

juridictions séculières. S'agissant de ces concubines, *par la Pragmatique et le Concordat, ainsi que par les Décrétales et le Concile de Trente, le Juge d'Eglise seroit fondé à procéder contre elles ; ces loix lui en font même un devoir ; cependant on ne souffriroit plus cette procédure, à moins que la concubine ne fût Religieuse*. En effet, les juridictions ecclésiastiques n'étaient plus compétentes pour juger les concubinaires laïcs ; *les Curés et les évêques doivent dans ces cas, qui intéressent toujours leur ministère, provoquer celui des gens du Roi préposés pour poursuivre la punition des crimes qui violent les Loix et les bonnes mœurs*.[738]

Dans certaines hypothèses, les clercs eux-mêmes ne pouvaient plus alléguer le privilège du for et étaient justiciables des tribunaux royaux.

§ 2 : La débauche des ecclésiastiques, une atteinte à l'ordre public

L'ordonnance de Villers-Cotterêts *sur le fait de la justice*, qui réglementait les compétences respectives des cours laïques et ecclésiastiques, édictait à l'article 4 : [...] *et aussi sans préjudice de la juridiction temporelle et séculière contre les clercs mariés et non mariés, faisant et exerçans états ou négociations, pour raison desquels ils sont tenus et ont accoutumé de répondre en cour séculière, où ils seront contraints de ce faire, tant ès-matières civiles que criminelles* [...].[739]

Les crimes graves constituaient des cas privilégiés, et les clercs qui s'en étaient rendus coupables étaient justiciables de la juridiction civile conjointement avec le juge ecclésiastique.[740] *A l'égard des peines civiles, on peut douter s'il y en a quelques-unes d'établies contre les Ecclésiastiques concubinaires, et si les Juges ordinaires peuvent poursuivre contre eux la vengeance de ce crime*. S'interrogeant sur ce point, Jousse mentionnait alors que *quelques Auteurs pensent que le concubinage des Ecclésiastiques est un cas privilégié, particulièrement quand il est commis avec scandale, et que l'Ecclésiastique*

---

restauration catholique, ces juridictions montrent encore de vicaires entretenant avec leur servante, ou d'autres femmes, des relations illégitimes.

[738] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *op. cit.*, Tome Premier, « Concubinage », Page 645.

[739] ISAMBERT, DECRUSY, ARMET, *op. cit.*, Tome XII, Pages 600 à 602.

[740] VIOLLET Paul, *op. cit.*, Page 234.

entretient chez lui sa concubine, et ils rapportent des Arrêts qui l'ont ainsi jugé ; ce qui est fondé sur ce que le scandale public est un délit qui trouble la société et qui par conséquent mérite d'être puni par les Juges ordinaires qui ont la connaissance des délits publics. La peine ordinaire de ce crime est de faire défenses aux parties de se fréquenter. Lorsqu'elles désobéissent, la fille peut être enfermée notamment si elle est de vile condition, et on les condamne l'un et l'autre en l'amende ; mais il faut que cela se fasse sur une information et sur la plainte de la partie publique.[741] *Par Arrêt du Parlement de Paris du 30 avril 1538, quatre ou cinq Chanoines convaincus d'avoir des concubines, ont été décrétés de prise de corps, et les concubines chassées de leurs maisons ; défenses à elles d'y rentrer, et ordonné que l'Evêque de Meaux créeroit un Vicaire pour faire le procès à ces Chanoines*. Un *Arrêt du Parlement de Dijon du 23 février 1617* enjoignit *aux Juges de visiter les maisons des Prêtres, de se saisir de leurs servantes et concubines ; de leur faire leur procès ; et aux Procureurs du Roi d'y tenir la main ; à peine d'en répondre en leur propre et privé nom. Par un* [...] A*rrêt du Parlement de Grenoble du 20 mai 1672,*[742] *un Prieur, accusé par un mari, d'un commerce criminel avec sa femme, fut condamné à s'absenter du lieu, avec défenses de fréquenter cette femme*. Un *Arrêt du Parlement de Provence du 30 Avril 1686*, [...] *a jugé que la connoissance de la fréquentation des Prêtres avec les femmes, appartient au Juge d'Eglise ; et celle des cas privilégiés, au Juge séculier*. Dès lors, plusieurs hypothèses où le concubinage formait un cas privilégié étaient dénombrées. Dans le cas où le concubinage d'un ecclésiastique était *précédé de séduction*, il constituait alors un cas privilégié, et était *par conséquent sujet à la juridiction du Juge ordinaire (ainsi jugé par Arrêt du Parlement de Paris du 30 juillet 1707)*. Il en était *de même si le concubinage était accompagné d'un grand scandale, comme si cet Ecclésiastique entretenait chez lui plusieurs concubines ; ou si un Prêtre vivait en concubinage avec une femme mariée, et que l'Accusation fût intentée par le mari*. De plus, si un concubinage *est public et scandaleux, et qu'il paroisse une trop grande négligence de la part des Juges d'Eglise à le punir, la Justice séculière en peut prendre connoissance*.[743] De façon similaire, Denisart établissait qu'il était possible de mettre un concubinage *au rang des*

---

[741] JOUSSE, *op. cit.*, Pages 292-293.

[742] CHORIER Nicolas, *op. cit.*, Page 53. Cet arrêt était précédemment rapporté dans cet ouvrage, et il était indiqué à ce propos : *Le concubinage est prouvé non seulement par Sentence et par confession judicielle, mais aussi par une connoissance publique, qui ne peut être dissimulée, quoique régulièrement dans ce Royaume, la notoriété ne dispense point d'informer. Le Prieur* […] *ne fut pas convaincu* (du commerce criminel) *par une preuve parfaite. Néanmoins il fut condamné* […].

[743] JOUSSE, *op. cit.*, Pages 292 à 294.

délits privilégiés lorsque ce crime était public, et accompagné de circonstances qui provoquaient un grand scandale. *Le concubinage est regardé comme un délit privilégié, lorsqu'il s'agit d'un commerce criminel avec une femme mariée, et que l'action est intentée par le mari ou par le ministère public* [...]. *On doit décider de même si l'ecclésiastique entretenoit plusieurs concubines à la fois, et dans sa maison. L'atrocité du scandale doit dans ce cas, exciter la vigilance des magistrats, et l'ecclésiastique ne seroit pas suffisamment puni par des peines purement canoniques*.[744] Il pouvait y avoir une *instruction conjointe pour le délit commun, en cas de réclamation de la part de l'accusé, ou de revendication de la part du promoteur*.[745] Ce fut le cas dans une espèce rapportée par Muyart de Vouglans : *un Arrêt du Parlement de Bordeaux du 12 février 1575, par lequel un Prêtre, accusé de tenir auprès de lui une femme malfamée, fut condamné en 100 liv. d'Amende pour le Scandale et cas privilégié, et à tenir Prison jusqu'à plein payement ; et pour le cas commun, renvoyé pardevant son Juge Ecclésiastique ; et défenses furent faites à la femme de le fréquenter, à peine du fouet, et autres plus grandes peines,* […].[746] *Aussi, quand il est mêlé d'adultère, d'inceste, rapt de force ou de séduction, ou enfin d'autre crime*, plusieurs arrêts jugèrent que dans ces hypothèses, le concubinage des clercs était un cas privilégié dont le juge royal pouvait connaitre.[747]

La théorie des cas privilégiés s'appliquait également au clergé régulier : […] *à moins qu'il n'y ait du cas privilégié ; auquel cas, ce seroit au Juge ordinaire à en connoître.*[748] Le secours du bras séculier s'exerçait à l'encontre des concubines. Le juge royal pouvait *aussi chasser les concubines des Prêtres hors de leurs maisons* ; le parlement de Bordeaux en jugea ainsi dans un arrêt du 13 août 1521.[749]

De la même manière qu'elles étaient utilisées aux fins de faire cesser une liaison concubinaire entre des laïcs, les lettres de cachet le furent pour faire enfermer les clercs libertins, en se dérobant ainsi à la justice ordinaire et à l'ébruitement de ces affaires de mœurs

---

[744] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome cinquième, « Concubinage », Page 96.
[745] *Ibidem*.
[746] MUYART DE VOUGLANS Pierre-François, *op. cit.*, Pages 491-492.
[747] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *op. cit.*, Tome Premier, « Concubinage ».
[748] JOUSSE, *op. cit.*, Pages 294-295.
[749] *Idem*, Page 294.

fâcheuses pour l'Église.[750] A l'égard des membres du clergé (comme pour les nobles), la peine infligée par la lettre de cachet pouvait quelquefois, au lieu de l'emprisonnement, être l'exil.[751] Un ecclésiastique débauché, Louis Hyacinthe d'Hautecour, abbé de Longué, était accusé de vivre en *concubinage notoire avec sa servante*, il fut *d'abord admonesté par le cardinal de Noailles*, *puis condamné à quelques mois de séminaire*, peine qu'il refusa d'exécuter, à la suite de quoi il fut *envoyé dans un couvent*. En 1702, sa détention au prieuré de Saint-Lazare fut ordonnée par lettre de cachet.[752] L'un des rapports produit par un inspecteur du lieutenant général de police Sartine,[753] faisait état d'un prêtre concubinaire : *1er mars 1765, le Père Gabriel, Récollet*[754]*, (trouvé) sous le lit, en chemise, d'Agnès Viard. Il vivait avec cette ci-devant vivandière depuis sept à huit mois*. Un autre rapport désignait un haut dignitaire ecclésiastique : *L'abbé de Saint-Hermine,* [...], *aumônier de la reine, vit avec la sœur du doyen du Grand Conseil*.[755] Dans un rapport du subdélégué de Caen, rédigé en 1769, il apparaît qu'un jeune abbé, l'abbé Bacilly fut arrêté par ordre du roi pour avoir *mit en chambre* une jeune ouvrière et l'avoir pourchassé *à la ville et à la campagne*.[756]

Cette répression de l'impudicité des clercs s'observe au delà des frontières du royaume de France. Elle eut lieu notamment dans les Pays-Bas du XVIe siècle, où le Conseil de Luxembourg publia une ordonnance le 29 janvier 1582 contre les concubines des Gens d'Église[757], dont les motifs étaient les suivants : *Sa Majesté étant informée du désordre qui est audit pays de Luxembourg et comté de Chiny, fort fréquent et commun à l'endroit de plusieurs curez et autres gens d'Eglise qui tiennent publiquement et scandaleusement concubines et autres femmes malfamées et suspicionnées, avec leurs enfants, tant en leurs maisons que au dehors au grand scandale et mauvais exemple du simple publique* […] ; et dans laquelle

---

[750] *Cf.* QUÉTEL Claude, *De par le Roy, Essai sur les lettres de cachet*, Privat, Toulouse, 1981, Pages 96-97. *Un seul membre du clergé qui fait scandale compromet le corps ecclésiastique tout entier. Là, plus qu'ailleurs, la répression se doit d'être discrète.*
[751] *Idem*, Page 130.
[752] *Id.*, Page 186.
[753] *Id.,* Page 113. Sartine fut lieutenant général de police de Paris de 1759 à 1774.
[754] Nom de religieux.
[755] QUÉTEL Claude, *op. cit.*, Page 114.
[756] *Idem*, Pages 141-142.
[757] DUPONT-BOUCHAT Marie-Sylvie, « Les nouvelles conduites sexuelles au XVIe et XVIIe siècles, Discours de l'Église et Discours du Droit Laïque », dans POUMAREDE Jacques et ROYER Jean-Pierre (dir.), *Droit, Histoire et sexualité*, Lille, L'espace juridique, 1987, Page 109. L'auteur considère qu'il s'agit d'*un bel exemple de cette collaboration active du pouvoir civil à la réforme des mœurs, ou de l'extension de la compétence des juridictions laïques aux domaines religieux*.

Philippe II *ordonne que le Procureur général du Conseil fasse procéder contre les concubines et menace les officiers royaux d'agir contre eux s'ils ne se montrent pas assez zélés*.[758] Au XVIe siècle également, en Franche-Comté[759], se manifesta *une véritable moralisation de la société en réaction aux progrès des réformés*. Parmi les principales catégories de personnes désignées responsables d'une dépravation morale de la société, *les concubines des religieux* furent particulièrement visées.[760] Les autorités civiles luttèrent beaucoup plus contre le concubinage des ecclésiastiques que l'archevêque.[761] Par exemple, à Besançon, des *chambrières garces et concubines des prêtres* furent expulsées.[762]

Les ministres du culte protestant formaient une catégorie à part puisqu'ils avaient la possibilité de se marier, n'étant pas contraints au célibat, on peut en déduire qu'ils étaient probablement moins enclins au concubinage que leurs homologues catholiques. La législation royale admettait le mariage des ministres du culte protestant : l'édit de mai 1576 *sur la pacification des troubles du royaume, les protestants, les religionnaires fugitifs, la convocation des Etats-Généraux, etc.*, rendu par Henri III, édictait à l'article 9 : *Pour le regard des mariages des prestres et personnes religieuses qui ont esté cy devant contractez, nous ne voulons ny entendons pour plusieurs bonnes considérations, qu'ils en soyent recherchez ny molestez : imposans sur ce silence à nos procureurs généraux et autres nos officiers. Déclarons néanmoins que les enfants issus desdits mariages pourront succéder seulement aux meubles, acquets et conquets immeubles de leurs pères et mères : ne voulans que lesdits religieux et religieuses profez puissent venir à aucune succession directe ny collatérale*.[763]

---

[758] *Ordre du Conseil Provincial de Luxembourg contre les Concubines des Gens d'Eglise*, 1582, dans *Recueil d'édits, ordonnances, déclarations et règlements concernant le duché de Luxembourg et Comté de Chiny*, Luxembourg, 1691, Pages 120 à 122, cité par DUPONT-BOUCHAT Marie-Sylvie, *ibidem*.

[759] La souveraineté sur le Comté fut exercée par les Habsbourg, du traité de Senlis du 24 mai 1493, jusqu'à l'annexion française, par le traité de Nimègue, le 17 septembre 1678.

[760] *Cf*. ROCHELANDET Brigitte, *Destins de femmes en Franche-Comté*, *XVIe-XVIIIe siècles*, Besançon, Cêtre, 2005, Pages 138 à 140. L'auteur relève que leurs *mœurs sont, selon les archives, diablement dissolues*.

[761] *Idem*, Page 138. *Pour résorber leurs « abominables pratiques de concubinages » répertoriées dans toute la province, les autorités catholiques, la municipalité bisontine et le parlement de Dole promulguent à la même époque des lois châtiant et expulsant « les femmes hantant suspectement » ou ayant des « conversations suspectes » avec les religieux comtois. Le parlement édite une loi dès février 1532, réitéré en 1608, preuve de la constance des faits*.

[762] *Ibidem*. A la suite de cette affaire, il fut décidé que les servantes des clercs devaient avoir au moins cinquante ans. Aucune autre précision sur la décision d'expulsion ne figure dans l'ouvrage.

[763] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XIV (1ère partie), Page 283.

L'article 8 des *Articles secrets ajoutés à l'édit précédent,*[764] *relatifs à la religion,* à Bergerac, le 17 septembre 1577 prescrivit de semblables dispositions quant à la validation du mariage des prêtres.[765] Puis, dans l'édit de Nantes rendu en avril 1598, ces prescriptions furent réitérées à l'article 39.[766] Il apparaît donc que les enfants des pasteurs, sans être déclarés illégitimes, se voyaient lésés dans leur droit à l'héritage.

Quant aux enfants issus des unions concubinaires des membres du clergé catholique, ils furent voués à la bâtardise. En effet, ceux qui contrevenaient à la morale en s'unissant en dehors de l'état conjugal, qu'ils fussent des clercs ou des laïcs, étaient frappés à travers leurs enfants, et cette mise à l'index se traduisait également par l'incapacité des concubins de se faire des libéralités entre eux.

---

[764] *Idem*, Tome XIV (1ère partie), Page 330. L'édit qui précédait était l'édit *de pacification des troubles du royaume* rendu à Poitiers en septembre 1577. Il est précisé dans la note 1 : *cet édit est en grande partie la confirmation de celui de mai 1576*.
[765] *Id.*, Tome XIV (1ère partie), Pages 331-332.
[766] *Id.*, Tome XV, Page 206.

Titre II – Des conjonctions illicites et des sanctions afférentes

Des mesures de réprobation des unions illégitimes furent opérées, d'une part, par l'avilissement et l'isolement des enfants issus de ces conjonctions, (chapitre 1) et d'autre part, par l'impossibilité ou la restriction de la capacité de transmission des biens entre concubins (chapitre 2).

Chapitre 1 – La filiation hors mariage blâmée

Les relations charnelles hors mariage inspiraient une haine profonde à la société chrétienne. D'autant plus que la rigueur de la contre-réforme tridentine avait largement contribué à renforcer la lutte contre les liaisons extra-conjugales dans le but de les annihiler ; ainsi l'illégitimité déclina immédiatement dans la seconde moitié du XVIe siècle.[767] Puis, à partir de la seconde moitié du XVIIIe siècle, la proportion de naissances illégitimes augmenta.[768] Les bâtards[769], fruits d'unions hors mariage, furent, par conséquent, rejetés hors

---

[767] SOHN Anne-Marie, « Concubinage et illégitimité », dans *Encyclopedia of European Social History*, 2001, Page 259. L'auteur constate que le taux d'illégitimité a baissé aussitôt vers 1560 : il fut de l'ordre de 1%, un peu moins pour les paroisses rurales, et un peu au-dessus pour les villes (car souvent les jeunes paysannes allaient y accoucher en secret).
GOUBERT Pierre et ROCHE Daniel, *Les Français et l'Ancien Régime*, Tome 2 : *Culture et société*, Paris, Armand Colin, 1984, Page 302. Il est fait état de *la proportion extrêmement faible d'enfants illégitimes baptisés à la campagne, et même à la ville : 2%, 3%, parfois à peine 1%.*
DEPAUW Jacques, « Amour illégitime et société à Nantes au XVIIIe siècle », dans *Annales, Économies, Sociétés, Civilisations*, Volume 27, Numéro 4-5, 1972, Page 1155. L'auteur établit que le nombre d'enfants illégitimes fut très faible dans la seconde moitié du XVIIe siècle et dans la première moitié du siècle suivant.
[768] SOHN Anne-Marie, *op. cit.*, Page 260. L'auteur signale que cette proportion fut de 1,8% en 1760-1769, et de 2,6% à la veille de la Révolution (et elle fut encore plus importante à la même époque en ville puisqu'elle oscilla entre 8 et 12%, et même 30% pour Paris).
GOUBERT Pierre et ROCHE Daniel, *ibidem*. Les auteurs remarquent la forte croissance du taux d'illégitimité après 1750.
Cf. DEPAUW Jacques, *op. cit.*, Pages 1155 et 1161 à 1163. L'auteur observe cet accroissement du nombre de bâtards.
[769] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Veuve Desaint, 1777, Tome premier, « Bâtard », Page 229. Selon cet auteur, *ce mot vient du Breton, composé de « bas » et de « sardol germen », comme qui diroit, « sortis de bas germe », de femmes publiques ou de basse condition.*

de la société civile, hors de la famille, et également hors du clergé (section 1). La seule alternative pour être réintégré dans la famille était la légitimation (section 2).

Section 1 – Des enfants mis au ban de la société : les bâtards

Indépendamment de notre volonté, nous naissons, les uns sous le chaume d'une vile cabane, les autres sous les lambris d'un superbe palais ; les uns sous la loi d'un mariage légitime, les autres sous la licence d'une conjonction réprouvée.[770] Ces derniers faisaient l'objet d'une exclusion due à la prééminence de la famille légitime.[771] La mise à l'écart des enfants naturels s'instaura au cours des siècles,[772] et s'aggrava au XVIe siècle. Leur condition juridique était inférieure à celle des enfants légitimes (§ 1) ; cette disgrâce était quelque peu atténuée par une obligation alimentaire (§ 2). Le droit canonique, puis le droit séculier attachèrent au statut de bâtard des déchéances (§ 3). En outre, des distinctions étant observées entre les enfants naturels, ceux engendrés par des clercs furent particulièrement stigmatisés (§ 4).

BART Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Paris, Montchrestien, 2009, Pages 290-291. L'auteur indique que l'origine étymologique de ce terme *demeure douteuse*.

[770] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Nouvelle édition, Tome premier, Paris, Damonneville, 1762, « Bastard », Page 182.

[771] GRIMMER Claude, *La femme et le bâtard, Amours illégitimes et secrètes dans l'ancienne France*, Paris, Presses de la Renaissance, 1983, Page 255. Comme le résume cet auteur, l'enfant illégitime est *le fruit « d'amours interdites ». Sa place dans la société est donc liée à l'idée que chaque civilisation se fait de la sexualité hors mariage.*

[772] VIOLLET Paul, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1886, Pages 389-390. L'auteur établit que *le bâtard n'est pas tombé tout d'un coup au rang avili qu'il occupera plus tard*, mais par une *lente et progressive décadence*. Il montre que *le courant d'opinion défavorable qui devait à la fin triompher* [...] *se montre dès l'époque mérovingienne et il est porté tout à la fois par le flot romain et par le flot religieux*. Toutefois, les anciennes mœurs assimilant les bâtards aux enfants légitimes persistaient, c'est ce que cet auteur démontre à travers quelques exemples concernant l'histoire politique : *en 895, à la diète de Worms, l'empereur Arnoul cède le royaume de Lotharingie à son fils naturel* ; *cinq cents ans plus tard, en 1391, les trois ordres de Béarn élisent pour régent Ivan, fils bâtard de Gaston Phœbus*. Il mentionne aussi qu'*au XIe siècle, Guillaume le Conquérant s'intitule lui-même bâtard*. Et il signale qu'*au XVIe siècle, la qualification de bâtard est acceptée volontiers par de grands seigneurs*.
Sur les législations européennes depuis la fin des temps barbares jusqu'aux dernières du XVIIIe siècle, cf. MORILLOT Léon, « De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge en Europe », dans *Revue historique de droit français et étranger*, Tome douzième, 1866, Pages 526 à 552.

§ 1 : Le statut d'illégitime des enfants issus des unions illicites

La consécration du mariage monogame par l'Église eut pour répercussion une discrimination très nette à l'égard des enfants des couples non mariés. Les pères de l'Église ne voulurent pas condamner la progéniture des fauteurs, mais l'Église se détourna de cette doctrine et déclencha une politique répressive vis-à-vis des enfants naturels.[773] Cette hostilité quant à la filiation hors mariage influença la législation des premiers empereurs romains chrétiens.[774] Au Haut Moyen-Âge, les bâtards étaient, le plus souvent, méprisés.[775] D'Aguesseau (qui rédigea une *Dissertation* sur ce sujet au XVIIIe siècle), prétendait que, sous les mérovingiens et les carolingiens, le nom de bâtard n'était *point odieux*.[776] Du moins, il précisait que cela ne constituait pas une généralité, certains bénéficiaient d'un sort nettement plus enviable que d'autres : les enfants illégitimes des princes et des grands seigneurs qui étaient avoués par leurs pères étaient considérés comme légitimes (la reconnaissance servait à leur égard de légitimation), alors que tous les autres bâtards étaient des serfs.[777] D'Aguesseau rapportait que, par la suite, une ordonnance fut rendue par Hugues Capet qui excluait les bâtards de la succession au trône, défendait qu'on les reconnût dans la famille royale et ne les autorisait à porter les armes de France qu'avec une barre.[778] *Les bâtards des personnes du commun continuèrent sous la troisième race à être serfs*, relevait D'Aguesseau ; *en effet, ils payoient le droit de chevage, comme les autres serfs de mainmorte ; ils encouroient comme eux le droit de formariage, lorsqu'ils épousoient des personnes qui n'étoient pas de leur condition*.[779]

---

[773] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *op. cit.*, Page 251.

[774] *Cf.* TISSERAND Alice, « De l'apparition aux dernières séquelles du statut d'infériorité de l'enfant illégitime », dans GANGHOFER Roland (sld), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 695 à 697.

[775] Sur le sort réservé aux enfants illégitimes dans les législations barbares (celtes, germains, scandinaves, slaves), c*f.* MORILLOT Léon, *op. cit.*, Pages 173 à 187 et spécialement page 177. A propos des germains, cet auteur avançait que *la sévérité des mœurs germaniques, dans tout ce qui touche aux rapports des deux sexes, est un indice certain de la condition fâcheuse des enfants illégitimes*.

[776] D'AGUESSEAU, « Dissertation dans laquelle on discute les principes du Droit Romain et du Droit François par rapport aux Bâtards », dans *Œuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau*, Tome septième, Paris, 1772, Page 404. Il étayait cette affirmation en montrant que *nos Rois de la première et de la seconde Race* ne faisaient aucune différence entre leurs enfants légitimes et ceux qui ne l'étaient pas.

[777] *Ibidem*.

[778] D'AGUESSEAU, *idem*, Page 405.

[779] *Id.*, Pages 405-406.

Mis à part la descendance illégitime des nobles qui était bien considérée,[780] une véritable mésestime à l'égard de la bâtardise progressa lentement dans les mœurs du XIe au XIVe siècle.[781] La déchéance statutaire consistant dans la mise en servitude des enfants illégitimes[782] s'atténua à partir de la fin du XIIIe siècle et tomba progressivement en désuétude au début du XVIe siècle, dès lors, ils furent entièrement libres, *n'ayant aucune tache de servitude*.[783] Il fut généralement admis que les enfants naturels suivaient la condition de leur mère.[784] Ainsi, le sort des enfants illégitimes varia au cours des siècles et selon les coutumes,[785] mais il dépendit aussi du rang social.

Cf. REGNAULT Henri, *La condition juridique du bâtard au Moyen-âge*, Thèse, Caen, 1922, Page 141, cité par CHARPENTIER Jehanne, *Le droit de l'enfance abandonnée, Son évolution sous l'influence de la Psychologie (1552-1791)*, Paris, PUF, 1967, Page 22. Cet auteur apporte un point de vue plus nuancé que D'Aguesseau sur le statut des bâtards au Moyen Age, en relevant la complexité de déterminer, uniquement de par leur naissance, s'ils étaient serfs.

[780] Sur ce point, pour la période des XIe et XIIe siècles, *cf.* POLY Jean-Pierre, *Le chemin des amours barbares, Genèse médiévale de la sexualité européenne*, Paris, Perrin, 2003, Pages 349 à 352.

[781] TISSERAND Alice, *op. cit.*, Page 697.

[782] *Cf.* AMIABLE Louis, « De la condition des enfants illégitimes dans l'ancien droit français », dans *Revue historique de droit français et étranger*, Tome dixième, 1864, Pages 375-376. L'auteur établissait que *leur asservissement* [...] *s'explique par l'influence combinée des principes germaniques, des idées canoniques et des usurpations féodales*.

[783] D'AGUESSEAU, *op. cit.*, Pages 415-416. Il s'appuyait sur Dumoulin pour établir que le changement était arrivé sous le règne de François 1er, et il citait *l'ordonnance par laquelle ce Roi permit en 1534, aux hommes-d'armes et archers (quoique bâtards ou étrangers, et quoiqu'ils n'eussent point obtenu de lettres de légitimation ou de naturalité) de disposer de leurs biens par testament, et même à leurs parens de leur succéder, fait assez connoître qu'on regardoit encore en ce temps les Bâtards, comme étant dans une espèce de servitude ; puisqu'il leur falloit une permission du Prince pour avoir la liberté de disposer de tous leurs biens par testament*.
AMIABLE Louis, *op. cit.*, Page 381. D'après cet auteur, les dernières résultantes de l'état de servitude furent annihilées dans les derniers siècles de l'Ancien Régime, notamment, les droits de chevage et de formariage qui furent abolis (ils le furent même de façon implicite dans certaines coutumes dont celles de Laon (art. 7), et de Reims (art. 338)).
MORILLOT Léon, *op. cit.*, Page 374. Pour cet auteur, les bâtards ne furent plus serfs dès la fin du XIIIe siècle.

[784] LOYSEL, *Institutes coutumières*, livre I, titre I, règle 23. *Naturellement les enfans nés hors mariage suivent la condition de la mère*.

[785] *Cf.* ZINK Anne, « La protection prénatale de l'enfant naturel au XVIIIe siècle », dans GANGHOFER Roland (sld), *op. cit.*, Pages 713 à 715. L'auteur signale que dans certaines régions, les bâtards était traités d'une façon beaucoup moins rigoureuse, c'était le cas en Béarn et en Navarre où ils étaient assimilés à des cadets ; *la coutume de Bayonne parle de « bâtards légitimes », expression qui désigne de simples bâtards nés de l'union de personnes libres*, et *la coutume de Navarre insère l'article qui parle des enfants naturels parmi ceux qui définissent les droits des cadets*. Et elle relève que le nombre de legs à des bâtards et de mariages de bâtards était particulièrement important en Navarre.

Le principe d'exclusion[786] des enfants nés hors mariage comportait une exception en faveur de ceux couverts par le privilège de la noblesse. En effet, les bâtards engendrés par des nobles[787] bénéficiaient d'une certaine complaisance à leur égard. D'ailleurs, aux XVe et XVIe siècles, la bâtardise fut principalement présente dans le milieu nobiliaire, dans une proportion nettement plus importante que pour les roturiers. Les différences régionales sont notables : le nord de la France se différenciait des contrées plus méridionales où les bâtards nobles restaient nombreux (par exemple, le Béarn, le Périgord, le Quercy et l'Auvergne restaient encore attachés à la polygamie nobiliaire au XVIIe siècle). Et dans quelques provinces, les nobles conservèrent la pratique du concubinat, surtout dans le but de garantir la continuité et la puissance du lignage (notamment pour faire face à la forte mortalité due aux guerres privées, aux guerres de religion, à la Fronde). Le statut de l'enfant naturel de la noblesse présentait des particularités puisqu'il n'était pas considéré comme un paria, il possédait les privilèges de son ordre, il conservait *les qualités de sa race*.[788] Mais, Henri IV rendit en mars 1600 un édit *portant règlement général sur les tailles, sur les usurpations du titre de noblesse, les bâtards,* [...], où il décréta à l'article 26 : *Pour le regard des bâtards, encores qu'ils soient issus de pères nobles, ne se pourront attribuer le tiltre et qualité de gentilhomme, s'ils n'obtiennent nos lettres d'ennoblissement, fondées sur quelque grande considération de leur mérites ou de leurs pères, vérifiées où il appartient*.[789] Cette loi remettait ainsi en cause la position privilégiée des enfants illégitimes issus de parents nobles, en les soumettant comme roturiers au paiement de la taille. Toutefois, grâce à une interprétation restrictive du terme *gentilhomme*, l'édit ne fut pas appliqué aux bâtards des princes et des seigneurs.[790] Cet édit fut

---

[786] RENAUT Marie-Hélène, « Le droit et l'enfant adultérin de l'époque romaine à aujourd'hui : ou l'histoire d'un exclu accédant à la vie juridique », dans *Revue historique*, 1997, Tome 297, Page 377. La doctrine de l'Église était récapitulée dans l'adage : *Bâtard exclu de la famille est réputé pour rien*.

[787] *Cf.* GRIMMER Claude, *La femme et le bâtard, Amours illégitimes et secrètes dans l'ancienne France*, Paris, Presses de la Renaissance, 1983, Pages 148 à 152. L'auteur relate qu'aux XVe, XVIe et XVIIe siècles, l'existence d'enfants naturels dans les familles nobles était très fréquente et ce comportement propre à la noblesse était totalement accepté. La vie familiale s'organisait sans rejeter les bâtards, *les conquêtes des mâles de la maison, femmes nobles ou jeunes paysannes* (étaient) *installées comme concubines au château*.

[788] *Cf.* GRIMMER Claude, *op. cit.*, Pages 168-169 et 174 à 177.

[789] ISAMBERT, TAILLANDIER, DECRUSY, *op. cit.*, Tome XV, Pages 226 et 234.

[790] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille,* Paris, PUF, 1996, Page 317.

GRIMMER Claude, *op. cit.*, Pages 177-178. L'auteur cite à propos de cette loi un extrait du *Traité des ordres et simples dignités* de Loyseau : *J'estime qu'il faut restreindre cette rigoureuse ordonnance qui sans doute est contraire à l'ancienne coutume de France attestée par tous nos docteurs et attendu qu'elle ne parle simplement que des gentilshommes. Il ne la faut pas étendre aux bâtards des seigneurs. Et qui voudrait dire qu'un bâtard de grand seigneur dût payer la taille? Aussi ai-je lu quelque part une résolution fort équitable en cette matière, à*

confirmé avec une certaine rigueur par l'ordonnance du 15 janvier 1629 rendue par Louis XIII (qui ne fut jamais appliquée), l'article 197 disposait : *Ne seront tenus pour nobles les bâtards des gentilshommes : et en cas qu'ils ayent été ennoblis par les rois nos prédécesseurs, ou par nous, eux et leurs descendans seront tenus de porter en leurs armes une barre qui les distingue d'avec les légitimes : et ne pourront prendre les noms des familles dont ils seront issus, sinon du consentement de ceux qui ont intérêt.*[791] La prescription fut réitérée dans un édit de janvier 1634 sur les tailles et l'usurpation des titres de noblesse.[792] Ainsi, au XVIIe siècle, les bâtards de la noblesse n'étaient plus nobles par naissance (le parlement de Paris, dans un arrêt du 14 février 1639, jugea que le bâtard d'un baron était roturier) ; la déchéance ayant touché la petite noblesse alors que la haute noblesse sollicita des lettres de légitimation.[793] La *polygamie* et la bâtardise nobiliaires furent beaucoup moins admises.[794] On constate donc une évolution de la situation des bâtards de nobles : la réprobation sociale dont était l'objet la bâtardise finit par atteindre les membres de la noblesse au cours du XVIIe siècle.

Les bâtards étaient définis, de façon générale, comme les enfants nés d'une conjonction illicite. Ce terme recouvrait plusieurs types de bâtardise, en fonction de la gravité de la faute à l'origine de leur naissance. D'abord, il comprenait ceux qualifiés de simples bâtards qui étaient nés de deux personnes absolument libres, et qui pouvaient se marier

---

savoir que, n'étant raisonnable que les bâtards soient en pareille dignité et degré d'honneur que les enfants légitimes, ils doivent toujours être mis d'un degré plus bas qu'eux : de sorte que les bâtards des rois sont princes, ceux des princes sont seigneurs, ceux des seigneurs sont gentilshommes et ceux des gentilshommes sont roturiers.

[791] ISAMBERT, TAILLANDIER, DECRUSY, *op. cit.*, Tome XVI, Page 279.

[792] ISAMBERT, TAILLANDIER, DECRUSY, *op. cit.*, Tome XVI, Page 392. L'article 5 édictait : *Les bâtards, quoiqu'ils soient issus de pères nobles, ne se pourront attribuer le titre et qualité de gentilshommes, s'ils n'obtiennent nos lettres d'anoblissement* [...].

[793]GRIMMER Claude, *op. cit.*, Pages 178-179 et 185.

[794] GRIMMER Claude, *op. cit.*, Pages 178. L'auteur illustre ce mouvement moralisateur par l'exemple d'une femme qui avait lutté contre la *polygamie* de son mari. Les faits s'étaient déroulés en Haute-Auvergne, Cécile Servières avait épousé François Cat de Rastinhac, sieur de Chamfleury en 1642. Cinq enfants naquirent de leur union. Le sieur de Chamfleury installa une jeune fille chez lui, et elle lui donna au moins quatre bâtards. Cécile Servières voulut faire cesser cette situation et demanda au curé d'intervenir. Celui-ci avertit l'évêque, qui excommunia le mari. Sur la promesse de ne plus forniquer, le mari obtint l'absolution. Plus tard, il fit revenir sa concubine. L'épouse légitime porta plainte le 5 mai 1676. Le juge expulsa la fille de la paroisse et les bâtards demeurèrent chez leur père.

ensemble au moment de la conception : *ex soluto et soluta*.[795] Les autres étaient issus de conjonctions plus criminelles : les bâtards adultérins et les bâtards incestueux. Les bâtards adultérins étaient ceux qui avaient été procréés par des personnes unies à d'autres par *le lien sacré du mariage*, ceux-ci pouvaient être adultérins par leur père et leur mère ou seulement par l'un d'entre eux. Quant aux bâtards incestueux, il s'agissait de ceux nés de personnes ne pouvant contracter mariage ensemble, en raison d'un lien de parenté qui les unissait.[796] La qualité de bâtard simple, adultérin ou incestueux s'appréciait donc, selon l'état des parents, au moment de la conception. Les enfants exposés étaient mis au rang des bâtards au XVIe siècle,[797] leur statut fut, par la suite, modifié : ils furent juridiquement considérés comme des enfants légitimes.[798] L'illégitimité des enfants influait sur leur traitement lorsqu'ils avaient été abandonnés et que l'on connaissait leur origine bâtarde. Les pouvoirs publics et les institutions recueillant des enfants redoutaient d'encourager les mauvaises mœurs en acceptant les bâtards, c'est pourquoi, du XIe au XVIe siècle, ils exclurent, le plus souvent, les enfants qui n'étaient pas nés d'un mariage légitime ; puis cette intransigeance pour les admissions dans les établissements hospitaliers s'atténua.[799] La survie de ces enfants s'avérait encore plus précaire que celle des orphelins légitimes dans les hôpitaux chargés de les accueillir ; la faute attachée à leur naissance peccamineuse se répercutait sur les bâtards eux-mêmes et ils furent regardés comme des futurs dépravés qu'il fallait corriger.[800] Désirant lutter contre ce traitement défavorable des bâtards, Vincent de Paul, au XVIIe siècle, chercha à faire bénéficier ces enfants de la bienfaisance en repoussant cette image de paria qu'il leur avait été attribuée.[801]

---

[795] De surcroit, on répertoriait d'autres bâtards, appelés *spurii, quasi sine patre nati*, qui étaient ceux nés d'une femme de mauvaise vie et d'un père absolument incertain ; à la différence des autres catégories, leur mère ne pouvant déterminer le père.

[796] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome Premier, « Bastard », Page 181.
DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome premier, « Bâtard », Page 229.
GUYOT, Tome second, *op. cit.,* « Bâtard », Page 217.

[797] CHARPENTIER Jehanne, *op. cit.*, Page 87.

[798] GUYOT, Tome second, *op. cit.,* « Bâtard », Page 227. *Les enfans qui ont été exposés ne sont pas présumés Bâtard*s [...] *Dans le doute, il faut prendre le parti qui tend à déclarer un enfant légitime*.
LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *op. cit.*, Page 254, note 7. L'auteur énonce que *cette présomption de légitimité, socialement inexacte, a été édictée en faveur de l'enfant, par le droit laïc (le droit canonique est muet sur ce point) en vertu du principe que les cas odieux doivent être restreints et qu'en cas de doute, c'est la solution favorable qui doit l'emporter.*
RENAUT Marie-Hélène, *op. cit.*, Pages 377, note 14 et 382, note 24.

[799] *Cf.* CHARPENTIER Jehanne, *op. cit.*, Pages 25 à 32, 36 et 46.

[800] *Cf.* KNIBIEHLER Yvonne et FOUQUET Catherine, *Histoire des mères du Moyen-Âge à nos jours*, Paris, Montalba, 1980, Page 133.

[801] *Cf.* CHARPENTIER Jehanne, *op. cit.*, Pages 64 à 74.

Le mariage est regardé parmi toutes les nations policées comme la seule source de la légitimité ; ainsi les qualités de mari et de femme sont absolument nécessaires pour donner l'être à un enfant légitime ; de ce principe dérivait la conséquence[802] que rappelait Guyot : *il ne peut naître que des bâtards d'un mariage contracté entre personnes auxquelles les lois défendent de s'unir*.[803] L'ordonnance de 1629, à l'article 169,[804] qui déclarait nuls les mariages contractés consécutivement à un rapt et donc sans le consentement des parents, décréta que *les enfans qui viendront desdits mariages soient et demeurent bâtards et illégitimes, indignes de toutes successions directes et collatérales qui leur pourroient échoir*[805] ; toutefois, comme cela a déjà été signalé, elle ne fut pas appliquée, et il semble qu'aucune autre loi ne prononçait expressément la bâtardise de ces enfants. Les couples mariés sans le consentement de leurs parents, ainsi que leur descendance, étaient privés des effets civils du mariage par l'article 2 de la déclaration de 1639.[806] La jurisprudence, appliqua parfois les ordonnances royales de façon pondérée, afin de protéger l'état légitime des enfants contre les demandes de collatéraux, elle n'annula pas systématiquement les mariages contractés sans les formalités prescrites. La volonté de prendre en compte, dans l'intérêt des enfants, la possession d'état est identifiable lorsque d'Aguesseau proclamait dans l'un de ses plaidoyers : *si l'utilité publique demande qu'on observe rigoureusement les solennités essentielles prescrites par les lois, la même utilité ne permet pas qu'on expose l'état des enfants et les destinées des familles aux caprices même d'un père et d'une mère irrités qui veulent les sacrifier plutôt à la passion qu'à la justice. Le nom de mariage est un nom si puissant, que son ombre seule suffit pour purifier en faveur des enfants le principe de leur naissance. L'état tient compte aux parents de l'intention qu'ils ont eue de lui donner des enfants légitimes ; ils ont formé un engagement honnête ; ils ont cru suivre l'ordre prescrit par la loi pour laisser une postérité légitime ; on ne laisse pas de récompenser en eux le vœu, l'apparence, le nom de mariage, et l'on regarde moins ce que les*

---

[802] *Consignée par l'empereur Justinien dans ses institutes, titre de nuptiis*.
[803] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimité », Page 335.
[804] *Supra* Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 2.
[805] ISAMBERT, TAILLANDIER, DECRUSY, *op. cit.*, Tome XVI, Pages 273-274.
Cf. P.-LÉVY Françoise, *L'amour nomade, La mère et l'enfant hors mariage (XVIe- XXe siècle)*, Paris, Seuil, 1981, Pages 187 à 189. L'auteur montre de quelle manière, au XVIIe siècle, la loi transfigura la légitimité en illégitimité. *Contre les unions libres, contre les mésalliances, contre les effets moraux et sociaux du « privilège bâtard », elle restreint, ferme, sanctionne, illégalise le sexe, reformule la notion de famille et dans ce travail la bâtardise est une pièce de choix, cible et arme à la fois.*
[806] *Supra* Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 2.

enfants sont, que ce que les pères et mères ont voulu qu'ils fussent. Ainsi, la bonne foi de ceux qui contractait ces mariages importait pour assurer la légitimité des enfants. De plus, dans cette espèce, l'union réprouvée par les lois ne subsistait plus, les époux étant décédés, c'est pourquoi d'Aguesseau déclarait par la suite : *lorsque les soupçons sont cachés dans l'ombre de la mort, lorsque l'état n'est plus contesté que par rapport à des intérêts temporels, on s'attache moins rigoureusement aux formalités pour prononcer en faveur de la possession, comme la loi la plus sûre et la plus inviolable pour régler l'état des parties*.[807] L'arrêt rendu par le parlement de Paris, le 3 août 1694, fut conforme aux conclusions de l'avocat général d'Aguesseau. Un nombre non négligeable d'arrêts avaient été et furent rendus sur le fondement des mêmes principes.[808] Il s'avère nécessaire de s'interroger sur les enfants issus d'un mariage privé des effets civils : étaient-ils mis au rang des bâtards ? [809] D'après la jurisprudence, les enfants issus d'un mariage secret n'étaient pas des bâtards. Dans un arrêt rendu par le parlement de Paris, le 24 juillet 1704, un enfant né d'un mariage tenu secret, fut privé de toutes successions tant directes que collatérales, sans être déclaré illégitime.[810] Pothier se prononça sur la qualité des enfants issus des mariages tenus secrets jusqu'à la mort de l'un des conjoints, et de ceux dont les parents s'étaient mariés *in extremis* : *ces espèces de mariages, qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils. Ces enfants*, disait-il, *n'ont pas, à la vérité, les droits que les effets civils du mariage donnent aux enfants, tels que les droits de famille, de succession, de douaire, de légitime, etc. mais le mariage dont ils sont nés, étant un véritable mariage, ils ne sont pas bâtards, et ils sont en conséquence capables d'être promus aux Ordres sacrés, et aux Bénéfices*.[811]

---

[807] D'AGUESSEAU, Trente-troisième plaidoyer, cité par BEAUCHET Ludovic, « Étude historique sur les formes de célébration du mariage dans l'ancien droit français », dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger,* 1882, Pages 649 à 651 ; et MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5e édition, Tome quatorzième, Garnery, 1828, « Religionnaires », Page 491.

[808] BEAUCHET Ludovic, *ibidem*. Cet auteur citait un arrêt du parlement de Dijon de 1680 dans lequel une fille née d'un mariage conclut en violation flagrante de l'ordonnance de 1639 *fut maintenue dans la jouissance des biens de ses parents mariés sans solennités* ; et MERLIN, *ibidem*. Merlin rapportait deux arrêts fondés sur des principes semblables

[809] BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Pages 101-102. Cet auteur, à propos de l'appréhension des mariages privés d'effets civils, évoque *combien ce système était fécond en contradictions*.

[810] LE RIDANT, *Code matrimonial*, Herissant, Paris, 1766, Seconde partie, « Mariage secret et clandestin », Page 195.

[811] POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, Tome second, *op. cit.*, n° 436, Page 65.

Puisque les enfants naturels étaient proscrits de la famille, ils n'étaient pas soumis à la puissance paternelle, et le consentement de leurs père et mère pour contracter un mariage n'était pas nécessaire. Un bâtard, mineur, pouvait se marier valablement sans le consentement de sa mère naturelle, c'est ce qui fut jugé dans un arrêt du parlement de Paris du 1er février 1662.[812] Si les enfants naturels n'entraient dans aucune famille, cela ne valait pas par rapport aux mariages entre bâtards frères et sœurs consanguins ou utérins. Le seul lien naturel du sang, lorsque la preuve pouvait être acquise par une notoriété publique et autrement, constituait un empêchement civil et dirimant à de pareils mariages.[813]

Quant à la compétence pour juger des affaires portant sur la filiation hors mariage, elle appartint de façon substantielle aux officialités jusqu'au XVIe siècle inclus (puisqu'elles s'étaient attribuées la connaissance des questions relatives aux unions illégitimes), concurrencées à partir du XIVe siècle par la justice séculière. La compétence des juges ecclésiastiques s'amoindrit de façon conséquente au cours du XVIIe siècle, pour se limiter aux espèces où l'auteur était un clerc. Fournel, dissertant sur les demandes en déclaration de paternité, énonçait que *les Officiaux ne sont point compétens pour connoître de pareilles demandes, à moins que l'accusé ne soit engagé dans l'état Ecclésiastique*.[814] De leur côté, les tribunaux royaux, pour régler les conflits attachés à la filiation hors mariage se fondèrent sur les principes et la jurisprudence élaborés par les juges d'Église.[815]

§ 2 : De l'établissement de la filiation naturelle au droit aux aliments

Ne résolvant en rien son exclusion des familles de ses père et mère, l'établissement de la filiation d'un bâtard servait seulement à indiquer qui devait assurer son entretien. Pour la société, cela constituait une nécessité afin d'éviter une amplification du nombre d'enfants abandonnés dont elle avait la charge.

---

[812] GUYOT, Tome second, *op. cit.,* « Bâtard », Page 225.
[813] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome premier, « Bâtard », Page 229.
[814] *Cf.* FOURNEL, *Traité de la séduction considérée dans l'ordre judiciaire*, Paris, Demonville, 1781, Pages 92 à 95.
[815] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *op. cit.*, Page 252.

La filiation maternelle s'établissait simplement par la preuve de la naissance de l'enfant, la naissance devant être consignée dans les registres paroissiaux, et pouvait être prouvée par tous moyens. La détermination de la maternité naturelle pouvait être réalisée par le biais d'une déclaration de grossesse. Les déclarations de grossesse entrainèrent parfois des procédures particulières, dont la procédure de séquestre, qui se déroulait à la suite d'une déclaration de grossesse : à la requête du procureur fiscal, le juge prononçait une décision de séquestre par laquelle la future mère était confiée à la garde d'une personne ; elle fut édictée dans un arrêt du parlement de Toulouse du 11 décembre 1537.[816] Cette procédure, qui était une mesure de protection pour l'enfant et la future mère, fut très peu répandue.[817]

Un édit fut rendu par Henri II, en février 1556, contre le recel de grossesse et d'accouchement, pour empêcher les avortements et les infanticides[818] commis par des *femmes ayans conceus enfans par moyens deshonnestes, ou autrement* ; donc il visait tout particulièrement celles qui étaient enceintes à la suite de relations charnelles illicites. A cet effet, il fut décrété *que toute femme qui se trouvera deuëment atteinte et convaincuë d'avoir célé, couvert et occulté, tant sa grossesse que son enfantement, sans avoir déclaré l'un ou l'autre, et avoir pris de l'un ou de l'autre tesmoignage suffisant, mesme de la vie ou mort de son enfant lors de l'issuë de son ventre, et après se trouve l'enfant avoir esté privé, tant du saint sacrement de baptesme, que sépulture publique et accoustumée, soit telle femme tenuë et réputée d'avoir homicidé son enfant. Et pour réparation punie de mort et dernier supplice, et de telle rigueur que la qualité particulière du cas le méritera : afin que soit exemple à tous, et que cy après n'y soit fait aucun doute ni difficulté*.[819] Cette loi, en établissant une présomption d'infanticide, instaurait une surveillance étroite des femmes enceintes, témoignant d'une défiance certaine envers elles. En outre, en 1586, le roi Henri III ordonna que les juges royaux et autres étaient tenus de faire publier cette loi tous les trois mois, et qu'elle devait être lue et

---

[816] *Cf.* ZINK Anne, *op. cit.*, Pages 705 à 709, spécialement pages 708-709. L'arrêt du parlement de Toulouse enjoignait *à tous les juges et sénéchaux sitôt qu'il leur apparaitra aucune femme non mariée être enceinte, de la faire mettre sous seure garde, enfin d'éviter les inconvénients qui journellement s'ensuivent.*

[817] *Cf.* ZINK Anne, *op. cit.*, Pages 705, 707 et 710 à 715. L'étude concernait la juridiction du vicomté d'Orthe (dans la sénéchaussée de Dax, ressort du parlement de Bordeaux), où ces mesures de séquestre furent fréquemment prises.

[818] Sur les raisons expliquant la parution de l'édit, *cf.* PHAN Marie-Claude, « Les déclarations de grossesse en France (XVIe-XVIIIe siècles) : essai institutionnel », dans *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Tome XXII, 1975, Pages 68-69.

[819] ISAMBERT, DECRUSY, ARMET, *op. cit.*, Tome XIII, Pages 471 à 473.

publiée au prône des paroisses.[820] Considérant que *la licence et le dérèglement des mœurs* [...] *ont fait de continuels progrès depuis le temps de cet édit*, et ajoutant que le parlement de Paris avait jugé la publication nécessaire par un arrêt du 19 mars 1698, la déclaration du 25 février 1708 réitéra cette prescription.[821] De plus, les parlementaires répétèrent l'injonction dans un grand nombre d'arrêts (particulièrement à la suite de la déclaration de 1708),[822] ce qui montre la forte suspicion vis-à-vis des femmes aux XVIIe et XVIIIe siècles.

L'édit de 1556 ne fut pas réellement à l'origine des déclarations de grossesse, puisque d'une part, elles existaient préalablement à cette loi, il s'agissait, entre autres, de *déclarations-requêtes* constituant le point de départ de l'action judiciaire engagée contre l'auteur de la grossesse aux fins du paiement des frais de gésine ou de l'entretien de l'enfant.[823] D'autre part, la forme judiciaire prise par les déclarations n'avait pas été établie dans l'édit. Par ailleurs, l'exigence des déclarations de grossesse était quelquefois fondée sur des mesures prises par certaines municipalités.[824] Il apparaît qu'il n'y eut aucun texte s'appliquant à l'ensemble du royaume pour éclaircir les modalités d'application de l'édit de 1556. Effectivement, il ne précisait pas le genre de déclaration qu'il exigeait, et, selon Denisart, il était d'usage de la faire

---

[820] FREMINVILLE Edme de la Poix, *Dictionnaire ou traité de la police générale des villes, bourgs, paroisses, et seigneuries de la campagne*, Paris, Chez les Associés au Privilège des Ouvrages de l'auteur, 1771, « Grossesses cachées », Page 371. Les termes de la loi étaient repris dans cet ouvrage : *Afin que nulle femme et chambrière ou autre ne pusse prétendre cause d'ignorance ci-dessus, enjoignons à tous Curés de publier et dénoncer au Peuple le contenu de ladite Ordonnance à leurs Prônes des Messes Paroissiales de trois mois en trois mois, et que tant nos Procureurs que les Seigneurs Hauts Justiciers tiennent la main à ladite Publication*.
Cet édit (qui daterait de 1585 selon FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome Premier, « Grossesse », Page 699) ne figure pas dans ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XIV.
PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Page 70.

[821] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XX, Pages 527 à 529. Cette déclaration disposait que *l'édit du roi Henri II, du mois de février 1556, soit exécuté selon sa forme et teneur ; ce faisant que ledit édit soit publié de trois mois en trois mois, par tous les curés ou leurs vicaires, aux prônes des messes paroissiales*. Et elle enjoignait *auxdits curés et vicaires de faire ladite publication, et d'en envoyer un certificat signé d'eux à nos procureurs des bailliages et sénéchaussées, dans l'étendue desquels leurs paroisses sont situées*, et elle prévoyait de les y contraindre en cas de refus.

[822] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome second, « Grossesse », Page 444. Il citait un arrêt de règlement du 16 mars 1731 (rendu sur l'appel d'une sentence de la sénéchaussée de Chabannois), qui enjoignait aux juges du ressort, *lorsqu'ils auront jugé les femmes et filles accusées d'avoir célé leur grossesse et l'enfantement, d'y joindre un certificat signé d'eux, contenant la dernière publication qui en aura été faite* ; et *aux chirurgiens qui seront appelés pour visiter les cadavres des enfants dont lesdites femmes et filles seront accouchées, de déclarer dans leur rapport si lesdits enfans sont venus à terme et vivans.*
Cf. PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Pages 70-71.

[823] Sur l'usage des déclarations de grossesse avant 1556, *cf.* PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Pages 65 à 68.

[824] *Cf.* DEPAUW Jacques, *op. cit.*, Page 1157. A Nantes, ce fut en 1725 que les autorités municipales adoptèrent cette mesure.

en justice ; le juriste relatait qu'à Paris, les commissaires (du Châtelet) recevaient ces déclarations, et que dans d'autres lieux, elles se faisaient au greffe.[825] De manière générale, la déclaration pouvait être faite à n'importe quel juge, ou magistrat du ministère public et même à un notaire.[826] La jurisprudence considéra parfois comme valables les déclarations de grossesse et de naissance faites à des personnes privées, sous la condition d'un *témoignage suffisant* (comme l'imposait l'édit) de ces personnes.[827] S'agissant de la désignation du séducteur, les officiers qui recevaient ces déclarations ne pouvaient pas exiger que la déclarante indiqua le père de l'enfant. C'est ce qui résultait d'un arrêt du 28 mars 1637.[828] Les officiers devaient mentionner le nom du père de l'enfant à naitre si elle le nommait.[829] La raison de la séduction, lorsqu'elle figurait dans la déclaration, était très fréquemment une promesse de mariage faite à la suite d'une liaison d'une durée conséquente. Il apparaît que dans quelques déclarations, des femmes rapportaient une situation de leur couple qui s'apparentait à un concubinage stable.[830] De fait, à travers les mentions portées sur les déclarations de grossesse, il s'avère possible de déceler des cas de concubinage notoire, qui plus est, dans certaines déclarations, les déclarantes faisaient expressément état de leur statut de concubinaire ; toutefois la proportion de couples stables apparaissant dans les déclarations semble faible.[831]

---

[825] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome second, « Grossesse », Page 444. Il affirmait qu'elles devaient être reçues sans frais en rapportant que *M. le Chancelier a sur cela donné des ordres très précis en 1747*. Néanmoins, cette consigne ne concernait pas tout le royaume, il s'agissait d'une réponse du chancelier (qui *avoit reconnu des abus dans la Province de Languedoc par rapport à l'exécution de l'Ordonnance de Henri II)* adressée à l'intendant du Languedoc, *cf.* FREMINVILLE Edme de la Poix, *op. cit.*, « Grossesse cachée », Page 374.

[826] *Cf.* PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Pages 78-79.

[827] Sur cette pratique qui semble n'avoir été que peu suivie, et sur la validité particulièrement contestable des déclarations faites devant les curés, *cf.* PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Page 79.

[828] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome second, « Grossesse », Page 444. Dans cet ouvrage, la date indiquée était 1737, ce qui est vraisemblablement erroné puisqu'il était précisé que cet arrêt fut rapporté par Du FAIL.
Du FAIL N., *Mémoires des plus notables et solennels arrest du Parlement de Bretagne*, Paris, 1654, Page 1185, cité par PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Page 80.

[829] DENISART Jean Baptiste, *ibidem*.

[830] DEPAUW Jacques, *op. cit.*, Pages 1172-1173. L'auteur relève (pour la période allant de 1772 à 1787) des déclarations où la fille indiquait des fréquentations d'une durée conséquente : deux, trois ans, et même cinq ou six. Il analyse ces cas de relations hors mariage en milieu urbain : *dès qu'elle n'est plus encadrée par de solides structures sociologiques (le village, la paroisse ou la famille) que la ville en expansion tend à dissoudre, il n'est pas étonnant que la plus grande liberté avec laquelle les couples vivent l'épanouissement de leur amour se traduise de cette manière*.

[831] *Cf. idem*, Pages 1176-1177. L'auteur relève des cas de concubinage notoire, ce sont des couples ayant *un comportement de couples légitimes*, certains ne pouvaient pas se marier probablement en raison d'un mariage précédent, pour la plupart, il semble difficile de déterminer la raison : *s'y refusent-ils, ou plutôt, ne s'en soucient-ils pas?* Dans ces couples *très peu nombreux* étudiés par Jacques Depauw, il y avait parmi les hommes un

Il n'existait pas, aux termes de la loi, d'obligation de déclaration. Pourtant, de nombreuses autorités (souvent des procureurs fiscaux) cherchèrent à y contraindre les femmes.[832] Les juges interprétèrent d'une manière restrictive la présomption d'infanticide établie par l'édit de Henri II en exigeant la réunion de plusieurs éléments constitutifs : un double recel de grossesse et d'accouchement, et la privation pour l'enfant mort à la fois d'un baptême et d'une sépulture publique.[833] Certains jugements furent particulièrement rigoureux envers des femmes coupables de recel de grossesse.[834] Les déclarations de grossesse, en dehors de ces fonctions de prévention des infanticides et d'établissement de la maternité, servaient à indiquer de façon provisoire le père de l'enfant.[835] Et ainsi, elles pouvaient constituer un préliminaire à l'établissement de la paternité.

La recherche de paternité naturelle avait été conçue par les juges d'Église.[836] Cette recherche judiciaire, créée en faveur de la mère et de l'enfant, avait un fondement pénal en raison des relations charnelles hors mariage à l'origine de la conception. Le droit canonique avait prévu de multiples actions permettant aux femmes déshonorées de solliciter une réparation. Les actions pouvant être intentées par ces femmes à l'encontre de leur séducteur devant les officialités étaient l'action appelée *duc vel dota* ou *actio dotis*, l'action en frais de gésine et l'action en recherche de paternité naturelle. Ces actions pouvaient être exercées conjointement, ce fut fréquemment le cas pour les deux dernières. L'*actio dotis* était une action en séduction dolosive fondée sur une responsabilité délictuelle, elle pouvait être intentée par une fille qui avait été déflorée qu'elle fût enceinte ou non. Le séducteur était condamné à des dommages-intérêts sous la forme d'une dot permettant à la fille d'espérer se

---

tonnelier, un imprimeur en indienne, un musicien, un colporteur, et un scieur de long devenu mendiant. Cet auteur observe de quelle façon des concubinaires dévoilaient leur union dans les déclarations : *demeurant ensemble*, *vivant ensemble*, *avec lequel elle a depuis ce temps* (trois ans) *passé dans le public pour sa femme*, *passant vulgairement pour homme et femme*. Et à propos de ces couples, l'auteur remarque que *l'un des membres de ces couples, l'homme le plus souvent appartient à un monde marginal* : *colporteur, joueur de vielle, marin entre deux embarquements*.

[832] *Cf.* PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Pages 76-77.

[833] *Idem*, Page 86. Par exemple, l'accouchement chez une sage-femme faisait disparaitre la présomption car la naissance n'était pas clandestine (au surplus, la sage-femme était un témoin assermenté).

[834] CHARPENTIER Jehanne, *op. cit.*, Page 104. L'auteur relève un arrêt qui infligea la pendaison, et un autre qui condamna une femme *à être battue de verges, fustigée nue et marquée de deux fleurs de lys sur les épaules*.

[835] PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Pages 74 et 88. Dans sa conclusion, cet auteur souligne l'intérêt des déclarations de grossesse comme *élément fondamental de l'étude de l'illégitimité*.

[836] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *op. cit.*, Page 254.

marier malgré la perte de sa virginité, ou il avait la possibilité d'épouser la fille. A la base de cette action se trouvait une volonté claire de valorisation de l'institution du mariage par l'Église, le mariage soulageait la fille séduite du préjudice subi, elle régularisait son état en se mariant et son éventuel enfant était légitime.[837] L'action en frais de gésine ou *actio provisionis* pouvait être intentée par une femme enceinte afin d'obtenir immédiatement une provision pour les frais engendrés par sa grossesse et son accouchement. La demanderesse devait prouver les relations charnelles avec l'homme qu'elle désignait comme étant le père. Cette action n'établissait pas la paternité.[838] L'action en recherche de paternité était une action intentée par une femme durant sa grossesse ou après la naissance de l'enfant dans le but de condamner le père naturel à payer des aliments, c'est-à-dire à subvenir aux besoins de l'enfant. La condamnation entraînait la reconnaissance implicite de la filiation. Le jugement condamnant le père à assurer l'entretien de l'enfant, dans le cas où l'enfant était confié à sa mère (l'autre option étant que le père le gardait avec lui), le contraignait à une reconnaissance plus explicite de sa paternité. L'enfant, une fois majeur, pouvait exercer cette action, cela semble ne jamais s'être produit car il n'y avait plus d'intérêt à agir compte tenu du droit uniquement alimentaire auquel aboutissait l'action.[839]

Pour l'établissement de la filiation paternelle, tous les moyens de preuves étaient admis. La femme devait démontrer la réalité de relations charnelles entretenues, avec celui qu'elle présentait comme le père, à l'époque présumée de la conception. Le défendeur pouvait faire valoir, le cas échéant, une exception prévue par le droit canonique : l'impossibilité physique d'être le père (causée par l'impuissance ou par l'absence à l'époque de la conception) ou l'exception de fille diffamée (il devait alors prouver que d'autres hommes avaient eu des relations charnelles avec la demanderesse au moment de la conception, ce qui ne lui garantissait pas d'être épargné dans la condamnation). Devant les officialités, la preuve était communément administrée par l'aveu du prétendu père. A partir du XVe siècle, les pères avouèrent moins fréquemment leurs bâtards. La preuve par témoins était autorisée mais insuffisante car manquant de fiabilité. Le serment décisoire déféré par la femme au défendeur qui niait les relations charnelles, ou le serment supplétoire prêté par la femme à la demande du

---

[837] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *idem*, Page 255 ; DEMARS-SION Véronique, *Femmes séduites et abandonnées au 18e siècle*, *L'exemple du Cambrésis*, Lille, L'espace juridique, 1991, Pages 6-7.
[838] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *ibidem*.
[839] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *idem*, Pages 255-256 ; DEMARS-SION Véronique, *idem,* Pages 7-8.

juge et qui à la base, ne valait que complément de preuve, devinrent, grâce à la pratique jurisprudentielle, des modes de preuves plus efficaces à la fin du Moyen Age.[840] Un usage qui se répandit largement au XVIe siècle, pouvait contribuer à administrer la preuve : peu après la naissance, l'enfant naturel était porté à son père présumé, celui-ci acceptait le nouveau-né en le prenant dans ses bras, ou il le refusait.[841] En tenant compte de la pratique courante des unions hors mariage au Moyen Age et de la complexité pour les différencier des mariages clandestins, les canonistes s'étaient fondés sur le canon *per tuas*[842] (qui disposait que le serment de la concubine, qui jurait que son fils n'avait pas pour père son concubin, n'avait aucune valeur si l'enfant avait la possession d'état prouvant le contraire) pour faire profiter la concubine d'une sorte de présomption calquée sur la présomption de paternité légitime. Ce moyen de preuve fut très peu employé.[843] Les officialités interprétèrent strictement cette présomption de paternité, elle bénéficia uniquement aux enfants issus d'un concubinage public et stable (ces enfants ne représentaient qu'une minorité parmi tous ceux pour lesquels fut engagée une action en recherche de paternité).[844]

Durant les trois derniers siècles de l'Ancien Régime, les tribunaux royaux accaparèrent ce contentieux, et se basèrent sur les solutions élaborées par les juges ecclésiastiques. Mais peu à peu, il y eut une restriction dans le choix des actions données aux femmes et le système de la preuve offrit nettement moins de facilités.[845] Dès le XVIe siècle, les mères illégitimes virent leur situation se dégrader, et les filles enceintes ne bénéficièrent plus de la mansuétude de la justice du Moyen Age.[846] Devant les juridictions séculières, le fondement pénal des actions, qui avait eu tendance à s'effacer au XVIe siècle, disparu complètement. Dés lors, l'action en séduction dolosive et l'action en recherche de paternité eurent tendance à se confondre. S'agissant de l'action pour frais de gésine, sans se confondre avec l'action en recherche de paternité, elle fut de plus en plus seulement exercée au cours de l'action en

---

[840] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *id.*, Pages 257-258 ; DEMARS-SION Véronique, *id.*, Pages 8-9 et 12 à 15.
[841] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *ibidem*.
[842] Canon *per tuas* au titre XIX *de probationibus* du livre II des Décrétales de Grégoire IX.
[843] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *op. cit.*, Page 258 ; et du même auteur, « *Nomen*, *tractatus*, *fama*, Variation sous un même terme », dans *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Fascicule 45, Dijon, 1988, Pages 288 à 290.
[844] DEMARS-SION Véronique, *id.*, Page 9.
[845] *Cf.* DEMARS-SION Véronique, *id.,* Pages 24 à 32.
[846] *Cf.* KNIBIEHLER Yvonne et FOUQUET Catherine, *Histoire des mères du Moyen-Âge à nos jours*, Paris, Montalba, 1980, Pages 125 à 130.

recherche de paternité (devenant *un incident de procédure* donnant lieu à un jugement provisoire). Les juges royaux s'attachèrent alors de moins en moins à l'impératif de la preuve des relations charnelles, se satisfaisant d'une simple présomption qui pouvait provenir du serment de la femme séduite, l'urgence que nécessitait le règlement de l'action en frais de gésine justifia cette évolution.[847] Fournel disait à propos de cette *demande en provision* : *ces frais étant de nature à ne souffrir aucun retardement, la fille enceinte est fondée à se les faire avancer par celui qu'elle prétend être l'auteur de sa grossesse.*[848] L'attribution de la provision était provisoire, puisque comme l'indiquait Fournel : *Si par l'évènement de la contestation, le prétendu père est déchargé de la demande, il a une action en restitution de la provision qu'il aura été contraint de payer, et par les mêmes voies qu'il aura été contraint. Mais cette action n'est pas acquise de droit ; il faut que le Jugement d'absolution contienne une disposition expresse, portant que les condamnations provisoires seront restituées.*[849] Jusqu'au XVIIe siècle inclus, suivant la maxime : *Creditur virgini parturienti jurantique se aliquo cognitam*, le serment de la fille désignant le père de son enfant dans les douleurs de l'enfantement suffisait à présumer la paternité. La crédibilité accordée au serment *in doloribus partus* provenait du moment où il était porté en raison de la crainte de la mort lors de l'accouchement. Parfois, il contribuait à l'efficacité de la déclaration de grossesse en réitérant la désignation du père.[850] La valeur du serment de la mère fut remis en cause au XVIIIe siècle. Guyot n'accordait pas de valeur à la déclaration d'une fille séduite. Il s'opposait aux juristes qui prétendaient que lorsqu'une fille était enceinte, elle devait être crue sur son serment, et que sa déclaration suffisait pour déterminer les juges à condamner celui qu'elle accusait, à nourrir provisoirement son enfant.[851] Il soutenait que cette condamnation provisoire fondée sur la seule déclaration de la fille n'était pas admise. Guyot rapportait à ce propos la distinction établie par Papon au XVIe siècle : *Quand une fille (dit-il) demeure à pot et à feu, et comme une concubine avec celui qu'elle accuse, alors sa déclaration doit être suffisante pour décréter celui qu'elle accuse d'être l'auteur de sa grossesse, et pour obtenir contre lui une provision, quand même l'accusé prouveroit que cette fille s'est abandonné à d'autres qu'à lui ;*

---

[847] *Cf.* LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *op. cit.*, Pages 259 à 262. Les travaux sur cette question

[848] FOURNEL, *op. cit.*, Page 98.

[849] *Idem*, Page 105.

[850] RENAUT Marie-Hélène, *op. cit.*, Page 383 ; *cf.* DEMARS-SION Véronique, *op. cit.*, Pages 10 à 12 et 124 à 135.

[851] Guyot indiquait que l'opinion de ces auteurs était conforme à ce que prescrivait l'ordonnance criminelle du duc Léopold (1707) observée en Lorraine.

mais si cette fille demeure dans une maison séparée, elle ne doit plus alors être crue à son serment, que celui qu'elle accuse est le père de l'enfant : ainsi jugé par plusieurs arrêts du parlement de Bordeaux qui sont rapportés par Boérius.[852] Ainsi, puisque Guyot précisait qu'il était *important de citer* cette distinction, il apparaît qu'au XVIIIe siècle, comme dans les siècles précédents, les femmes vivant en concubinage pouvaient se prévaloir de cet état de fait pour que leur serment fusse reçu par les juges. Dans la pratique, la possession d'état ne servit presque jamais à l'établissement de la filiation naturelle. En effet, elle permettait surtout à l'enfant, une fois adulte, de prouver sa filiation paternelle, ce qui s'avérait sans intérêt puisque l'établissement de cette filiation n'aboutissait qu'au versement d'aliments. Cependant, le recours à la possession d'état comme preuve de la filiation légitime fut parfois usité au XVIIIe siècle.[853]

Au prétexte de parer aux abus commis dans la désignation du père, les procédures furent moins commodes, notamment, la simple déclaration faisant état de l'identité du séducteur ne suffit plus pour la prise de corps de celui-ci, la nécessité d'une information fut ajoutée.[854] Dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, une véritable méfiance s'était développée à l'égard des filles enceintes, la jurisprudence se montra particulièrement rigoureuse envers les mères dans la recherche de paternité naturelle. Beaucoup d'auteurs dénonçaient ce qu'ils considéraient comme des excès dans les désignations du père, voulant protéger l'honneur des hommes suspectés de paternité. Guyot rapportait l'usage (pratiqué selon lui dans le ressort du parlement de Flandre) de porter l'enfant naturel, tout de suite après sa venue au monde, chez celui que la mère avait déclaré être le père. Il réprouvait cette pratique : *un homme qui pouvoit n'avoir aucune familiarité avec la mère de cet enfant se trouvoit non-seulement déshonoré par*

---

[852] GUYOT, *op. cit.*, Tome septième, « Fornication », Pages 512-513.

[853] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *op. cit.*, Page 258 ; et du même auteur, « Nomen, tractatus, fama, variation sous un même terme », *op. cit.*, Pages 288 à 290.

[854] FREMINVILLE Edme de la Poix, *op. cit.*, « Grossesse cachée », Pages 374-375. Le contenu de la *lettre de M. l'intendant de Languedoc aux Officiers des Sénéchaussées, par ordre de M. le Chancelier, le 27 août 1747, concernant les Déclarations et les plaintes pour fait de grossesse* montre de quelle manière le pouvoir royal, à travers des remontrances du chancelier à l'attention des autorités locales, imposa sa vision rigoriste et pleine de suspicion à l'égard des femmes : *Le second abus dont s'est plaint M. le Chancelier, est de la facilité que quelques-uns des Juges de la Province ont de décerner des décrets de prise de corps sur la simple Requête d'une fille qui se plaint d'avoir été séduite, et il a observé que cette conduite est directement contraire à la disposition de l'Ordonnance, et d'autant plus insoutenable que c'est souvent la fille qui est coupable de la séduction, dont elle accuse qui il lui plaît ; que la règle en pareil cas est d'ordonner qu'il sera informé des faits contenus dans la requête ; et sur l'information même on ne doit donner un décret de prise de corps que lorsqu'il y a des circonstances assez graves pour le mériter*.

l'éclat que faisoit dans son voisinage cette ridicule cérémonie, mais encore obligé provisoirement et sans ordonnance de justice, de lui fournir les alimens nécessaires. *Cet abus*, ajoutait-il, *étoit trop criant pour échapper long-temps aux soins et à la vigilance du ministère public*. L'usage fut proscrit par un arrêt du parlement de Flandres du 18 décembre 1726, et il fut en même temps défendu *aux sages-femmes et à tous autres de porter ainsi des enfants nouveaux nés chez qui que ce soit*, sans une ordonnance de justice par écrit sous peine d'amende.[855] De plus, Guyot se montrait très critique vis-à-vis des anciennes mesures prises à l'encontre des séducteurs : *Autrefois celui qui avoit fait un enfant à une fille étoit condamner à l'épouser ou à être pendu. Cette jurisprudence*[856] *inhumaine ne subsiste plus aujourd'hui*.[857] Ferrière abondait dans le même sens, stigmatisant le comportement des filles bénéficiant de l'ancienne jurisprudence : *beaucoup de filles, au lieu d'être en garde pour conserver leur honneur, cherchoient elles-mêmes les moyens de séduire les enfans de famille qui étoient à leur gré* [...] *afin d'en faire leur mari*. [...] *La pureté de notre Religion ne permet pas que le Sacrement de mariage soit la récompense du vice et de la prostitution*.[858] Cette opinion traduit un renversement de la conception de l'institution matrimoniale, la notion de réparation du préjudice par le mariage, qui était significative dans l'ancienne action *duc vel dota*, n'était plus de mise.

En 1770, Servan (avocat général au parlement de Grenoble) s'éleva, dans un plaidoyer,[859] contre *les abus des déclarations de grossesse*, qui, soutenait-il, *se sont accrus avec la dépravation des mœurs*. Selon lui, *la jurisprudence d'une partie du royaume* […] *accorde trop de confiance aux déclarations des filles sur les auteurs de leur grossesse*.[860] Son discours connut un fort retentissement car il fut utilisé, notamment lors de l'édification du Code civil, afin de soutenir l'interdiction de la recherche de paternité. A la fin de l'Ancien Régime, les juridictions, appuyées par la doctrine, se firent de plus en plus exigeantes pour

---

[855] GUYOT, Tome second, *op. cit.,* « Bâtard », Page 225.
[856] Cette jurisprudence était la suivante : les lois du roi punissaient de mort le coupable de rapt (*supra* Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 2 et 3) et des juges laissèrent le choix au coupable entre la mort et le mariage ; jusqu'à ce que la déclaration du 22 novembre 1730, à l'article 2, ordonne que cette peine de mort soit prononcée contre les ravisseurs, *sans qu'il puisse être ordonné qu'ils subiront cette peine s'ils n'aiment mieux épouser la personne ravie,*[...].
[857] GUYOT, *op. cit.*, Tome septième, « Fornication », Page 510.
[858] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome Premier, « Grossesse », Page 698.
[859] *Troisième plaidoyer, dans un procès sur une déclaration de grossesse*, dans SERVAN, *Œuvres*, Nouvelle édition par X. de Portets, Tome I, Paris, Chez les Éditeurs, 1825, Pages 377 à 427.
[860] SERVAN, *op. cit.*, Page 379.

recevoir les actions des demanderesses, les mères illégitimes qui déposaient plainte étaient beaucoup moins assurées de bénéficier d'une provision.[861] Néanmoins, des condamnations à entretenir un enfant naturel continuaient à être prononcées, parfois même, plusieurs *pères possibles* durent fournir solidairement des aliments.[862]

En ce qui concerne l'octroi d'aliments, le droit romain accordait des aliments aux enfants nés d'un simple stupre, puisque le concubinage était permis ; en revanche, il n'admettait pas d'obligation alimentaire au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérins, ceci dans l'optique de *relever l'état et l'honneur des enfants nés d'un légitime mariage*. Le droit canonique n'adopta pas cette loi, l'Église n'ayant *écouté que la voix de la nature*, aux dires de Durand de Maillane.[863] *Qui fait l'enfant doit le nourrir* : ce fut de cette manière que Loysel formula la règle que les coutumes avaient adoptée.[864] Ce qui fondait cette obligation alimentaire, ce n'était pas une loi particulière, c'était, selon Ferrière, *cette Loi naturelle qui est aussi ancienne que les hommes, et que la nature a inspiré à tous les animaux*.[865] L'obligation alimentaire incombait aux père et mère, néanmoins, le plus souvent ce fut le père qui fut chargé de subvenir aux besoins de l'enfant. C'est ce qu'exposait Fournel : *la nourriture et l'éducation des enfants est une obligation naturelle imposée aux pères ; et quoique la mère partage cette obligation naturelle, cependant la jurisprudence en charge ordinairement le père, par sentiment de commisération et pour opérer une compensation entre les deux parties*.[866] Le terme *aliments* recouvrait *la nourriture et les autres choses nécessaires à la vie, comme l'habitation, les vêtemens*. Il désignait également les *deniers accordés pour tenir lieu de ces choses*.[867] Le père naturel et ses héritiers, et subsidiairement la mère du bâtard lui devaient des aliments, jusqu'au moment où il était en état de gagner sa vie.[868] L'obligation alimentaire passait, en effet, en la personne des héritiers de celui qui en était

---

[861] Sur ce point, *cf.* DEMARS-SION Véronique, *op. cit.*, Pages 139 à 149.
[862] RENAUT Marie-Hélène, *op. cit.*, Pages 384-385. Cet auteur note une forme de sollicitude des juges à l'encontre des enfants, dès les années 1770. Ils considérèrent alors comme suffisante une paternité possible (au lieu d'une paternité certaine ou probable), car celui qui était désigné se retrouvait *père nourricier* et non pas parent de l'enfant.
[863] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *op. cit.*, « Aliments », Pages 129-130.
[864] LOYSEL, *op. cit.*, livre I, titre I, règle 41.
[865] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome Premier, « Alimens », Page 75.
[866] FOURNEL, *op. cit.*, Page 35.
[867] GUYOT, *op. cit.*, Tome premier, « Alimens », Page 317.
[868] *Idem*, Tome premier, « Alimens », Page 318.

chargé, jusqu'à ce que l'enfant soit en état de gagner sa vie.[869] Un bâtard même adultérin pouvait demander des aliments sur la succession de son père.[870] Un arrêt rendu en la grand-chambre du parlement de Paris le 19 juillet 1752 confirma une sentence du Châtelet qui avait adjugé une pension alimentaire de 800 livres à une fille naturelle du feu sieur Bonnier de la Moisson, trésorier des états de Languedoc (elle se trouvait sans secours, ayant été oublié dans le testament de son père), l'arrêt lui adjugea une somme de 20 000 livres payable lors de son établissement.[871] Le parlement de Paris, dans un arrêt de 1603, décida que le devoir de verser des aliments à un bâtard n'incombait pas à son aïeul, car en obligeant l'aïeul en pareil cas, cela équivalait à autoriser la débauche. Pourtant, il fut jugé par le parlement d'Aix en 1627, puis en 1632 que l'aïeul paternel devait des aliments à l'enfant illégitime de son fils. Guyot considérait que la jurisprudence du parlement d'Aix était mieux fondée, selon lui, l'aïeul qui refusait de fournir des aliments à un bâtard offensait la loi naturelle.[872] Il semble que Ferrière avait un point de vue similaire, puisqu'il énonçait que les pères, les mères et les autres ascendants étaient tenus par cette obligation.[873] Dans le même sens, le parlement de Grenoble rendit un arrêt le 17 mai 1659, dans lequel il jugea que l'aïeul paternel d'un enfant naturel, dont le mariage de ses père et mère avait été déclaré nul, devait lui verser des aliments : 220 livres chaque année jusqu'à l'âge de vingt-et-un ans, et après 100 livres jusqu'à sa mort.[874]

Dans toutes les causes d'état indécises (jusqu'au moment où elles se terminaient), le père était obligé de fournir des aliments à celui qui se prétendait son fils et qui était en possession de la filiation, c'est ce qui fut jugé par arrêt du 21 août 1626.[875] Le parlement de Bordeaux eut à se prononcer, dans un arrêt du 21 juin 1672, sur la question de savoir si un homme qui avait été condamné par un arrêt à prendre et nourrir son enfant naturel, pouvait encore être condamné à mettre une certaine somme de deniers entre les mains d'une personne solvable, pour que l'intérêt en provenant fut employé à la nourriture et à l'éducation de ce bâtard. En l'espèce, Anne Pechel avait eu un enfant de Louis de Puyaubert, et celui-ci fut condamné à nourrir l'enfant. Ensuite, elle présenta une requête dans laquelle elle demanda que

---

[869] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome Premier, « Alimens », Page 75.
[870] *Ibidem.*
[871] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome premier, « Bâtard », Page 231.
[872] GUYOT, *op. cit.*, Tome premier, « Alimens », Pages 318-319.
[873] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome Premier, « Alimens », Page 75.
[874] CHORIER Nicolas, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape, dans ses décisions*, Seconde édition, Grenoble, Veuve d'André Giroud, 1769, Page 191, note b.
[875] GUYOT, *op. cit.*, Tome premier, « Alimens », Page 319.

le père fut tenu de fournir la somme de 1500 livres sous forme de legs. La cour rejeta la requête.[876] Par ailleurs, les aliments dus à un bâtard l'étaient depuis le jour de l'accouchement de la mère, non depuis le jour où le père a été condamné à se charger de l'enfant, le parlement de Paris en jugea ainsi dans un arrêt du 4 octobre 1724.[877] La question de l'âge jusqu'auquel le père (et subsidiairement la mère) du bâtard lui devait des aliments fut résolue à l'occasion d'un arrêt du 28 mai 1731, où l'avocat général exposa que les aliments étaient dus aux enfants naturels jusqu'à l'âge de vingt ans, et qu'alors le père était obligé de leur faire apprendre un métier, ou de leur donner un état convenable.[878] A l'égard des filles naturelles, l'obligation alimentaire pouvait consister dans le fait de payer la dot. Dans un arrêt du 1er août 1657, il fut jugé qu'une bâtarde adultérine pouvait être dotée par son père naturel.[879] Les aliments pouvaient donc être versés à l'enfant naturel sous diverses formes, notamment celle d'une rente viagère. Ce fut le cas dans une espèce où une bâtarde, à qui avait été léguée une rente viagère par son père naturel, et ayant reçu une somme pour l'amortissement de cette rente, prétendit que la même rente devait lui être payée et la demanda au motif *qu'on ne peut pas transiger, ni amortir de pareilles rentes*. Elle fut déboutée de sa demande par un arrêt rendu par le parlement de Rouen le 17 mai 1754.[880] Certains pères naturels abandonnaient leur progéniture alors qu'ils avaient les moyens financiers de fournir des aliments : comme l'expliquait Denisart, *le refus que fait la loi de reconnoître une parenté légale par rapport aux bâtards, ne fait point cesser l'obligation naturelle qu'un père et une mère ont d'élever et nourrir les enfans qui sont nés d'eux, et il ne faut pas croire que les hôpitaux, établis pour venir au secours de l'indigence seule, soient tenus indistinctement de recevoir tous les enfants nés d'une conjonction illicite*. Un arrêt solennel fut rendu par le parlement de Nancy, le 23 février 1779, pour réprimer cet abus, *trop commun*. Dans son réquisitoire, le procureur général déclama contre ces pères : *Il est contre tout principe de justice et d'humanité, que les enfants naturels, connus pour être le fruit de la séduction et du libertinage de pères solvables, soient à la charge de l'hôpital. Déjà blâmables du refus qu'ils font de donner un état à leurs enfants, par le mariage, il ne peut leur être permis de reporter impunément sur l'hôpital l'obligation*

---

[876] BLONDEAU Claude et GUERET Gabriel, *Journal du Palais*, Tome premier, Paris, Guignard et Robustel, 1713, Page 243.
[877] GUYOT, *op. cit.*, Tome premier, « Alimens », Page 319.
[878] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome premier, « Alimens », Page 72.
[879] LE RIDANT, *op. cit.,* « Bâtards », Page 61.
[880] DENISART Jean Baptiste, *idem,* Page 72.

de les nourrir. La nourriture et l'entretien de ces enfants, reportés ainsi sur l'hôpital, est un larcin de la chose publique.[881]

Les enfants illégitimes, comme les enfants légitimes, devaient, réciproquement, des aliments à leurs pères et mères infirmes et indigents, s'ils refusaient de leur fournir selon leurs facultés, la justice les y contraignait, toutefois, il apparaît une différence de traitement entre les deux. Un enfant naturel ne pouvait pas être obligé à fournir des aliments hors de sa maison sous prétexte d'incompatibilité d'humeur, le parlement de Paris en jugea ainsi, par arrêt du 5 août 1782. L'espèce était la suivante : La dame Berthelot était la fille naturelle de la dame Tristan, laquelle n'avait jamais subvenu aux besoins de son enfant, qui avait, dès sa naissance, été prise en charge par des secours étrangers pour sa nourriture, son éducation et son établissement. Son extrait de baptême l'a désignait comme la fille du sieur Tristan, capitaine de vaisseau, et de son épouse ; mais le mariage de ses parents n'était nullement avéré. Elle épousa le sieur Berthelot, un horloger, sans apporter de dot. La dame Tristan devint veuve, ou fut abandonné par son mari, se retrouvant sans ressources, elle demanda à sa fille de la recevoir chez elle. Cette dernière y consentit. L'incompatibilité des caractères et des humeurs ayant vite donné lieu à des différends, la dame Tristan quitta la maison de son gendre et de sa fille, et les fit assigner afin qu'ils soient condamnés à lui verser une pension alimentaire de 300 livres. Les époux Berthelot n'étaient pas assez riches pour payer une pension même modique (ils avaient 350 livres de rente et ne vivaient que du produit de leur travail). Pour leur défense, ils demandèrent que la dame Tristan justifia de sa qualité de mère, ce qui posait des difficultés pour elle puisqu'elle n'avait ni contrat de mariage, ni d'acte de célébration (elle prétendit que ces pièces lui avaient été soustraites par ses enfants), elle produisit cependant les actes de baptême de quatre enfants. Les sieur et dame Berthelot répondirent que les actes de baptême étaient insuffisants pour prouver l'existence du mariage, qu'il fallait rapporter l'acte de célébration et que la perte de cette pièce pouvait se réparer aisément au moyen d'une nouvelle copie du registre de la paroisse où le mariage avait été célébré. Mais, la dame Tristan invoqua un défaut de mémoire l'empêchant de se rappeler l'église et le lieu de la célébration de son mariage. Les premiers juges rendirent leur sentence : il fut ordonné à la dame Tristan de justifier de son contrat et de la célébration de son mariage, et néanmoins il lui fut accordé

---

[881] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, Veuve Desaint, 1786, Tome troisème, « Bâtard », Page 288.

une provision de 120 livres. Les époux Berthelot firent appel de cette sentence au parlement de Paris, en soutenant que la médiocrité de leur fortune ne leur permettait que de partager leur maison et leur vie commune avec leur mère et belle-mère. L'avocat général Séguier établit qu'il était indifférent, pour qu'une demande en aliments formée par le père ou la mère soit accueillie, que les enfants soient légitimes ou bâtards ; il suffisait que la paternité ou la maternité soient constantes, que les besoins du père et de la mère soient réels, et que la position des enfants soit moins malheureuse que celles de leurs parents. Selon l'avis de cet avocat général, la justice voyait d'un œil plus favorable la demande des pères et mères légitimes que celle des pères et mères naturels, quoique les uns et les autres avaient droit à des secours. En effet, les parents légitimes pouvaient les demander en argent, et réclamer une pension alimentaire que le juge arbitrait selon la fortune des enfants, lorsque la difficulté des caractères ne permettait pas aux pères et aux mères de vivre avec leurs enfants ; quant aux parents naturels, ils ne pouvaient, au contraire, exiger ces secours qu'en nature, par le partage du logement et de la vie commune avec leurs enfants. Ces principes furent retenus par la cour, qui donna acte à la mère des offres faites par sa fille et son gendre, de la recevoir, de lui faire partager leur logement, leur table, et de pourvoir, dans leur maison, à tous ses besoins.[882] Se posait également la question de savoir si un frère naturel pouvait en réclamer à son frère légitime ; Guyot répondait par l'affirmative, en citant la Novelle 89 de Justinien.[883] Il s'interrogeait quant à déterminer si on ne devait pas excepter les frères consanguins ou utérins. Cette question n'était pas tranchée : Guyot, s'appuyant sur le droit romain, alléguait qu'un frère n'était pas obligé de doter sa sœur utérine, mais la charge de doter étant plus onéreuse que celle de nourrir, il s'avérait difficile de répondre. Et il relevait que *des auteurs de poids* soutenaient qu'un frère utérin était soumis à une obligation d'aliments.[884]

Fréquemment, la mère gardait l'enfant avec elle et se chargeait du soin de son éducation. La règle était, d'après Denisart, *de considérer l'intérêt de l'enfant* ; son éducation était confiée à l'un des parents par la justice. Si les juges n'avaient confiance en aucun des parents, elle ordonnait le placement de l'enfant chez un maître de pension ou dans un couvent jusqu'à un certain âge. Une sentence du Châtelet du 27 juillet 1758 ordonna que la fille

---

[882] GUYOT, *op. cit.*, Tome premier, « Alimens », Pages 319-320.
[883] Chapitre 12, § 6.
[884] GUYOT, *idem*, Page 321.

naturelle d'un acteur de l'opéra et de sa concubine fut mise dans un couvent, à la charge pour le père de payer la pension.[885]

Créant une obligation de verser des subsides, le droit aux aliments opérait, en quelque sorte, et à un moindre niveau, comme un correctif de l'incapacité successorale.

§ 3 : L'exclusion des bâtards par diverses déchéances

Les déchéances principales dont furent frappés les enfants naturels étaient de droit privé : la privation du droit de succéder *ab intestat* à ses parents et de recevoir d'eux par donation ou par legs à titre universel, et l'incapacité de transmettre ses biens ; en outre, ils furent sanctionnés par des déchéances de droit public.

D'abord, s'agissant des déchéances de droit privé, dans le droit privé romain, les enfants naturels nés *ex concubina* (c'est-à-dire ceux qui n'étaient ni adultérins, ni incestueux) ne pouvaient pas prétendre à la succession de leur père. D'Aguesseau observait que le Digeste ne contenait aucune disposition ôtant aux pères la liberté de donner tout ce qu'ils jugeaient à propos à leurs enfants naturels, et que ce furent les empereurs qui avaient restreint la liberté quant aux libéralités que les pères pouvaient faire à leurs enfants bâtards.[886] Quant à ce que

---

[885] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Veuve Desaint, 1777, Tome premier, « Bâtard », Page 231.
GUYOT, *op. cit.,* Tome second, « Bâtard », Page 225.

[886] D'AGUESSEAU, *op. cit.*, Pages 384 et 386-387.
Sur les constitutions des empereurs romains portant sur ce sujet, *cf.* D'AGUESSEAU, *idem*, Pages 387 à 391. Notamment Justinien, dans la Novelle 18, au chapitre 5, avait permis aux pères qui avaient à la fois des bâtards et des enfants légitimes, de donner la douzième partie de leur bien aux enfants illégitimes, tant pour eux que pour leur mère, et leur avait permis de donner la moitié de leurs biens à leurs bâtards, tant pour eux que pour leur mère, tant qu'il n'y a point d'enfants légitimes. Justinien prévit même que si un père de famille mourrait *ab intestat* sans laisser ni d'épouse ni d'enfants légitimes, et qu'il y avait dans sa maison une concubine et des enfants naturels, ces enfants et leur mère pouvaient demander la sixième partie de son bien, en l'absence de toute disposition en leur faveur ; cette constitution ne s'appliquait que s'il n'y avait qu'une seule concubine, et que si celle-ci pouvait être regarder comme une personne à laquelle il ne manquait que la solennité du mariage pour être une femme légitime, l'empereur déclara à ce sujet qu'il ne prétendait pas favoriser la débauche. Dans la Novelle 89, au chapitre 12, Justinien ordonnait que les pères n'ayant pas d'enfants légitimes pouvaient laisser tous leurs biens à leurs bâtards, en réservant la légitime qui était due à leurs pères et mères. Et s'ils ne laissaient ni pères, ni mères, ils pouvaient donner l'intégralité de leurs biens à leurs enfants naturels. Dans cette même Novelle, il assurait des aliments aux bâtards, même en présence d'enfants légitimes. Toutefois, Justinien défendait d'accorder des aliments aux enfants adultérins ou incestueux.

les enfants naturels pouvaient prétendre sur les biens de leurs mères, ce fut le sénatus-consulte Orphytien[887] qui appela les enfants illégitimes, comme les enfants légitimes, à hériter de leurs mères.[888] Relativement aux successions des enfants illégitimes, le droit romain traitait leurs enfants légitimes de la même manière que les autres enfants, ils étaient leurs héritiers.[889] La position des enfants naturels dans les lois franques fut influencée par le droit romain et par le christianisme.[890] Les princes francs, dans la lutte pour éradiquer le concubinat qu'ils menaient en raison de la sollicitation de l'Église, prescrivirent que les enfants des concubines n'avaient pas de droit à la succession de leur père mort *intestat*.[891] Pendant la période carolingienne, des capitulaires établirent formellement une différence entre les enfants nés du mariage et ceux nés hors mariage. Dans l'un d'eux, la qualité d'héritiers du père était réservée aux enfants légitimes, par opposition à ceux de la concubine. Dans un autre capitulaire, le droit de succéder était réservé exclusivement aux enfants légitimes.[892]

Au Moyen Age, l'enfant illégitime, était incapable de transmettre ses biens, et, en vertu du droit de bâtardise, le seigneur recevait sa succession. Peu à peu, le droit de bâtardise fut accaparé par le roi (comme droit régalien).[893] D'un droit de mainmorte pratiqué sur les biens de ceux qui étaient incapables d'avoir des héritiers *ab intestat* ou des successeurs

---

[887] Sénatus-consulte rendu en 178 ap. J.-C., sous Marc-Aurèle et Commode.

[888] Et ce fut le sénatus-consulte Tertyllien (ou Tertullien), rendu en 158 ap. J.-C., sous Antonin le Pieux, qui admit les mères à la succession de leurs enfants naturels (précisément, il concernait les mères ingénues ayant au moins trois enfants, même hors mariage, et les mères affranchis qui en avaient quatre ; lesquelles succédaient seulement si leurs enfants n'avaient ni enfants, ni pères, ni frères, et en partageant avec les sœurs).
Sur les lois romaines réglementant cette question, *cf.* D'AGUESSEAU, *id.*, Pages 391 à 393. L'empereur Justinien réitéra les dispositions du sénatus-consulte Orphytien dans la loi 15 du Code, et il ajouta une exception à la règle générale : les enfants illégitimes engendrés par des *femmes illustres* qui avaient des enfants légitimes ne pouvaient pas prétendre à leurs successions, de plus il fut défendu à ces *femmes de qualité* de donner entre vifs ou par testament à leurs bâtards.

[889] D'AGUESSEAU, *id.*, Page 399.

[890] Sur la question de l'incapacité successorale, MORILLOT Léon, *op. cit.*, Page 177, affirmait que chez les peuples de race germanique, *le bâtard est considéré comme étranger ; il ne fait partie ni de la famille paternelle, ni de la famille maternelle ; il n'a droit ni à la succession, ni à la protection de qui que ce soit*.
REGNAULT Henri, *La condition juridique du bâtard au Moyen-âge*, Thèse, Caen, 1922, Pages 50 et suivantes, cité par LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *op. cit.*, Page 267, indiquait que l'incapacité de succéder *ab intestat* était contraire à la tradition germanique.

[891] MORILLOT Léon, *idem*, Pages 181 à 183.

[892] AMIABLE Louis, « De la condition des enfants illégitimes dans l'ancien droit français », dans *Revue historique de droit français et étranger*, Tome dixième, 1864, Page 374.

[893] *Cf.* D'AGUESSEAU, *id.*, Pages 408-409. Il affirmait que le droit de bâtardise était encore un droit seigneurial au XIIIe siècle, et ajoutait : *il faut avouer que ce droit a été dans la suite presque entièrement réuni au Domaine de la Couronne*.

testamentaires, le droit de bâtardise devint un droit de déshérence. Ainsi, il finit par ne plus être appliqué en présence d'une descendance légitime. Les bâtards acquirent le droit d'avoir des héritiers *ab intestat* par une ordonnance de 1383, rendue par Charles VI, qui prescrivit l'attribution des successions des bâtards à leurs enfants légitimes.[894] De leur côté, les coutumes entérinèrent la non application du droit de bâtardise en présence d'hoirs légitimes.[895] La coutume de Bourgogne (rédigée en 1459) énonçait dans son titre VIII (qui traitait des successions des bâtards), à l'article premier : *Le Duc succède aux Batards et Batardes décédés sans héritiers légitimes*. A ce propos, Taisand (avocat général au parlement de Bourgogne, commentateur de cette coutume) soulignait que *le Duc de Bourgogne, c'est-à-dire maintenant le roi, qui le représente depuis le Duché de Bourgogne est réuni à la couronne de France, succède aux batards morts sans enfants légitimes, et c'est à présent un droit de souveraineté établi dans tout le royaume à l'exclusion des parens et des Seigneurs Haut-justiciers*.[896] *Aussi personne ne leur succède, sinon leurs enfants nés en loyal mariage*, récapitulait Loysel.[897] Le droit de bâtardise était tenu en échec également lorsque le bâtard avait disposé de ses biens entre vifs ou à cause de mort. Une certaine atténuation de l'incapacité de disposer se fit jour quand les *Etablissements de Saint Louis* (publiés en 1270) accordèrent le droit pour les bâtards *d'aumôner leurs meubles et autorisèrent leurs femmes à prendre leur douaire sur ces meubles*.[898] En outre, le bâtard ne pouvait pas disposer par testament de tous ses biens, sa capacité à tester était restreinte, et selon Boutillier, jurisconsulte de la seconde moitié du XIVe siècle, *dans certaines contrées, il ne pouvait par testament faire des legs dépassant cinq sols*.[899] Par la suite, l'incapacité testamentaire des enfants illégitimes fut encore réduite, elle devint même contraire au droit commun des

---

[894] D'AGUESSEAU, *id.*, Page 448.
AMIABLE Louis, *idem*, Page 380.

[895] D'AGUESSEAU, *id.*, Page 448. D'Aguesseau notait que l'ancienne coutume de Saint-Pol (art. 27 du titre 2) faisait exception en excluant les enfants des bâtards de leurs successions, *mais*, disait-il, *cette coutume est si contraire à tous les principes, qu'on peut douter avec raison si elle doit être observée dans son propre territoire*.
LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *op. cit.*, Page 268. Selon l'auteur, les coutumes eurent des dispositions formelles à cet égard à partir du XIIIe siècle.

[896] TAISAND, *Coutume générale des Pays et Duché de Bourgogne*, Dijon, Jean Ressayre, 1698, Pages 518 et suivantes.

[897] LOYSEL, *op. cit.*, Livre I, Titre 1, règle 46e.

[898] De LAURIERE, Recueil des ordonnances des rois de France de la troisième race, Paris, 1723, Tome 1, Page 188, cité par AMIABLE Louis, *id.*, Page 377.

[899] BOUTILLIER, Somme rurale, Paris, 1603, chap. XCV, Page 537 et notes, cité par MORILLOT Léon, *op. cit.*, Page 376.

coutumes, ne persistant que dans quelques unes.[900] Il fut énoncé dans l'article 311 de la nouvelle coutume d'Orléans (rédigée en 1583) : *Mais enfans bastards peuvent disposer de tous leurs biens, tant entre vifs, que par testament, et à eux succedent leurs enfans issus de leur mariage*.[901] A la fin du XVIIe siècle, Taisand affirmait à ce sujet : *On tient pour maxime en France, que les Batards peuvent tester et disposer de leurs biens par toutes sortes de contrats, donations entre vifs et à cause de mort*. Et le commentateur relevait que *Les Batards ne peuvent instituer leur pere et mere, car s'ils le pouvoient, ce seroit donner ouverture à autoriser le vice* [...] *mais ils peuvent donner entre vifs à leur pere et mere*.[902] La règle de la libre disposition des biens fut ainsi formulée par Loysel : *Bâtards peuvent acquérir et disposer de leur biens tant entre vifs que par testament*.[903]

Les enfants illégitimes furent considérés, par le droit coutumier, comme incapables de succéder à leurs père et mère et aux parents de ceux-ci. La nouvelle coutume d'Orléans édictait à l'article 310 : *Enfans bastards ne succedent*.[904] La coutume du Duché de Bourgogne disposait, au chapitre VIII, à l'article 3 : *Le bastard ou bastarde ne vient point « ab intestat » à la succession de père ni de mère*.[905] Et la coutume de Normandie (rédigée en 1583), prescrivait à l'article 437 : *Nul ne peut donner à son fils naturel partie de son héritage, ne le faire tomber en ses mains directement ou indirectement, que les héritiers ne le puissent révoquer dans l'an et jour du décez du donateur*.[906] C'était une formulation fréquente dans les coutumes rédigées au XVIe, en effet, presque toutes les coutumes entérinèrent une totale incapacité successorale des bâtards. *Bâtards ne succèdent point*,[907] telle fut la disposition en vigueur pendant des siècles. Le parlement de Paris, dans un arrêt du 16 mai 1624, exclut un bâtard de la succession de sa mère, au motif que le concubinat n'avait plus d'existence légale,

---

[900] D'AGUESSEAU, *id.*, Pages 116-117 et 420 à 422. D'Aguesseau répertoriait ces coutumes : la coutume de Clermont (art. 153) refusait aux bâtards le droit de tester (il émettait des doutes quand à l'application de cette disposition r*igoureuse, même dans l'étendue de son territoire*) ; la coutume de Bretagne (art. 477 et 480) restreignait la faculté de tester des bâtards à une certaine portion de ses biens et privait totalement de cette faculté de tester ceux qui n'étaient pas nés *ex soluto et soluta* ; les coutumes d'Anjou (art. 345), du Maine (art. 355) et du Poitou (art. 399) limitaient la quotité de biens dont pouvaient disposer les bâtards.
[901] BOURDOT de RICHEBOURG Charles Antoine, *Nouveau coutumier général*, Tome troisième, Paris, M. Brunet, 1724, Page 797.
[902] TAISAND, *ibidem*.
[903] LOYSEL, *idem*, Livre I, Titre 1, règle 42e.
[904] BOURDOT de RICHEBOURG Charles Antoine, *idem*, Tome troisième, Page 797.
[905] *Id.*, Tome second, Page 1177.
[906] *Id.*, Tome quatrième, Page 82.
[907] LOYSEL, *id.*, Livre I, Titre 1, règle 45e.

n'étant plus qu'un concubinage.[908] Quelques coutumes (dans le nord et dans l'est) acceptaient cependant un droit à la succession *ab intestat* de la mère. C'était notamment le cas dans le Dauphiné où les bâtards qui n'étaient ni adultérins, ni incestueux succédaient à leur mère, s'ils mourraient sans descendants (et elle leur succédait réciproquement). Les coutumes de Valenciennes et de Saint-Omer admettaient aussi les enfants naturels à la succession de leur mère.[909] Cette exception coutumière, issue du droit romain, se résumait ainsi : *Nul n'est bâtard par sa mère*.[910] En n'admettant pas les bâtards à la succession de leur mère, les parlements de Bordeaux, Toulouse et Aix avaient repoussé la tradition romaine, qui inspirait pourtant leurs coutumes. *On ne doit plus douter que la coutume exclusive des bâtards est générale, et a lieu en pays de droit écrit comme en provinces coutumières*, affirmait Henrys, jurisconsulte du XVIIe siècle.[911] Cependant, le parlement de Grenoble n'avait, pour sa part, pas abandonné la règle romaine. Ce parlement jugea, à l'occasion d'un arrêt du 13 mars 1652, que les bâtards nés de personnes libres et non mariées succédaient à leurs mères et à leurs aïeules maternelles ; et par un arrêt rendu en janvier 1658, il jugea qu'une fille naturelle à qui sa mère n'avait légué que trois livres, était bien fondée à demander sur les biens de la défunte, le supplément de légitime.[912] Dans un arrêt du 8 juillet 1662, il accorda la succession d'un bâtard aux plus proches parents maternels du défunt à l'exclusion de l'engagiste du domaine.[913] Les enfants naturels ne pouvaient pas non plus pratiquer le retrait lignager puisqu'ils n'appartenaient à aucune famille. Par ailleurs, les bâtards pouvaient succéder à leur conjoint prédécédé, à l'exclusion du fisc, si celui-ci mourrait sans enfants et sans héritiers. Et réciproquement, l'époux survivant d'un bâtard pouvait recueillir les biens de celui-ci *au préjudice du fisc*. *D'autant plus*, comme l'expliquait d'Aguesseau, *qu'un mari n'est point censé bâtard à l'égard de sa femme nec vice-versa.* Le droit coutumier n'avait pas réglé cette matière, mais les auteurs et la jurisprudence s'accordaient pour admettre cette règle, se fondant sur la *bonorum possessio unde vir et uxor* du droit romain.[914] Les enfants légitimes des bâtards succédaient à leurs pères et mères. Si les bâtards ne laissaient aucun enfant

---

[908] MORILLOT Léon, *op. cit.*, Page 381.
[909] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome premier, « Bâtard », Page 229.
[910] MORILLOT Léon, *idem*, Pages 375-376. *Les coutumes de Cassel, de Flandres et de Ternois déclaraient* [...] *qu'un tel enfant avait droit à la succession maternelle, s'il n'en était pas exclu par des enfants légitimes*.
[911] HENRYS Claude, *Œuvres*, cité par AMIABLE Louis, *op. cit.*, Page 383.
[912] CHORIER Nicolas, *op. cit.*, Page 193, note d.
[913] GUYOT, Tome second, *op. cit.,* « Bâtard », Page 220.
[914] D'AGUESSEAU, *id.*, Pages 430 et 449.
AMIABLE Louis, *idem*, Pages 383-384.

légitime, leurs successions étaient déférées au fisc, à l'exclusion de leurs pères et mères naturels.[915]

Au surplus, corrélativement à leur incapacité successorale, les bâtards furent frappés de l'incapacité de recevoir de ses père et mère des libéralités à titre universel. Néanmoins, les libéralités testamentaires accordées aux enfants naturels permirent de compenser avec la rigueur de l'incapacité successorale.[916] Au Moyen Age, les legs faits à des bâtards étaient habituels. La pratique, déjà importante à compter du XIVe siècle, s'intensifia au XVIe siècle.[917] Commentant cette incapacité, d'Aguesseau remarquait que la règle générale excluant les bâtards de la succession de leurs parents *deviendroit inutile, si les pères et mères pouvoient l'éluder, en faisant des dispositions universelles en faveur de leurs enfants bâtards*.[918] Il parait utile d'observer que les deux déchéances n'étaient pas forcément liées puisque les libéralités faites aux enfants naturels par les parents collatéraux de leurs père et mère étaient validés par les tribunaux alors qu'ils ne leur succédaient pas *ab intestat*.[919] Ce que D'Aguesseau n'ignorait pas puisqu'il ajoutait *que suivant l'opinion commune, les Bâtards ne sont incapables de recevoir des legs universels, ou même des dispositions très considérables, que lorsqu'elles leur sont faites par leurs pères ou mères, dans la personne desquels la faute de la naissance des Bâtards doit être punie particulièrement par la prohibition qu'on leur fait d'avantager et d'enrichir les fruits de leur débauche ; mais les autres personnes, quand même elles seroient de la famille, peuvent leur faire tels avantages qu'ils jugeront à propos parce que comme elles n'ont point de part au crime, elles semblent ne devoir pas être comprises dans la prohibition de la Loi.*[920] Par conséquent, le motif de cette incapacité fut vraisemblablement la volonté de blâmer les pères et mères naturels en les restreignant dans les libéralités qu'ils souhaitaient consentir à leurs enfants. Plusieurs coutumes contenaient des dispositions relatives à cette

---

[915] DENISART Jean Baptiste, *idem,* Page 229.
[916] Pour une étude détaillée de cette question, *cf*. PÉNA Marc, « Des libéralités accordées aux bâtards en ancien droit français », dans *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Volume 52, Dijon, 1995, Pages 59 à 80.
[917] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *op. cit.*, Page 267.
[918] D'AGUESSEAU, *id.*, Page 431.
[919] AMIABLE Louis, *id.*, Page 384, note 4. L'auteur apporte une précision sur cette incapacité, tirée des *Coutumes de Beauvaisis*. *Du temps de Beaumanoir, les père et mère n'ayant pas d'enfants légitimes pouvaient disposer en faveur de leurs bâtards, comme s'ils eussent été des étrangers, de leurs meubles, de leurs conquêts et du quint de leurs propres. C'était seulement en présence d'enfants légitimes que les bâtards, à cette époque, ne pouvaient recevoir de leurs père et mère qu'à titre d'aliments*.
[920] D'AGUESSEAU, *id.*, Pages 433-434.

incapacité de recevoir des dons ou des legs ; par exemple, la coutume de Normandie prescrivait à l'article 438 : *Et néanmoins les batards sont capables de toutes donations d'autres personnes que de leur père et mère.*[921] Mais la plupart restaient silencieuses à ce propos. Parmi celles qui réglaient cette question, il y avait une grande diversité de règles : limitation de la faculté de recevoir : soit en fonction d'une certaine quotité ou de ce qui suffisait *pour les alimenter, nourrir et entretenir selon leur état*, soit en prohibant les libéralités considérées excessives (*pourvu que le don ne soit immodéré et immense*) ; restrictions relatives à la personne du donateur ou légataire : le père ou la mère ; et restrictions quant à la nature de la libéralité : entre vifs ou à cause de mort.[922] Loysel transcrivit une règle coutumière contenant une sévère limitation de la capacité de recevoir : *Maître Martin Doublé tenoit que bâtards ne pouvoient recevoir legs de père ni de mère, ce qui se doit entendre de legs excédans leur nourriture.*[923]

Jusqu'au milieu du XVIIe siècle, la jurisprudence accorda aux bâtards simples la faculté de recevoir des libéralités.[924] Denisart disait qu'*à l'égard des bâtards nés de personnes libres, on les jugeoit autrefois capables de dispositions universelles, entre vifs et testamentaires, faites par leurs père et mère naturels. L'on ne pensoit pas*, ajoutait-il, *qu'ils fussent à leur égard d'une condition pire que des gens purement étrangers*. Il soulignait le changement de jurisprudence *dans le dernier siècle. Aujourd'hui on ne souffre plus que des enfants naturels reçoivent de leur père ou de leur mère, des dispositions universelles, ni même des donations ou legs qui, quoique particuliers, ont l'effet des dispositions universelles. On les réduit à quelque chose d'honnête et de proportionné au bien et à la qualité de celui qui donne.*[925] Donc, au cours de la seconde partie du XVIIe siècle, et pendant le XVIIIe siècle, les libéralités consenties à des enfants naturels furent plus ou moins tolérées, selon leur montant et selon le statut des enfants illégitimes. Souvent, la jurisprudence n'admit pas la validité de legs universels faits à des bâtards, même quand leurs pères naturels n'avaient laissé que le fisc pour héritier ; néanmoins, les bâtards, *même adultérins*, selon Le Ridant, étaient capables de recevoir des legs particuliers. Deux arrêts en jugèrent ainsi : l'un du 14 juillet 1661, et l'autre

---

[921] BOURDOT de RICHEBOURG Charles Antoine, *op. cit.*, Tome quatrième, Page 82.
[922] *Cf.* D'AGUESSEAU, *id.*, Pages 431 à 433.
[923] LOYSEL, *op. cit.*, Livre Ier, Titre 1er, règle 43e.
[924] AMIABLE Louis, *idem*, Page 384, note 4.
[925] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome premier, « Bâtard », Pages 230-231.

du 26 mars 1683.[926] La jurisprudence, d'après Denisart, n'admettait pas les bâtards adultérins ou incestueux à recevoir toutes sortes de donations et de legs excédant les simples aliments, *parce qu'encore que ces enfants soient innocents, et que l'affection qu'on a pour eux ne soit pas criminelle, il est cependant vrai qu'elle tire son origine du crime* [...] *: il importe par conséquent qu'elle demeure toujours dans l'obscurité, et qu'il n'en reste ni trace, ni vestige dans le public*. De plus, les libéralités faites à des petits enfants nés d'un adultère ou d'un inceste étaient annulées car l'incapacité de recevoir passait en la personne des enfants du bâtard adultérin ou incestueux, quoique nés d'un mariage légitime, *parce que*, justifiait Denisart, *ces libéralités partent toujours d'une source impure et corrompue, et qu'elles sont l'effet d'une première affection produite par le crime* (il en fut ainsi jugé dans un arrêt du 14 août 1570 et dans un arrêt du 21 avril 1637).[927] Le parlement de Dijon eut à se prononcer sur la validité d'une donation faite à un bâtard dans un arrêt du 27 novembre 1694. En l'espèce, le Sieur David avait un bâtard né avant son mariage, il tomba malade et fit une donation entre vifs à son bâtard de la somme de 2400 livres. Il épousa la Demoiselle Piget, ils eurent trois enfants et se firent une donation mutuelle de tous leurs biens au survivant, à la charge de payer toutes les dettes du pré-mourant. Le Sieur David mourut, et son bâtard, âgé de plus de vingt ans vint demander la somme de 2400 livres à la veuve. Une sentence des requêtes du Palais réduisit le don à une pension alimentaire de 50 livres. Les deux parties interjetèrent appel : le bâtard soutenait que la donation devait subsister car il était permis, *suivant les Loix*, de faire à un bâtard un don médiocre, pour lui tenir lieu d'établissement ; la veuve répondait que rien n'était dû aux bâtards, que les aliments n'étaient dû que lorsqu'ils n'avaient pas de quoi vivre et que le bâtard de son mari avait un bon métier. La cour confirma la sentence, jugeant d'un côté qu'il n'était permis de donner que très peu et sous forme d'aliments aux bâtard, et de l'autre qu'on leur devait des aliments, même s'ils pouvaient subsister sans.[928] Les bâtards pouvaient recevoir des donations et des legs, à condition que ceux-ci ne soient pas trop considérables ; *ce qui est réglé à cet égard*, indiquait Guyot, *dépend des circonstances plus favorables ou plus odieuses de leur naissance*. Selon lui, la jurisprudence qui permettait que des bâtards puissent être institués légataires universels par leur père et mère, ne devait plus subsister, étant *contraire aux lois du christianisme et aux bonnes mœurs*. Il rapportait un

---

[926] LE RIDANT, *op. cit.,* « Bâtards », Page 61.
[927] DENISART Jean Baptiste, *idem*, Pages 230-231.
[928] PERRIER François et RAVIOT Guillaume, *Arrests notables du Parlement de Dijon*, Tome premier, Dijon, Augé, 1735, Page 154.

arrêt rendu par le Conseil du roi le 14 septembre 1746, dans une espèce opposant le sieur Becquet, écuyer, tuteur de sa fille mineure et les enfants du sieur Remy de Layeur. Il s'agissait de déterminer si le mariage qui avait existé entre le père et la mère de ces enfants avait été contracté in extremis, et si en supposant l'affirmative, ils devaient être privés, comme bâtards, du legs universel, dont le père les avaient gratifiés par son testament. Le parlement de Flandres avait déclaré le mariage bon et valable, et ordonné l'exécution du testament. Le sieur Becquet, dont la fille était la cousine germaine et la plus proche héritière du sieur Remy de Layeur, se pourvut au Conseil. Sa majesté cassa l'arrêt du parlement de Flandres et déclara le mariage nul quant aux effets civils, et anéantit le legs universel fait au profit des enfants dont la naissance avait précédé la célébration de ce mariage. Guyot soutenait que cet arrêt pouvait s'appliquer aux simples bâtards et pas seulement à des enfants nés de père et de mère entre lesquels il y a eu un mariage contracté *in extremis*. Selon lui, *ceux-ci ne sont traités aussi rigoureusement, que parce que le législateur les a placés dans la classe des Bâtards*[929] *; et certainement s'ils sont incapables de recueillir les dispositions universelles de leur père et de leur mère, à cause du vice du mariage dont leur naissance a été suivie, à bien plus forte raison les Bâtard sont-ils frappés de la même incapacité, eux dont les pères et mères ont vécu dans un concubinage continuel, sans avoir jamais pensé à réparer leur faute par le sacrement*. Et il relevait que cette question fut formellement jugée par un arrêt du parlement de Flandres du 16 avril 1755, qui annula un testament et son codicille par lequel le sieur François-Antoine-Félix de Saudemont, secrétaire du Roi en la chancellerie établie auprès de cette cour, avait institué ses trois enfants naturels (qui étaient issus de sa relation avec sa servante) légataires universels.[930]

Se posait également la question de la validité des libéralités consenties par un aïeul. Sur ce point, d'Aguesseau notait, *suivant l'opinion la plus universellement reçue*, que l'aïeul du bâtard n'était pas compris dans la prohibition faite aux parents.[931] Toutefois, l'opinion contraire était relevée par Guyot chez plusieurs auteurs dont Carondas, jurisconsulte de la seconde moitié du XVIe siècle, qui, dans ses *réponses du droit françois*, avait énoncé que la prohibition faite au père de nommer ses enfants naturels légataires ou donataires de tout ce qu'il possédait s'étendait à leur aïeul. Il citait ensuite D'Argentré, juriste de la même époque,

---

[929] Cette allégation parait contestable.
[930] GUYOT, *op. cit.,* Tome second, « Bâtard », Pages 220-221.
[931] D'AGUESSEAU, *op. cit.*, Page 434.

qui, en commentant l'article 450 de la coutume de Bretagne qui édictait : *le bâtard ne succède à ses père et mère*, avait ajouté qu'il ne succédait pas non plus à son aïeul, par l'indignité de sa naissance, et avait précisé que de l'aïeul comme du père, le bâtard ne pouvait recevoir que des aliments, en présence ou non d'enfants légitimes, et que l'interdiction de succéder devait s'entendre non-seulement de la succession *ab intestat*, mais aussi de toute institution testamentaire. Et Guyot rapportait que Bérault, puis Basnage, jurisconsultes du XVIIe siècle qui commentèrent la coutume de Normandie, laquelle déclarait les bâtards capables de recevoir toutes les donations qu'on voudra leur faire, *pourvu qu'elles ne soient ni de père ni de mère*, avaient énoncé que *la prohibition faite au père doit s'entendre à l'aïeul*.[932] Denisart notait que la jurisprudence allait dans ce sens : *on a même jugé de nos jours, que les bâtards ne peuvent être légataires universels des autres personnes, dont ils seroient héritiers sans le vice de leur naissance*. Cette opinion fut adoptée par le parlement de Paris, dans un arrêt que rapportaient Denisart et Guyot, cet arrêt fut rendu le 18 février 1731 (selon l'un et le 19 selon l'autre). Les faits de l'espèce étaient les suivants : *Moreau de Saubrecourt étoit né de l'union illégitime de Marie-Louise Guede et du sieur de Saubrecourt, officier dans les troupes du roi. Son illégitimité étoit irrévocablement décidée par l'extrait mortuaire de sa mère, enterrée avec la qualité de fille majeure*. L'aïeule maternelle, dans son testament du 6 novembre 1724, nomma Moreau de Saubrecourt comme légataire universel. *Elle annonçoit par cet acte, que ce seroit aller directement contre le vœu et l'intention de son cœur, que de le dépouiller du don qu'elle avoit cru devoir lui faire*. La somme totale des effets de la succession montait à plus de cinquante mille livres. Les héritiers collatéraux attaquèrent le testament, soutenant que Moreau de Saubrecourt devait être satisfait d'avoir été élevé et avantageusement établi par son aïeule, et ne devait pas en plus prétendre priver les héritiers légitimes de la succession à laquelle ils avaient légalement droit. Ils exposaient que le même vice qui le rendait incapable de succéder à ses père et mère, le rendait inhabile à recevoir des donations trop considérables et à plus forte raison un legs universel. Le jeune Saubrecourt soutenait qu'il était, à l'égard de la testatrice, dans le cas d'un étranger ; et qu'elle pouvait se choisir un héritier à son gré par la voie d'un testament. *Les lois*, disait-il, *écartent, il est vrai, les enfants naturels de successions de leur père, et même des avantages qu'ils pourroient recueillir par leur testament. La raison de cette sévérité est fondée sur ce que la loi a trouvé dans cette rigueur un moyen de réprimer les concubinages ; et la religion, une peine aux prostitutions : concourant toutes les deux à*

---

[932] GUYOT, *idem*, Pages 221-222.

attacher de l'indignité et de l'incapacité à la personne du Bâtard, elles ont puni par-là, jusques dans leurs descendans, les infracteurs, et ont effrayé ceux qui seroient tentés de le devenir, par la considération du sort qu'ils seroient aux fruits infortunés de leur désobéissance. Le législateur a bien senti que ce seroit un sentiment cruel au cœur de tout père de voir passer sa fortune à des héritiers indifférens, au préjudice de son propre sang : il a donc cru devoir mettre ce frein puissant à ce goût trop vif pour des cohabitations illicites : mais cette incapacité n'est que relative, et n'a d'effet que du père ou de la mère au fils. Un bâtard n'est point un être tellement proscrit dans la nature entière, qu'il ne puisse exiger et recevoir autre chose que des bienfaits alimentaires de son père : il n'est pas pour cela incapable de recevoir des marques d'attachement de tout ce qui n'a pas avec lui des rapports aussi rapprochés [...]. Les héritiers répondaient en se fondant sur le vice de l'origine du bâtard. *L'incapacité*, concluaient-ils*, subsiste pour l'aïeul comme pour le père, parce qu'elle est fondée sur l'indignité de la naissance ; et la relation qui règne entre eux est toujours honteuse, quoiqu'elle soit plus éloignée. Plus la parenté entr'eux est étroite, plus elle est vicieuse ; plus de pareilles dispositions sont défendues. [...] Or ce n'est que par le crime de la fille de la testatrice que Moreau de Saubrecourt est son petit-fils naturel. Par conséquent, la relation qui est entr'eux est vicieuse ; et tant que la source de cette liaison reste infectée de ce vice, la loi défend d'y chercher un héritier, et d'instituer pour tel celui qu'elle déclare indigne d'être revêtu de ce titre.* Les moyens soulevés par les héritiers l'emportèrent dans l'esprit des juges ; la cour confirma la sentence du Châtelet, qui avait annulé le legs universel et avait adjugé une pension de 300 livres à Moreau de Saubrecourt.[933] Dans le dernier état de l'ancien droit, l'inégalité la plus notable qui persistait entre les enfants naturels et les enfants légitimes était liée à la vocation successorale et à la faculté de recevoir des libéralités.

A la fin de l'Ancien Régime, la double incapacité de succéder à leur père et mère et aux parents de ces derniers, et de recevoir de leur père et mère des libéralités à titre universel se maintenait dans la tradition juridique, toujours avec cette justification reposant sur la prééminence de l'union matrimoniale. Cette position fut soutenue par Montesquieu dans son traité *De l'Esprit des Lois* (publié en 1748) où il fut clairement question de stigmatiser les unions illégitimes et par conséquence les enfants qui en étaient issus, pour mieux valoriser le

---

[933] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome premier, « Bâtard », Page 231.
GUYOT, *id.*, Pages 222-223.

lien matrimonial : *Il a fallu* […] *flétrir le concubinage ; il a donc fallu flétrir les enfants qui en étaient nés*.[934] En 1779, devant le parlement de Paris, l'avocat général Séguier déclara : *On a reconnu que le frein le plus fort qu'on a apporté aux conjonctions illicites était de flétrir, en quelque sorte, les enfants qui en étaient le fruit ; et tous les efforts du législateur ont eu pour but de porter les hommes au mariage, parce que le mariage est la source des sociétés civiles et le fondement des familles qui composent l'Etat. De là le principe, admis dans presque toutes nos coutumes, que les enfants naturels ne peuvent venir à succession... Il était juste de punir ce crime (la conjonction illicite) jusque dans les enfants, en privant les père et mère de la satisfaction qu'ils auraient eue de verser des bienfaits sur le fruit de leur union criminelle*.[935]

D'autres types de déchéances, de droit public, avaient été infligées aux enfants naturels au cours des siècles. Sous l'empire du droit romain, et *par rapport à l'Etat*, les bâtards n'étaient *point notés d'infamie*, et leur naissance ne leur imprimait *aucune tache honteuse*, notait D'Aguesseau.[936] Dans le *Livre de Justice et de Plet*, rédigé en 1270 (à Orléans), étaient relevées les incapacités du bâtard : il ne pouvait pas citer sa mère en justice, il lui était absolument interdit d'être témoin, il n'avait pas la faculté d'être élu maire, ni celle d'être élevé aux dignités, *parce qu'on craignait que ces honneurs accordés aux bâtards n'eussent pour résultat d'en augmenter le nombre*.[937] Aucune ordonnance n'avait statué sur l'aptitude des bâtards à exercer des charges publiques. La doctrine était partagée, certains auteurs se fondant sur les dispositions du droit romain et sur le silence de la loi pour accorder la faculté de posséder des offices et d'être promus aux dignités de l'État, et d'autres se basaient sur le droit canonique qui édictait l'inhabileté à recevoir des bénéfices. D'Aguesseau relevait qu'*un grand*

---

[934] MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Tome II, Paris, Bordas, 1990, liv. XXIII, chap. VI.

[935] AMIABLE Louis, *op. cit.*, Pages 381-382. L'auteur établit un parallèle entre les formulations de Séguier et deux doctrines dissemblables. D'une part, celle de Bossuet dans son traité *De la connaissance de Dieu et de soi-même* (chap. IV, n. 11) où il écrivit à propos du péché originel : *Punir les pères dans leurs enfants, c'est les punir dans leur bien le plus réel* [...] *; en sorte qu'il n'est pas moins juste de punir un homme dans ses enfants que de le punir dans ses membres et dans sa personne* [...] *Reconnaissons donc cette justice qui venge les crimes des pères sur leurs enfants.* L'implacabilité du droit canonique envers les enfants naturels s'était forgée à partir de la même pensée théologique. D'autre part, celle de Montesquieu. Il semble que la théorie de Séguier se rapprochait davantage de celle de Montesquieu (*la véritable*) qui fondait les déchéances subies par les bâtards sur l'importance fondamentale du mariage pour la société.

[936] *Cf.* D'AGUESSEAU, *op. cit.*, Pages 384-385. D'Aguesseau affirmait qu'*ils étoient capables d'aspirer aux Dignités et aux Magistratures*.

[937] *Li livres de jostice et de plet*, publiés par M. Rapetti, Paris, 1840, Pages 30, 34, 74, 81 et 177, cité par MORILLOT Léon, *op. cit.*, Page 371.

Magistrat [...] *fut d'avis que les bâtards étoient avant leur légitimation incapables de posséder des offices aussi-bien que des bénéfices*.[938] Au XVIIIe siècle, ces déchéances tombèrent en désuétude.

L'inhabileté aux ordres et aux bénéfices qui constituait une irrégularité attachée au défaut de naissance, et qui regardait à l'origine les enfants illégitimes des clercs, fut rendue générale, elle s'appliqua donc à tous les bâtards.[939] Il semble peu probable que l'irrégularité eût été édictée dans le droit canonique en l'absence du contexte de lutte des autorités ecclésiastiques contre les clercs concubinaires. Ce fut le concile de Poitiers de 1078 qui généralisa l'exclusion : tous les enfants naturels furent écartés des ordres, puis les conciles de Melfi de 1089 et de Clermont de 1095 réitérèrent cette règle (le canon 11 du concile de Clermont établissait l'inhabilité aux ordres pour les enfants illégitimes de façon générale et le canon 25 pour les fils des clercs engagés dans les ordres majeurs). Quant à l'inaptitude à posséder des bénéfices, elle fut établie pour tous les enfants naturels dans la seconde moitié du XIIe siècle, par une décrétale d'Alexandre III.[940]

Parmi l'ensemble des bâtards, les enfants des clercs concubinaires furent tout particulièrement honnis.

§ 4 : La spécificité de la condition des enfants nés de personnes engagées dans les ordres

Les enfants des personnes consacrées à Dieu par le vœu de chasteté étaient placés dans la catégorie des bâtards incestueux, ils étaient aussi nommés *liberi nati ex damnato coïtu*.[941] Comme pour les autres catégories de bâtards, la qualification de ces enfants s'appréciait à l'époque de la conception.

---

[938] *Cf.* D'AGUESSEAU, *idem*, Pages 419-420.
Cf. AMIABLE Louis, *idem*, Pages 389-390.
Pour un avis plus tranché, *cf.* MORILLOT Léon, *idem*, Page 379. Cet auteur affirmait que les bâtards étaient *aptes à remplir tous les offices royaux, soit dans la magistrature et l'armée, soit dans les finances et l'administration* ; et que l'opinion de ceux qui s'étaient élevés contre cette faculté *ne prévalut pas*.
[939] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *op. cit.*, « Bâtard », Page 279.
[940] GÉNESTAL Robert, *Histoire de la légitimation des enfants naturels en droit canonique*, Paris, E. Leroux, 1905, Pages 16 à 19 et 36.
[941] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome Premier, « Bastard », Page 181.

Dès le VIIe siècle, la répression s'abattit sur les enfants engendrés hors du mariage par des ecclésiastiques, afin de punir à travers eux leurs parents concubinaires. Le canon 40 du neuvième concile de Tolède de 655 décréta que les fils de prêtres étaient esclaves de l'église à laquelle était attaché leur père. Il apparaît qu'il s'agissait de la première mesure prise par l'Église à l'encontre des enfants illégitimes des clercs qui ouvrait la voie à leur future exclusion des ordres ecclésiastiques. Toutefois, un affranchissement suffisait pour effacer cette déchéance. De plus, le concile de Tolède n'étant pas un concile œcuménique, cette disposition avait une portée restreinte (l'Église d'Espagne), et il semble difficile de déterminer si elle fut respectée.[942] Aux Xe et XIe siècles, la décadence morale qui se manifestait dans les comportements des ecclésiastiques était telle que certains n'hésitaient pas à léguer leurs charges et leurs bénéfices à leur descendance illégitime. Dès lors, le risque était celui de la formation de dynasties au sein de l'Église.[943] Ce fut l'une des raisons expliquant la rigueur des autorités religieuses dans le combat contre les clercs concubinaires. Lors du synode de Pavie de 1018, fut décidée une mesure qui paraissait s'apparenter à celle émanant du concile de Tolède. Le pape Benoit VIII y annonça que les enfants de clercs serfs de l'Église et de femmes libres suivaient la condition du père et devenaient des serfs de l'Église. Le motif qu'il avait soulevé quant à cette décision était le suivant : les clercs serfs de l'Église avaient pour concubines des femmes libres, et les enfants qui naissaient de ces unions suivaient la condition de leur mère et donc étaient libres, et les clercs faisaient des libéralités sur le patrimoine de l'Église à leurs enfants en les faisant eux-mêmes entrer dans les ordres ; l'Église se retrouvait en conséquence amputée d'un certain nombre de serfs et de biens. La finalité était donc différente de celle du concile de Tolède : ce n'était pas de punir les clercs incontinents mais plutôt de sauvegarder les biens de l'Église.[944] Afin de résorber la corruption des mœurs, il fut décidé *d'éloigner de l'autel les enfants de ceux-là même qui le desservoient*.

Cf. ESMEIN A., *op. cit.*, Tome second, Page 139. Cet auteur, quand il évoque les enfants des prêtres concubinaires, affirme qu'*on les assimilait à des enfants adultérins*.

[942] GÉNESTAL Robert, *op. cit.*, Pages 5-6.

[943] *Cf.* DUBY Georges, *Le chevalier, la femme et le prêtre*, Paris, Hachette Littératures, 1981, Page 126 à 129.
Cf. BOLOGNE Jean Claude, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Hachette Littératures, 2005, Pages 151-152.

[944] GÉNESTAL Robert, *idem*, Pages 11-12, note 1. L'auteur relevait à propos de ces clercs serfs de l'Église, que *même affranchi pour être ordonné le serf d'Église restait dans une dépendance étroite de l'Église patron à qui revenaient tous ses biens*. Ce qui expliquait qu'*on ait encore pu appeler serfs des clercs ainsi affranchis. Il se peut aussi que la règle exigeant l'affranchissement préalable et l'ordination ait été purement et simplement violée*.

Les bâtards ne furent plus admis aux ordres, dans le but de les exclure des bénéfices que possédaient leurs pères. Cette règle avait été établie car on craignait que les enfants de ces clercs qualifiés d'incontinents *ne fussent induits au mal par l'exemple de leur père*. Cette discipline s'introduisit dans l'Église au concile tenu à Bourges en l'an 1031,[945] puis au concile de Poitiers en l'an 1078. Elle fut reprise par le concile de Melfi de 1089, ensuite elle fut confirmée par le pape Urbain II lors du concile de Clermont en 1095 ; et par Innocent II au concile général de Latran de 1139.[946] A travers les décisions papales, on constate la volonté d'empêcher que les bénéfices ne soient rattachés à un patrimoine familial, ce fut l'une des raisons motivant la prohibition du mariage des clercs. Le pape Alexandre III avait déclaré le mariage incompatible, sinon avec les ordres mineurs, du moins avec les bénéfices, car il considérait que les revenus de ces bénéfices n'était pas destinés à *élever des enfants dans le siècle*. Le pape Innocent III confirma ce décret, au motif que les fonds des bénéfices se dissipaient entre les mains de ceux qui fondaient une famille.[947] Dans les décrets qui établissaient *l'irrégularité*[948] *attachée au défaut de naissance*, il n'était question que des ordres sacrés, mais par la suite, une décrétale de Boniface VIII (1294-1303) étendit la prohibition à tous les ordres, y compris à la tonsure.[949] S'agissant de l'inhabileté aux bénéfices, selon le droit des Décrétales, un fils, légitime ou non, ne pouvait posséder un bénéfice dans l'église même dont son père était bénéficier ; il ne pouvait pas succéder immédiatement au bénéfice de son père ; mais il pouvait posséder le bénéfice dont son père avait été titulaire à condition de ne pas lui succéder immédiatement, et il pouvait également être pourvu d'un bénéfice que son père avait desservi sans en être titulaire.[950]

---

[945] *Cf.* GÉNESTAL Robert, *id.*, Pages 12-13. *Ce premier texte officiel semble ne donner à l'irregularitas qu'une portée restreinte. Seuls sont visés les fils de clercs, les enfants naturels des laïques ne sont pas nettement déclarés exclus du clergé*. L'existence de ce texte ne garantit pas que l'*irregularitas* ait été appliqué dans toute l'Église, d'autant plus que le concile de Bourges était un concile provincial.
GÉNESTAL Robert, *id.*, Page 12, note 2. L'auteur signale que les fils de clercs étaient, dans les textes qui édictaient l'inhabileté aux ordres, les enfants des prêtres diacres ou sous diacres (ceux soumis au célibat).
[946] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *op. cit.*, Tome premier, « Bâtard », Pages 278-279.
Cf. GÉNESTAL Robert, *id.*, Pages 14 à 16.
[947] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *idem*, Tome premier, « Célibat », Page 416.
[948] *Id.*, Tome troisième, « Irrégularité », Page 388. L'irrégularité *est un empêchement canonique de recevoir les ordres, et de faire les fonctions de ceux qu'on a reçus*.
[949] *Id.*, Tome premier, « Bâtard », Pages 279-280.
[950] *Ibidem*.

La Pragmatique Sanction de Bourges de 1438, dans un *Decretum de concubinariis*, interdit aux clercs de garder avec eux leurs enfants illégitimes. Le concordat de 1516, dans le titre 8, répéta cette prohibition.[951] Le concile de Trente, lors de la XXVe session (*de reform. chap. 15*) réitérait la règle de l'inhabileté aux ordres et aux bénéfices ; et confirmait, tout en le réformant sur certains points, le droit établi par les Décrétales. Les pères de Trente comptaient empêcher que par leur présence dans les lieux saints, les bâtards ne rappelassent à l'esprit, l'idée du crime dont ils étaient le fruit ; ils décidèrent que *les enfants des Clercs, qui ne sont pas nés de légitime mariage, ne pourront dans les mêmes Églises où leurs pères sont, ou ont eu quelque bénéfice ecclésiastique, posséder aucun bénéfice, même différent, ni servir de quelque manière que ce soit dans lesdites Églises, ni avoir des pensions sur les revenus des bénéfices que leurs pères possèdent, ou ont possédé autrefois*. Il fut alors prévu que si un père et un fils avaient des bénéfices dans la même église, le fils était contraint de résigner les siens dans un délai de trois mois ou de les permuter contre d'autres hors de cette église, sous peine d'en être privé de droit, toute dispense à cet égard était tenue comme subreptice. De plus les résignations réciproques de bénéfices entre père et fils étaient *déclarées faites contre l'intention du présent décret, et des ordonnances canoniques* ; et les collations consécutives à une telle résignation ou à d'autres, faites en fraude, ne pouvaient pas servir aux enfants des clercs. La disposition du concile de Trente fut suivie, les conciles qui eurent lieu postérieurement à celui de Trente étaient conformes à cette discipline.[952] Le concile de Trente n'avait pas été reçu en France, toutefois, les mesures relatives à l'irrégularité étaient applicables car elles avaient déjà été promulguées, en 1530, dans une bulle du pape Clément VIII.[953]

Le droit de l'Église admettait que comme les enfants incestueux auxquels ils étaient assimilés, les enfants illégitimes des ecclésiastiques, *fussent entretenus par leurs père et mère, jusqu'à ce qu'ils soient en état de gagner leur vie par eux-mêmes*.[954] Ce fut cette disposition du droit canonique et *l'équité naturelle* qui prévalurent dans le droit civil à l'égard des enfants incestueux ou adultérins, la faute des pères et mères ne devant pas *retomber avec tant de*

---

[951] GÉNESTAL Robert, *id.*, Page 42.
[952] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *id*., Tome premier, « Bâtard », Pages 279-280.
[953] GÉNESTAL Robert, *id.*, Pages 41-42.
[954] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *id*. Tome premier, « Aliments », Page 130.

rigueur sur les enfans, pour les priver d'alimens.[955] L'action contre un prêtre qui avait promis des aliments à son bâtard, devait être portée devant le juge d'Église, *comme étant toute personnelle*, c'est ce qui fut jugé par le parlement d'Aix, dans un arrêt du 22 décembre 1673.[956] Les bâtards des ecclésiastiques, comparés aux bâtards simples, étaient frappés par une privation plus rigoureuse de la faculté de recevoir des libéralités. En effet, les enfants des clercs, étant mis au rang des bâtards incestueux étaient incapables de recevoir de leurs pères et mères toutes sortes de donations et de legs excédant les simples aliments. Au surplus, cette incapacité passait en la personne des petits enfants des clercs, quoique nés d'un mariage légitime, ils ne pouvaient rien recevoir de leur aïeul, ou de leur aïeule en propriété.[957] Un arrêt du 5 août 1646 du parlement de Grenoble confirma une sentence qui avait validé un legs fait par un prêtre aux enfants de son fils bâtard, naturels et légitimes. Le motif de la cour : *Attendu la modicité du fait dont s'agit*, paraît éclaircir cette décision et l'arrêtiste suggérait d'ailleurs que si le legs avait été considérable, le jugement aurait été différent (et aurait été conforme à un arrêt rendu en 1571 par ce même parlement).[958] En dehors des raisons liées à la morale de l'Église, l'une des explications de la sévère réprobation envers les enfants de clercs se rattache aux successions. En effet, dans les familles, les fils qui entraient dans les ordres, étaient censés ne pas avoir de descendance et laisser leur héritage à leurs collatéraux ; ainsi la jurisprudence leur fut très défavorable.[959]

Par ailleurs, la question avait été soulevée de déterminer si l'action en déclaration de paternité pouvait être dirigée contre les *Gens d'Église*. Dans son Traité, Fournel répondait que les mêmes raisons qui rendaient l'action en déclaration de paternité non-recevable contre un homme marié, pour les dommages et intérêts, s'appliquaient aux ecclésiastiques, puisque la fille enceinte ne pouvait point alléguer l'inexécution de la promesse de mariage qu'elle savait bien être incompatible avec cet état. La présomption d'une promesse de mariage se trouvait anéantie. *La situation d'une pareille fille ne lui fournit aucun moyen de considération pour suppléer à un défaut de titre : au contraire, c'est de sa part une dépravation de mœurs et un*

---

[955] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome Premier, « Bastard », Page 184. La disposition du droit romain n'avait pas été adoptée en la matière : l'Empereur Justinien dans sa *Novelle* 89, chapitre dernier, avait décidé que les enfants incestueux ou adultérins ne pouvaient pas demander d'aliments à leurs parents.
[956] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *id*. Tome premier, « Aliments », Page 130.
[957] DENISART Jean Baptiste, Tome premier, *op. cit.*, « Bâtard », Pages 230-231.
Supra § 3.
[958] CHORIER Nicolas, *op. cit.*, Page 193, note d.
[959] ZINK Anne, *op. cit*., Page 713.

libertinage honteux, qui lui méritent l'indignation des honnêtes gens. Cependant s'il était établi que l'ecclésiastique eût déguisé son état, alors l'action en dommages et intérêts de la fille prenait un autre caractère ; et l'ecclésiastique, convaincu de cette supercherie criminelle, non-seulement était condamné en des dommages et intérêts, mais au surplus il avait à craindre des peines afflictives. Une autre hypothèse fut envisagée : celle où le clerc, auteur de la grossesse, n'était pas engagé dans les ordres sacrés ; dans ce cas, la fille pouvait-elle intenter contre lui une action en dommages et intérêts ? En faveur de cette dernière, on pouvait considérer que le clerc n'étant point exclu de la faculté de contracter mariage, elle avait pu *raisonnablement compter sur sa promesse, rien n'étant plus facile ni plus ordinaire que de voir un simple Clerc abdiquer l'état Ecclésiastique pour entrer dans celui du mariage*. Néanmoins, l'action en dommages et intérêts n'était pas ouverte contre un simple Clerc ; puisque bien que ce fût facile pour celui qui n'était pas promu aux ordres sacrés de se retirer de l'état ecclésiastique, pour autant on ne supposait pas la volonté d'une pareille abdication à celui qui continuait de porter les marques extérieures de cet état. Au contraire, il fallait supposer que celui qui avait embrassé un état, était dans l'intention d'y persévérer, et d'en parcourir tous les grades auxquels il avait droit de prétendre. Si la présomption de variation du clerc vers l'état d'homme marié était invoquée devant la justice (ce qui ne devait pas avoir lieu, la présomption n'étant pas légale), elle aurait été le fondement d'une demande en dommage et intérêts, qui, étant la peine de l'inexécution du mariage, aurait entrainé nécessairement une sollicitation tacite de l'accomplir. La condamnation du clerc aurait donc été la punition de son attachement à son état, et du refus d'entrer dans un autre. Or, c'était *inadmissible*, selon les propos de Fournel. Dès lors, la fille qui se plaignait d'avoir été abusée était coupable d'avoir perdu de vue les devoirs de son sexe, et en conséquence ne devait espérer aucune indulgence de la justice, *ennemie du désordre et du libertinage*. Dans tous les cas, la fin de non recevoir ne concernait que les dommages et intérêts. En effet, *à l'égard de la charge de l'enfant,* l'ecclésiastique, qui avait été reconnu comme le père, en demeurait chargé, de la même manière que l'était un laïque.[960]

Quant à la compétence pour connaître des demandes en déclaration de paternité, elle appartenait à l'officialité lorsque l'accusé était engagé dans l'état ecclésiastique. Il apparaît que ce principe ressortit d'un arrêt de février 1690. Un chanoine de l'Église de Bourges, le sieur

---

[960] FOURNEL, *op. cit.*, Pages 70 à 72.

Neraut, avait été traduit devant l'Official de Bourges par Catherine de Bize, qui se prétendait enceinte de ses œuvres. Une sentence le condamna à une pénitence publique, à se charger de l'enfant, et à payer une somme de 1500 livres par forme de dot à Catherine de Bize. Le chanoine interjeta appel comme d'abus de cette sentence, au motif qu'il n'appartenait pas aux officiaux d'accorder des dommages et intérêts. L'avocat général de Lamoignon soutint *qu'il y avoit une distinction à faire ; savoir que les parties étoient justiciables de l'Official pour l'ordinaire, ou qu'elles ne l'étoient qu'à cause du crime ; qu'au dernier cas, lorsque, par exemple, un particulier avoit fait une promesse de mariage, et qu'il ne l'exécutoit pas, s'il étoit assigné pour raison de ce pardevant l'Official, en ce cas celui-ci ne pouvoit le condamner en des dommages et intérêts pour l'inexécution, ni en l'amende, si ce n'étoit par forme d'aumône, pour être appliquée en œuvre pieuse : mais qu'au premier cas, lorsque c'étoit un Clerc, lequel étoit naturellement justiciable, il pouvoit le condamner en des amendes et des dommages et intérêts*. La distinction fut adoptée par la cour qui déclara qu'il n'y avait pas abus. L'appelant fut condamné en l'amende et aux dépens.[961]

S'ajoutait à la rigueur de la condition de ces enfants conçus par des gens d'Église, le fait de ne pas pouvoir accéder à l'ensemble des procédés qui aboutissaient à une assimilation des bâtards aux enfants légitimes. Alors que les enfants naturels se voyaient conférer, sous certaines conditions, la possibilité d'être intégrés dans la famille de leurs auteurs par la légitimation.

Section 2 – La légitimation des enfants nés hors mariage

C'est une fiction qui efface le vice de la naissance d'un bâtard, et le met au rang des enfans légitimes, Guyot définissait ainsi la légitimation. Plusieurs moyens permettaient *de tirer les bâtards de l'état auquel la tache de leur origine les avoient réduits*.[962] Ces diverses formes de légitimation réhabilitaient totalement (§ 1) ou seulement partiellement ces enfants (§ 2).

---

[961] FOURNEL, *op. cit.*, Pages 93 à 95.
[962] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 106.

§ 1 : L'effacement rétroactif du péché par le mariage subséquent des concubins

L'empereur Constantin fut le premier qui, pour inviter ses sujets à préférer l'honneur du mariage à la honte du concubinage, leur permit en se mariant de rendre légitimes les enfants nés pendant leur concubinage.[963] En effet, la légitimation par le mariage subséquent des père et mère provenait du droit romain, la pratique fut initiée sous l'empereur Constantin, et par la suite, les empereurs Zénon et Justinien légiférèrent également sur ce mode de légitimation.[964] Dans le droit impérial romain, les enfants nés d'un concubinat pouvaient être légitimés, ce qui n'était pas le cas des enfants issus d'une rencontre isolée.[965] La législation de Constantin fut probablement inspirée par l'Église, d'ailleurs le droit canonique repris le système de la légitimation par mariage subséquent.[966] L'institution romaine de la légitimation ne fut pas appliquée telle quelle mais modifiée par le législateur et la doctrine de l'Église pour la rendre plus accessible.[967]

Ce système figurait au chapitre 6 au titre des décrétales : *Tanta est vis matrimonii* [...]. Deux maximes s'étaient formées à partir de ce texte : la première était *que le mariage subséquent légitime de droit les enfants nés auparavant, de manière à les rendre entièrement semblables à ceux qui sont nés « constante matrimonio »*, et la seconde était *que le mariage subséquent ne produit pas ces effets, si les enfants sont nés ou s'ils ont été conçus avant le mariage, dans un temps où le père et la mère, où l'un des deux n'étoit pas libre, soit qu'ils fussent mariés ou qu'il y eût entr'eux quelqu'autre empêchement qui les empêchât de s'unir alors par le mariage*. De plus, une autre maxime avait été fondée sur d'autres chapitres de ce même titre : *l'ignorance de l'empêchement et la bonne foi d'un seul des conjoints mariés, rend les enfants légitimes, quoique le mariage vienne à être dissous par l'ordonnance du juge*.[968]

---

[963] D'AGUESSEAU, *op. cit.*, Page 393.
[964] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome troisième, « Légitimation », Page 68. Zénon permit en 476, à tous ceux qui avaient des enfants de leurs concubines de les rendre légitimes en épousant leur mère. Justinien en fit un droit général par ses constitutions de 529 et 530.
VIOLLET Paul, *op. cit.*, Page 396.
[965] TISSERAND Alice, *op. cit.*, Pages 696-697.
[966] VIOLLET Paul, *idem*, Page 396.
[967] PETOT Pierre, *op. cit.*, Page 350.
[968] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *op. cit.*, Tome troisième, Page 459.

La pratique séculière finit par admettre la théorie du mariage putatif qui avait été élaborée dans le droit canonique classique entre la seconde moitié du XIIe siècle et le XIVe siècle.[969] Les jurisconsultes du XVIIIe siècle plaçaient au même niveau l'enfant légitimé par mariage subséquent et celui légitimé par la bonne foi de son père ou de sa mère qui croyaient leur mariage valable dans le temps où l'enfant avait été conçu, quoique le mariage fut nul, dans les deux cas l'irrégularité due au défaut de naissance était purgée.[970] La théorie du mariage putatif fut associée à la théorie du mariage subséquent par la doctrine canonique pour aboutir à la solution suivante : un mariage nul, mais qui avait été contracté de bonne foi, légitimait les enfants nés antérieurement à sa célébration.[971] Ce système du mariage putatif ne pouvait-il pas s'appliquer par analogie aux relations hors mariage ? Le concubinat putatif fut un sujet très controversé : lorsque des concubins, ou l'un d'entre eux, pendant leur concubinage, ignoraient le degré de parenté ou d'alliance qui existait entre eux, devait-on prendre en compte la bonne foi des parents et permettre la légitimation par le mariage subséquent contracté grâce à une dispense ? La plupart des canonistes et des romanistes ne souscrivirent pas à la légitimation dans cette hypothèse, au motif que si les concubins ignoraient l'empêchement qui s'opposait à la légitimité de leur union, ils savaient qu'ils entretenaient une relation illicite. Même si *la faveur de la légitimation est grande*, leur mariage ne pouvait pas couvrir ces deux fautes.[972]

La pratique séculière admit aux environs du milieu du XIIe siècle la légitimation par mariage subséquent, et s'aligna sur le système canonique dans sa majeure partie. Suivant la doctrine canonique, la légitimation se réalisait automatiquement, comme *un effet naturel du mariage*. Sur ce point, le droit coutumier se différenciait en prévoyant un certain formalisme conditionnant la légitimation.[973] Lorsque Beaumanoir mentionnait la légitimation par le mariage subséquent, il notait que lors de la célébration du mariage, l'enfant était *mis dessous le drap*, [974] c'est-à-dire sous le voile placé au-dessus de la tête des mariés. Certaines coutumes prévoyaient expressément la légitimation par mariage subséquent. Par exemple, la coutume de

---

[969] *Cf.* PETOT Pierre, *op. cit.*, Pages 343 à 346.
[970] GUYOT, *op. cit.,* Tome second, « Bâtard », Page 227.
[971] PETOT Pierre, *op. cit.*, Page 350.
[972] *Cf.* GÉNESTAL Robert, *op. cit.*, Pages 164-165.
Cf. PETOT Pierre, *op. cit.*, Pages 350-351.
[973] *Cf.* PETOT Pierre, *op. cit.*, Pages 350 et 352-353.
[974] BEAUMANOIR Philippe de, *Coutumes de Beauvaisis*, Tome premier, Paris, Alphonse Picard et fils, 1899, Chap. XVIII, § 600, Page 295.

Troyes, à l'article 108, édictait : *Les enfants nés hors mariage de soluto et soluta puisque le père et la mère s'épousent l'un l'autre, succèdent et viennent à partage avec les autres enfants, si aucun y a*. La coutume de Bar, celle de Sens, celle d'Auxerre, et celle de Melun contenaient des dispositions semblables, et les juristes en déduisaient que *tel est le droit commun de toute la France*.[975] Commentant la coutume du Nivernais, Guy Coquille (jurisconsulte du XVIe siècle) établissait une règle générale : *La légitimation par mariage subséquent désire* [...] *que la femme fût au concubinat et en la compagnie ordinaire de l'homme, et de telle façon qu'il ne restât que le sacrement et dignité de mariage qu'ils ne fussent mari et femme*.[976]

Pothier avait examiné les raisons de l'indulgence du droit canonique pour la légitimation des enfants nés avant le mariage : *la couleur que le droit canonique donne à cette légitimation, est qu'il suppose que lorsque les père et mère de ces enfants ont eu ensemble le commerce charnel dont ils sont nés, ils avoient dès lors intention de contracter mariage ensemble : que c'est la violence de la passion qu'ils avoient l'un pour l'autre, qui les a fait succomber à la tentation d'en prévenir le temps : que ce commerce est une espèce d'anticipation du mariage qu'ils se proposoient alors de contracter, et qu'ils ont depuis effectivement contracté : que les enfants nés de ce commerce, doivent en conséquence être regardés comme des fruits anticipés de ce mariage, et comme s'ils en étoient nés*.[977] *Le concubinage n'étant aujourd'hui* (au XVIIIe siècle) *qu'une débauche contraire à la pureté de la religion et des mœurs, les bâtards qui en naissent ne sont plus considérés comme « enfants naturels », dans le sens que les lois romaines donnoient à ces mots* (c'est-à-dire les bâtards nés du concubinage, qui, chez les romains, n'était, comme le rappelait Guyot, *qu'un mariage improprement dit*, puisqu'*on pouvoit vivre licitement en concubinage*) *; nous les confondons avec ceux qu'elles appeloient « spurii » et « vulgo quœsiti » ; et comme ces derniers ne jouissoient pas du privilège de la légitimation par mariage subséquent, il est clair qu'à nous attacher strictement au texte du droit romain, nous ne devrions appliquer ce privilège à aucune espèce de bâtard*. Le droit canonique en avait décidé autrement. La décision issue des décrétales ne se rapportait pas *comme les lois romaines, aux enfants nés d'un concubinage*

---

[975] POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, *op. cit.*, Tome second, n° 412, Page 33.
GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Pages 109-110.
[976] COQUILLE Guy, *Commentaire sur la coutume du pays et duché de Nivernais*, titre des fiefs, art. 20, cité par GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 120.
[977] POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, *op. cit.*, Tome second, n° 410, Page 29.

innocent et permis ; elle était conçue dans des termes généraux qui renfermaient *tous les enfants nés du commerce illicite que le père et la mère ont eu ensemble avant de se marier*. Il était notable que *cette extension est fondée sur les vues les plus sages et les plus équitables*, ce fut pour inciter les concubins à se marier que le droit canonique avait donné au mariage *l'effet de légitimer les fruits de la débauche et du crime. Lorsqu'une fille a eu le malheur de s'abandonner à un homme, il est intéressant pour l'ordre public et le bien général de la société, que sa faute soit couverte et son honneur réparé par le mariage ; mais comme il arrive souvent,* [...] *qu'ils continuent de vivre ensemble dans le désordre, il a fallu que les lois leur offrirent dans une union sainte et respectable, des avantages assez précieux pour les porter à la contracter*. Les mêmes raisons conduisirent la jurisprudence à statuer selon les lois de l'Église en la matière.[978]

La condition essentielle requise pour la légitimation était l'existence d'un véritable mariage entre le père et la mère des enfants naturels. De simples fiançailles ne pouvaient suffire à opérer la légitimation. Le parlement de Rouen en jugea ainsi dans un arrêt du 9 décembre 1604, par lequel une fille nommée Guillemine fut déclarée illégitime, bien que depuis sa naissance son père eût été fiancé avec sa mère, (la bénédiction nuptiale n'ayant pu être donnée en raison de la mort inopinée de l'un des époux) et quoique le père l'eût reconnue.[979] Un mariage secret étant considéré comme nul quant aux effets civils, il ne conférait pas la légitimation.[980] La question de la possibilité de la légitimation des enfants, dont les parents avaient contracté un mariage *in extremis*,[981] apparaît comme un sujet portant à controverse.[982] Selon le droit canonique, les mariages *in extremis* avaient pour effet de légitimer les enfants naturels. La jurisprudence des tribunaux royaux suivit d'abord ce principe ; puis la déclaration royale du 26 novembre 1639 décréta à l'article 6, l'incapacité de succéder des enfants procréés par un couple qui se mariait *à l'extrémité de la vie* (et ce fut l'édit de mars 1697, à l'article 8, qui étendit cette incapacité à l'encontre des enfants nés postérieurement au mariage). La loi fut alors interprétée comme privant les mariages *in*

---

[978] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 109.
[979] *Idem*, Tome dixième, « Légitimation », Page 110.
[980] MORILLOT Léon, *op. cit.*, Pages 388-389.
[981] *Supra* Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 5.
[982] *Cf.* PETOT Pierre, *op. cit.*, Pages 475-476. Cet auteur relève que *le mariage in extremis ne pouvait pas légitimer* ; et GENDREL Michel, *Les mariages in extremis*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958, Pages 70 à 75. Cet auteur réfutait la *doctrine dominante* qui refusait la qualité de légitimes à ces enfants. D'après lui, ces enfants étaient légitimes, *d'une légitimité vidée certes de ses conséquences pécuniaires*.

extremis de tous les effets civils, même si elle ne le déclarait pas expressément.[983] L'argument utilisé par un grand nombre de juristes de l'ancien droit, tels Sœfve et Lebrun, était le suivant : *la légitimation est un des effets civils du mariage ; étant privé de tous les effets civils, le mariage in extremis ne peut légitimer* les enfants issus d'un couple marié de cette façon.[984] Cette théorie fut donc, le plus souvent, suivie. Dans son *Traité des enfants naturels*, Loiseau (juriste du début du XIXe siècle) approuvait rétrospectivement cette doctrine, il énonçait que *l'ordonnance de 1639 ayant privé de toute espèce d'effets civils les mariages contractés in extremis, un tel mariage ne pouvait légitimer les enfants naturels préexistants*.[985] Une solution opposée avait pourtant été admise par des arrêtistes qui soutenaient notamment que ces enfants étaient traités comme illégitimes seulement par rapport aux successions.[986] Denisart traitait de la même manière les mariages clandestins que ceux contractés *in extremis* : *ni le mariage clandestin, ni celui qui est fait à l'extrémité de la vie, ne légitiment les enfants de ceux qui se sont ainsi mariés, d'une manière à les rendre capables de succéder et de jouir des effets civils : ces sortes de mariages effacent seulement la honte et la tache de la naissance*.[987]

Un autre cas était soulevé par les jurisconsultes, celui du mariage nul par l'effet d'un empêchement ignoré, mais qui produisait des effets civils à cause de la bonne foi des parties ou de l'une d'elles. La question était celle de déterminer si un tel mariage, appelé putatif, opérait la légitimation des enfants nés du commerce illicite que les parties avaient eu ensemble dans un temps où elles eussent pu se marier valablement. Un grand nombre de docteurs ultramontains avaient soutenu l'affirmative, Guyot qualifiaient les raisons sur

---

[983] GENDREL Michel, *op. cit*., Pages 73-74. Cet auteur objecte qu'il s'agissait d'une loi pénale, et elle aurait du être interprétée restrictivement. Il explique que la jurisprudence *a étendu la prohibition de l'Ordonnance, non seulement à toutes les successions directes et collatérales, même des frères entre eux, mais encore aux avantages résultant des conventions matrimoniales, bref à toutes espèces d'intérêts pécuniaires*, [...] et que *le but des promoteurs de l'Ordonnance comme de ceux qui l'appliquèrent était de sauvegarder les biens familiaux, d'éviter que, par fraude ou manœuvres, ces biens ne passent en des mains indignes*. Et il ajoute que la jurisprudence *n'a jamais touché* [...] *à la légitimation.*

[984] SŒFVE, *Nouveau recueil de plusieurs questions notables, tant de droit que de coutumes, jugées par arrest d'audiance du Parlement de Paris*, Paris, 1682, Tome 2, cent. 3, chap. 89, et LEBRUN, *Traité des successions*, Paris, 1775, liv. I, chap. 2, sect. 1, dist. 1, Page 25, cités par GENDREL Michel, *op. cit*., Pages 71-72.

[985] LOISEAU, *Traité des enfants naturels*, 1811, Page 323, cité par GENDREL Michel, *op. cit.*, Page 72.

[986] LE PRESTRE, *Questions notables de droit*, Paris, 1679, cent. 2, chap. II, Page 382, cité par GENDREL Michel, *op. cit.*, Page 75. *Avant* [...] *on n'avait pas ouï parler d'une loi qui* [...] *séparait de la succession du père la qualité d'enfant légitime*.

AUGEARD, *Arrest notables des différents tribunaux du royaume*, Paris, 1752, Page 354, cité par GENDREL Michel, *op. cit.*, Pages 70-71. Ces enfants *jouissent de tous les honneurs de la légitimité*.

[987] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome troisième, « Légitimation », Page 69.

lesquels ils s'appuyaient de *spécieuses*.[988] La plupart des auteurs qui s'étaient penchés sur cette matière, dont, entre autres, Furgole (jurisconsulte du XVIIIe siècle) et Pothier, défendaient la position inverse : un mariage putatif ne pouvait avoir l'effet de légitimer les enfants nés du commerce illicite qui l'a précédé, il légitimait les enfants auxquels il donnait l'existence en raison de la bonne foi des parties ou de l'une d'elles, et comme il ne pouvait y avoir eu de bonne foi dans le concubinage antérieur, les enfants qui en étaient provenus ne méritaient pas qu'on s'écarta en leur faveur de la règle qui réputait bâtard tout homme né hors du mariage.[989] La jurisprudence, contredisant en cela la doctrine canonique, dénia donc, dès la fin du XVIIe siècle, au mariage putatif la vertu de légitimer les enfants nés avant sa célébration.[990] Il en fut ainsi jugé dans un arrêt du 15 mars 1674 intervenu dans *l'affaire du fameux Jean Maillard*. Les enfants nés du commerce que Thibault de la Boissière avait eu avec la femme de Maillard, qu'on croyait mort, ce commerce ayant été ensuite transformé en mariage, furent (*avec raison,* selon Pothier) déclarés illégitimes. Le mariage se trouvait nul par la représentation de Maillard, et était considéré comme putatif en raison de la bonne foi des époux. Pourtant, le parlement jugea que les enfants n'avaient pu être légitimés, car ils

---

[988] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Pages 110-111. Leurs arguments étaient les suivants : d'abord, *il est de maxime que la bonne foi sert autant au possesseur que la vérité, qu'elle lui attribue le droit de garder utilement la chose dont il jouit, et même d'en prescrire la propriété. Pourquoi sa force seroit-elle moindre dans le mariage, où la possession est pour les enfans un titre de légitimité et dans lequel on ne considère que l'intention?* Ensuite, *les enfants nés d'un mariage putatif sont incontestablement légitimes : or ne seroit-il pas injuste que ceux qui sont nés avant ce mariage demeurassent bâtards?* Et enfin, *la célébration du mariage purge la tache du commerce illicite, et pendant tout le temps qu'on croit cette célébration valable, elle fait considérer les enfants nés de ce commerce, comme véritablement légitimés : cela étant, peut-on, lorsqu'on reconnoît la nullité du mariage, faire rentrer ces enfans dans la classe des bâtards? L'Église peut-elle condamner ainsi ce qu'elle a approuvé?* [...]

[989] POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, *op. cit.*, Tome second, n° 419, Pages 47-48.

GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 111. Guyot répondait à chacun des arguments des docteurs ultramontains. D'abord, *le mariage ne se forme point par prescription ; le temps seul ne rend pas véritable un mariage qui n'est que putatif ; ainsi, quoique la bonne foi puisse, en certaines matières, produire le même effet que la vérité, elle doit être sans force dans notre espèce, parce que les textes du droit civil qui ont introduit la Légitimation par mariage subséquent, ont tous parlé d'un mariage valable* [...] *un mariage qui forme de véritables nœuds, et non pas des nœuds apparens ; un mariage qui se contracte en effet, et non pas en figure*. Ensuite, *il n'est pas extraordinaire qu'entre plusieurs frères, les uns, nés avant le mariage, demeurent bâtards toute leur vie, tandis que les autres, nés pendant le mariage, sont légitimes.* [...] *Or, s'il en est ainsi dans le cas d'un mariage véritable, à combien plus forte raison doit-il en être de même dans le cas d'un mariage putatif?* Et enfin, Guyot soutenait qu'*il ne légitime pas : il n'y a donc point d'inconvénient, lorsque la nullité en est reconnue, de laisser dans leur état primitif les enfans nés avant un tel mariage*.

[990] PETOT Pierre, *op. cit.*, Pages 473 et 475.

n'eussent pas même pu être légitimés par un mariage légitime puisqu'un empêchement dirimant existait au temps de la conception.[991]

Il était indispensable de déterminer à quel moment il fallait que les père et mère eussent été libres de se marier ensemble.[992] Selon la doctrine canonique, il n'était pas nécessaire que la liberté eût subsisté à la fois au moment de la conception et à celui de la naissance, mais seulement à l'un ou à l'autre.[993] La jurisprudence proscrivit formellement cette opinion, par un arrêt du parlement de Bordeaux du 14 février 1617. Furgole défendait la position jurisprudentielle : *Les raisons sont que par une fiction de droit introduite en faveur des enfants, on regarde le père et la mère comme s'ils étoient mariés ensemble lorsque les enfants ont été conçus, laquelle présomption ne peut pas avoir lieu quand l'un d'eux est marié à un autre ; que la tache est contractée par la conception, et non par la naissance ; que cette tache est imprimée à l'enfant au moment qu'il est conçu, et qu'elle ne peut point être effacée par la naissance ; parce qu'elle ne diminue point la faute et ne fait point que la conjonction ne soit également réprouvée, et que le mariage subséquent ne peut point la laver ni la purifier ; qu'ainsi la femme ayant conçu d'un adultère, son fruit demeure toujours adultérin, quoique l'adultère devienne libre dans l'intervalle de la conception et de la naissance.*[994] La jurisprudence fut très rigoureuse dès la seconde moitié du XVIIe siècle, le bâtard ne pouvait être légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère que si ceux-ci étaient libres au moment de la conception et de la naissance, le parlement de Paris statua selon ce principe dans un arrêt du 18 mars 1656, puis dans un autre rendu le 3 février 1661, et dans un troisième du 4 juin 1697.[995] Les enfants adultérins n'étaient pas légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère, la jurisprudence fut significative en la matière. Il y eut entre autre un arrêt, rendu par le parlement de Toulouse en 1678, dans lequel il fut jugé, non seulement qu'une fille adultérine n'avait pas été légitimé par le mariage subséquent de son père et de sa mère ; mais encore qu'une transaction passée du vivant de la mère entre cette

---

[991] POTHIER, *idem*, Pages 47-48.
GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 116.
[992] Sur cette question , *cf.* LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « *Tanta est vis matrimonii* : L'écho français d'une vieille controverse », dans LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Autour de l'enfant, Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804*, Leiden-Boston, Brill, 2008, Pages 301 à 314.
[993] *Cf.* GÉNESTAL Robert, *op. cit.*, Pages 160 à 162.
Cf. PETOT Pierre, *op. cit*., Pages 348 et 476-477.
[994] FURGOLE, cité par GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 112.
[995] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome troisième, « Légitimation », Page 68.

fille et sa sœur légitime, ne pouvait nuire à celle-ci, ni donner à celle-là le droit de succéder, *les transactions devant céder à cet intérêt de l'honnêteté et des bonnes mœurs, auquel des conventions particulières n'ont jamais le pouvoir de déroger*.[996] Dès lors, lorsqu'un homme marié avait eu un commerce adultérin avec une femme, le mariage qu'il contractait avec elle après la mort de sa femme, ne pouvait légitimer les enfants nés de ce commerce, car lors de ce commerce ils étaient absolument incapables de contracter mariage ensemble. D'Aguesseau compila un exposé complet sur cette question et toutes les opinions des auteurs à l'occasion d'une affaire célèbre. Dans son plaidoyer, d'Aguesseau blâmait la légitimation par mariage subséquent : *la légitimation per subsequens matrimonium n'est pas véritablement favorable, si l'on réfléchit sur ses conséquences* [...]. *Elle entretient, fomente, multiplie le concubinage, dans l'espérance de pouvoir un jour donner un état aux enfants*.[997] L'arrêt du 4 juin 1697 du parlement de Paris fut rendu conformément aux conclusions de l'avocat général d'Aguesseau, il confirma une sentence du Châtelet ; il fut jugé que le mariage subséquent de Tiberio-Fiorelli, connu sous le nom de Scaramouche, avec Marie Duval, n'avait pas légitimé une fille née du commerce qu'il avait eu ensemble, à une période où l'un d'eux était marié à l'insu de l'autre et de tout le public.[998] La règle générale en la matière, était énoncée par Pothier : *le mariage ne peut légitimer que les enfants nés d'un commerce inter solutum et solutam, c'est-à-dire libres l'un et l'autre d'un autre engagement* [...] *; et il ne peut jamais purger le vice d'un commerce adultérin pour légitimer les enfants qui en sont nés*.[999] La question parallèle de l'hypothèse d'un concubinat putatif était débattue : cette règle devait-elle recevoir exception dans le cas où l'une des parties ignorait que l'autre était mariée lors de leur commerce charnel ? Les arguments des partisans de l'exception étaient réfutés par de nombreux auteurs dont Pothier ; celui-ci rappelait notamment que les coutumes de Troyes et de Sens édictaient que les enfants nés avant le mariage *ex soluto et soluta* étaient légitimés par le mariage que contractaient par la suite leurs père et mère, eux seuls étaient compris dans la disposition de la loi et donc on ne pouvait l'étendre à ceux nés *ex conjugato et soluta*. Peu importait que la partie qui était libre eût ignoré ou pas que l'autre fût mariée, il suffisait que les enfants soient nés *ex conjugato et soluta* pour qu'ils ne pussent être légitimés. Les partisans de l'exception se

---

[996] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 112.
[997] AGUESSEAU d', « XLVIIe plaidoyer du 4 juin 1697 », dans *Œuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau*, Tome quatrième, Paris, Libraires associés, 1764, Page 281.
[998] POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, *op. cit.*, Tome second, n° 416, Page 44.
GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 116.
[999] POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, *op. cit.*, Tome second, n° 415, Page 38.

fondaient sur le chapitre *ex tenore* aux décrétales, suivant lequel la bonne foi de l'une des parties qui a épousé l'autre publiquement, sans savoir que celle-ci était mariée, suffit pour rendre les enfants légitimes. Selon Pothier, il n'y avait aucune comparaison à faire entre une femme qui croyait contracter un mariage légitime en épousant un homme qu'elle ignorait être marié à une autre, et une femme qui avait un commerce avec un homme qu'elle savait être criminel, quoiqu'elle ignorait qu'il était adultérin. Dans le cas du chapitre *ex tenore*, la femme était parfaitement innocente, la loi tenait compte de la bonne intention qu'elle avait de donner à l'Etat des enfants légitimes par un mariage qu'elle croyait légitime, et elle la récompensait en donnant aux enfants nés de ce mariage nul les titres et les droits des enfants légitimes. Alors que dans l'espèce étudiée, la femme qui avait une relation charnelle avec un homme qu'elle ignorait être marié n'était pas innocente, même si elle croyait ne commettre avec cet homme qu'une simple fornication, et non un adultère, elle n'ignorait pas que le commerce qu'elle avait eu avec cet homme, était *défendu par la Loi de Dieu*.[1000]

La légitimation ne se produisait que si les père et mère pouvaient contracter mariage lors du commerce qu'ils avaient eu avant leur mariage, donc les enfants incestueux ne pouvaient pas être légitimés par mariage subséquent. Néanmoins, la question du mariage subséquent contracté avec dispense se posa : légitimait-il les enfants incestueux ? La réponse négative *paroît au premier abord incontestable*, observait Guyot, le père et la mère de ces enfants ne pouvaient pas se marier au moment où ils entretenaient leur *commerce criminel*. Cependant, il fallait distinguer si l'empêchement produit par la parenté faisait partie de ceux que l'église ne levait qu'avec peine, ou s'il était facile d'obtenir une dispense. Dans le cas où une dispense n'était que rarement accordée, les enfants n'étaient pas légitimés, c'est ce qui fut jugé par un arrêt du 11 décembre 1664. Il s'agissait d'un mariage contracté entre un oncle et sa nièce qui était en même temps sa filleule, en vertu de lettres de dispense portant clause de légitimation pour les enfants nés auparavant ; voici les termes de l'arrêt : *La cour ... faisant droit sur l'appel comme d'abus du rescrit de cour de Rome, dit qu'il a été mal, nullement et abusivement impétré et exécuté en ce qui concerne la Légitimation des enfans ; ce faisant les déclare incapables de toutes successions...*[1001] Lorsque les parties étaient capables de contracter mariage, au moins à l'aide d'une dispense qui pouvait être obtenue facilement,

---

[1000] POTHIER, *op. cit.*, Tome second, n° 416, Pages 38 à 44.
GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Pages 114 à 116.
[1001] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 114.

quoiqu'elle ne le fut pas encore, la légitimation était accordée. Les enfants nés du commerce que des cousins avaient eu ensemble étaient légitimés par le mariage avec dispense de leurs parents ; cela était du à l'effet rétroactif donné à la dispense, elle purgeait ainsi le vice d'inceste qu'avaient leurs relations hors mariage.[1002] La jurisprudence avait adopté ce principe. Il en fut ainsi jugé au parlement de Besançon, au parlement de Toulouse, et au parlement de Paris qui, par exemple, dans un arrêt du 4 juin 1725, maintint le fils du sieur Beau, né avant le mariage de son père avec la cousine germaine de la première femme de celui-ci, *dans la possession de se dire fils légitime* ; et, qui, dans un arrêt du 1er août 1738, confirma une sentence de la sénéchaussée d'Auvergne, qui avait maintenu un enfant né de Pierre-Antoine et de Marguerite d'Aubusson, cousins germains, depuis mariés avec dispense, *dans le droit et la possession de prendre le nom et les armes de la maison d'Aubusson*.[1003]

Le principe établi étant que la légitimation par mariage subséquent était possible pour les enfants à la condition que leurs parents eussent été capables de contracter mariage ensemble lors de leurs relations, il en résulte que les enfants nés d'une personne engagée dans les ordres sacrés ou dans l'état religieux ne pouvaient pas profiter du bénéfice de la légitimation par mariage subséquent, même si celui-ci était contracté avec une dispense ; la dispense habilitait bien celui à qui elle était accordée à se marier, mais elle n'effaçait pas le vice de la naissance des enfants conçus auparavant.[1004] Le Brun (jurisconsulte du XVIIIe siècle, auteur du *Traité des successions*) notait cependant qu'il y eut une affaire dans laquelle la légitimation *per subséquens* d'enfants nés d'un conseiller de la cour, sous-diacre, et d'une abesse fut autorisée. *Mais*, indiquait-il, *ce fut parce que les parens qui avoient donné les mains au mariage, s'avisèrent, long-temps après et à l'occasion d'une succession collatérale, de contester l'état des enfans ainsi légitimés ; et cette circonstance donna lieu à l'arrêt du 18 mars 1666, par lequel, sur l'appel comme d'abus de l'exécution de la dispense des ordres et de la célébration du mariage, on mit les parties hors de cour et de procès*.[1005] La question suivante se posa : l'enfant né du commerce charnel entre un simple clerc pourvu d'un bénéfice et sa concubine pouvait-il être légitimé par leur mariage intervenu par la suite ? Pothier

---

[1002] POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, *op. cit.*, Tome second, n° 414, Page 37.
[1003] GUYOT, *idem*, Tome dixième, « Légitimation », Page 114.
[1004] GUYOT, *id.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 113.
[1005] LE BRUN, cité par GUYOT, *ibidem.*

relevait que ce fut *une question agitée entre les anciens Canonistes*.[1006] Effectivement, il y eut des *docteurs ultramontains* qui avancèrent une réponse négative, cette opinion fut suivie, entre autre, par Bartole et Balde (jurisconsultes italiens du XIVe siècle) ; leur argument principal étant que le mariage ne pouvait, dans cette espèce, avoir un effet rétroactif à la naissance des enfants, puisque dans ce cas, un clerc aurait eu en même temps un bénéfice et une femme, ce qui était incompatible. De plus, ils se récriaient *sur l'énormité d'un bénéficier qui nourrit des revenus de l'église, la compagne et les fruits de sa débauche*. *C'est*, disaient-ils, *joindre la pureté de l'église avec la corruption du siècle*... Mais la pratique séculière rejeta ces raisons et admit que l'enfant d'un simple bénéficier pouvait être légitimé par mariage subséquent.[1007] Pothier soutenait que l'enfant pouvait être légitimé car ses parents pouvaient se marier, que le bénéfice du clerc n'était pas un empêchement de mariage, et que le clerc perdait seulement son bénéfice en se mariant. Un arrêt du 7 septembre 1675 en jugea ainsi. La solution était identique pour un enfant né du commerce charnel d'un homme avec une religieuse novice, il était légitimé par le mariage que ses père et mère avaient contracté depuis, puisque seule la profession solennelle rendait incapable de contracter mariage.[1008]

Par ailleurs, un cas spécifique avait du être réglé par les auteurs : celui où l'enfant né avant le mariage de ses parents était mort aussi avant le mariage et en laissant des descendants légitimes. Le mariage que contractaient le père et la mère de cet enfant donnait-il les droits de famille aux descendants de cet enfant ? Des post-glossateurs, dont notamment Balde, avaient refusé d'admettre la création, par le mariage subséquent des grands-parents, d'un lien légitime entre eux et leurs petits-enfants. L'opinion contraire était tenue par d'autres post-glossateurs, Bartole entre autres. Moins intransigeante que sur d'autres hypothèses touchant la légitimation, la jurisprudence pencha en faveur de cette solution. *Elle paroît la plus plausible*, indiquait Pothier, et il expliquait que la légitimation fut établie en faveur de tous ceux qui descendaient de l'union que les parties avaient eu avant leur mariage et pas seulement des enfants nés de cette union : *La loi par la fiction de la légitimation, purge le vice de l'union que les parties ont eu ensemble avant le mariage ; la fait regarder comme une espèce*

[1006] POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, *op. cit.*, Tome second, n° 414, Pages 36-37.
[1007] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 113.
[1008] POTHIER, *idem*, Pages 36-37.

d'anticipation du mariage qu'elles ont depuis contracté, et par conséquent les enfants qui sont nés, et tous ceux qui en sont descendus, comme enfants de ce mariage par anticipation.[1009]

L'*ancien usage*, consistant à *mettre les enfants sous le poêle* pour les légitimer lorsque les père et mère se mariaient, ne se pratiquait plus en bien des endroits, indiquait Denisart au XVIIIe siècle, le mariage produisait la légitimation des enfants sans cette cérémonie, et même si les père et mère n'avaient pas parlé d'eux, parce que disait-il, *la loi opère indépendamment de leur volonté*.[1010] Pothier estimait, lui aussi, que la légitimation des enfants se faisait par la seule force du mariage que leurs père et mère contractaient ; il n'était donc pas nécessaire que le consentement de ceux-ci intervînt et il n'était pas en leur pouvoir de priver leurs enfants du *droit que la loi leur donne, par l'effet qu'elle donne au mariage de leurs père et mère de les légitimer*. La cérémonie qui consistait à faire paraître les enfants *sous le poêle* était, d'après lui, une reconnaissance solennelle de ces enfants mais n'était pas nécessaire lorsque les parties les avaient reconnus *de quelque autre manière que ce soit, soit avant, soit depuis leur mariage*, c'est-à-dire, lorsque ces enfants pouvaient, *de quelque manière que ce soit, justifier leur état*.[1011] Plusieurs autres manières de faire cette reconnaissance étaient précisées par Guyot : *par exemple, en rappelant les enfants déjà nés, soit dans le contrat de mariage, soit dans l'acte de célébration, soit dans un acte séparé*. En outre, il faisait observer qu'en dehors du cas où il y avait une preuve de prostitution de la part de la femme, la déclaration du père lors de la célébration du mariage devait prévaloir au silence ou à la fausse énonciation de l'extrait baptistaire. Ainsi, un arrêt du 5 septembre 1675 déclara que les enfants naturels du sieur de Beaulieu, baptisés sous le nom de leur mère seule, et reconnus par lui au moment du mariage subséquent, étaient légitimes. Dans le même sens, un arrêt rendu par le parlement de Paris le 7 juin 1707 maintint *un enfant légitimé par mariage subséquent en possession de son état, nonobstant les variations où étaient tombés le père et la mère lorsqu'ils l'avoient légitimé et fait baptiser*. *Cette jurisprudence est fondée sur l'équité la plus palpable,* faisait remarquer Guyot. *A quoi seroient réduits ces enfans malheureux que l'opprobre environne, s'ils ne pouvoient être légitimés qu'en rapportant un extrait baptistaire dans lequel seroient rappelés les noms des auteurs de leurs jours ? Peu de personnes sont jalouses de faire porter*

[1009] POTHIER, *op. cit.*, Tome second, n° 413, Pages 34 à 36.
PETOT Pierre, *op. cit.*, Page 477.
[1010] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome troisième, « Légitimation », Page 68.
[1011] POTHIER, *op. cit.*, Tome second, n° 422, Pages 50-51.

publiquement leurs noms aux fruits de leurs débauches : l'intérêt qu'un père peut avoir à cacher sa faiblesse, fait aisément présumer qu'il l'a réellement cachée. Il faut donc lui permettre, lorsqu'il se marie, de lever lui-même le voile dont il avoit couvert l'état de ses enfants.[1012]

Un problème fut plus difficile à résoudre, celui de savoir si les enfants étaient légitimés malgré eux, ou si, au contraire, un enfant pouvait empêcher l'effet que produisait le mariage de légitimer les enfants nés auparavant, en protestant par écrit qu'il ne voulait pas l'être. La question ne se posait guère pour les Provinces des pays coutumiers, car si l'enfant était mineur, il ne pouvait pas renoncer à ses droits, et à des droits aussi avantageux que ceux que lui procurait la légitimation ; et s'il était majeur, la légitimation ne pouvant lui porter aucun préjudice, il ne pouvait jamais arriver un refus de légitimation de la part d'un enfant. La question pouvait s'élever fréquemment dans les pays de droit écrit (et dans les coutumes de Lille, du Hainaut, de Valenciennes), où les droits de la puissance paternelle étant considérables, même sur les enfants majeurs, un enfant naturel aurait pu avoir quelque intérêt à refuser la légitimation pour n'y être pas soumis. Ceux qui soutenaient que les enfants nés avant le mariage ne pouvaient être malgré eux légitimés par le mariage de leur père avec leur mère se fondaient principalement sur le chapitre 11 de la *novelle* 89 où Justinien disait qu'un père ne pouvait légitimer ses enfants malgré eux, par quelque manière de légitimation que ce soit ; et ils ajoutaient que la légitimation étant un droit établi en faveur des enfants, ils pouvaient y renoncer. Ceux qui prônaient l'opinion contraire répondaient que la question ne devait pas se décider par la disposition de cette *novelle*.[1013] Pothier se référait aux principes du droit canonique pour formuler sa réponse : *la légitimation des enfants s'opère de plein droit* [...] *; et quoique cette légitimation soit établie principalement en faveur des enfants, elle ne l'est pas seulement en leur faveur ; elle l'est aussi en faveur des père et mère : il ne doit donc pas être au pouvoir des enfants de renoncer à la légitimation, et de priver leurs père et mère, des droits que la légitimation accorde sur eux à leurs père et mère*.[1014] Guyot remettait en cause les raisonnements de Pothier et de ceux qui considéraient qu'un bâtard pouvait être légitimé malgré lui par le mariage subséquent de son père et de sa mère. La décrétale *tanta* ne

---

[1012] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Pages 119-120.
[1013] POTHIER, *op. cit.*, Tome second, n° 422, Pages 52-53.
GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Pages 118-119.
[1014] POTHIER, *idem*, Pages 52-53.

disait point que la légitimation s'opérait de plein droit et sans le consentement de la volonté expresse ou tacite de l'enfant, elle gardait là dessus un profond silence ; Guyot en déduisait que c'était donc par la *novelle* 89 que devait se décider la question.[1015]

Par rapport à ces effets, la légitimation par mariage subséquent effaçait de manière totale les déchéances infligées aux enfants nés hors mariage. Comme le constatait D'Aguesseau : *on ne sçauroit douter que cette légitimation ne soit la plus parfaite et la plus efficace, elle ôte toute la différence qui pouvoit se rencontrer entre le Bâtard et le Légitime*.[1016] Pothier établissait le même constat : *la légitimation qui s'opère par le mariage, rend les enfants nés avant le mariage, aussi parfaitement légitimes, que s'ils étoient nés durant le mariage : elle leur donne tous les mêmes droits, et ne met aucune différence entr'eux et les enfants nés durant le mariage ; jusques-là même qu'elle donne le droit d'aînesse aux enfants nés avant le mariage, sur ceux nés durant le mariage*.[1017] Cette légitimation effaçait entièrement la tache de la naissance d'un bâtard, il pouvait hériter de tous ses parents, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, demander une légitime dans les successions de ses ascendants, exercer un retrait lignager, etc. ; dans les pays de droit écrit, il pouvait faire casser un testament entaché du vice de prétérition, intenter la plainte d'inofficiosité, etc. Un arrêt rendu le 30 mai 1647 par le parlement de Paris illustrait cette parfaite égalité entre le bâtard légitimé et l'enfant né légitime. La coutume d'Anjou défendait au père et à la mère d'avantager un ou plusieurs de leurs enfants au préjudice des autres. En l'espèce, il fallait déterminer si, dans cette coutume, une fille légitimée par mariage subséquent, à qui son père n'avait laissé que 1500 livres pour tout droit de succession, tandis que les enfants de deux mariages précédents en avaient eu chacun 3600, pouvait se plaindre de cette disposition et la faire annuler. On lui opposait le vice de sa naissance, et l'on soutenait que sa légitimation ne pouvait pas la rendre habile à réclamer une loi faite uniquement pour les enfants dont l'origine a toujours été pure et décente. La cour n'eut aucun égard pour cette objection, et la fille légitimée fut reçue à partager, comme si le père fut mort *intestat*.[1018] Par ailleurs, la légitimation par mariage subséquent avait pour effet de révoquer les donations antérieures à la

---

[1015] GUYOT, *idem*, Pages 118-119.
[1016] D'AGUESSEAU, « Dissertation dans laquelle on discute les principes du Droit Romain et du Droit François par rapport aux Bâtards », *op. cit.*, Page 437.
[1017] POTHIER, *op. cit.*, Tome second, n° 424, Page 54.
[1018] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Pages 120-121.

légitimation. Les cours souveraines appliquaient ce principe, par exemple le parlement de Paris dans un arrêt du 21 mars 1606. L'article 39 de l'ordonnance de 1731 confirma cette jurisprudence, et l'érigea en loi.[1019] En outre, la légitimation d'un bâtard ne le rendait capable de succéder que pour l'avenir ; elle n'avait pas l'effet de lui permettre d'acquérir les successions qui étaient échues pendant que son incapacité subsistait encore. Par exemple, un bâtard légitimé ne pouvait pas inquiéter l'héritier auquel une succession avait été dévolue par la renonciation de son père, même si cette succession lui eût appartenu, s'il eût été légitimé au moment de la renonciation de son père.[1020] Le parlement de Normandie, dans un arrêt rendu en 1614, jugea que des enfants nés légitimes ne devaient pas partager avec leur frère légitimé une succession dont l'échéance était antérieure au mariage subséquent qui avait produit la légitimation.[1021]

Une question fut soulevée dans une hypothèse particulière : des concubins avaient eu un fils, puis ils se séparèrent et l'homme contracta un mariage avec une autre femme dont il eut un fils légitime. Devenu veuf, l'homme épousa son ancienne concubine, le fils qu'il avait eu d'elle fut légitimé par mariage subséquent (la doctrine canonique était favorable à cette légitimation, malgré l'état de bigamie du mari dû à la fiction qui faisait remonter le mariage jusqu'au temps de la conception ou de la date de naissance de l'enfant). Le problème était alors de déterminer qui était titulaire du droit d'aînesse entre un bâtard légitimé par mariage subséquent et un fils légitime, la doctrine canonique se prononça en faveur du fils légitime.[1022] Cette question s'était présentée *dans la Chastellenie de Lisle*, ce fut relevé par Bouteiller (jurisconsulte du XIVe siècle), dans sa *Somme rurale* : *les Sages Coutumiers de Lisle n'en osèrent déterminer à certain, et fut la cause envoyée au Conseil à Paris, duquel Conseil fut rapportée que considéré le cas, l'un frère eut autant de part au fief que l'autre, et fut ledit fief divisé en deux parties égales, et à chacun autant à l'un comme à l'autre.*[1023] D'Aguesseau reprochait à cette décision d'avoir éludé la question, et il affirmait que depuis, tous les auteurs s'étaient déterminés contre le fils légitimé, il citait, entre autres, Dumoulin (jurisconsulte du XVIe siècle), à propos de l'article 8 de l'ancienne Coutume de Paris, et

---

[1019] GUYOT, *ibidem.*
[1020] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome troisième, « Légitimation », Page 69.
[1021] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 122.
[1022] PETOT Pierre, *op. cit.*, Pages 351-352.
[1023] BOUTEILLER, *Somme rurale*, Page 538, cité par D'AGUESSEAU, *op. cit.*, Page 438.

Tiraqueau (jurisconsulte du XVIe siècle).[1024] Cette solution fut admise par Pothier, *car, quoiqu'ils* (les enfants issus des secondes noces) *soient venus au monde avant eux* (les enfants du premier mariage), *ils ne sont néanmoins nés à la famille de leur père qu'après eux, par le second mariage que leur père a contracté avec la mère : ce second mariage, qui les a légitimés, les fait réputer enfants de ce second mariage, or, il seroit absurde que des enfants du second mariage fussent les aînés de ceux du premier*.[1025] Cette opinion était partagée par Guyot qui relevait qu'une exception pouvait cependant être admise dans l'hypothèse où seules des filles étaient issues du mariage intermédiaire, le mâle légitimé devait alors avoir le droit d'aînesse. Toutefois, ce n'était pas en vertu d'un effet rétroactif de sa légitimation à sa naissance, c'était en raison de la règle de droit coutumier, qui déférait le droit d'aînesse au mâle du second lit, lorsqu'il n'y avait que des filles du premier.[1026]

A la fin de l'Ancien Régime, la légitimation était devenue un acte relevant de la loi civile, ce principe fut clairement réaffirmé par Pothier : *la légitimation des enfants* [...] *appartient à l'ordre politique, et n'est en aucune manière de la compétence de la puissance Ecclésiastique*.[1027] S'écartant des dispositions du droit canonique sur divers points, la doctrine et la jurisprudence séculières adoptèrent des solutions rigoureuses, souvent peu favorables à l'encontre de la légitimation par mariage subséquent, probablement pour parer d'éventuelles fraudes et pour protéger les familles contre des intrusions non désirées.[1028]

De surcroît, sans aller jusqu'à l'assimilation du bâtard avec l'enfant légitime qu'offrait la légitimation par mariage subséquent, d'autres types de légitimation apportaient aux enfants nés hors mariage une amélioration certaine de leur condition.

§ 2 : Les légitimations emportant des effets partiels

Des légitimations plus restrictives sur le plan de leurs effets furent pratiquées, par l'État ou par l'Église pour faire disparaître certaines incapacités liée à la bâtardise : la

---

[1024] D'AGUESSEAU, *ibidem*.
[1025] POTHIER, *op. cit.*, Tome second, n° 425, Pages 54-55.
[1026] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 122.
[1027] POTHIER, *op. cit.*, Tome second, n° 412, Page 32.
[1028] PETOT Pierre, *op. cit.*, Pages 474 et 477.

légitimation par lettres royaux, celle par rescrit du pape, et une plus spécifique, la légitimation *ad sacra*.

La légitimation par lettres du Prince fut introduite par l'empereur Justinien, le plus ancien texte qui en fasse mention était le chapitre 2 de sa *novelle* 74.[1029] Puisqu'il s'agissait d'une légitimation à laquelle on voulait faire produire des effets civils, le pouvoir de légitimer par lettres appartenait au prince temporel. Comme l'énonçait Guyot, *le sacerdoce et l'empire sont deux puissances indépendantes l'une de l'autre : séparées par des limites respectives, la première n'a aucune autorité sur le temporel, la seconde est sans pouvoir par rapport au spirituel*.[1030] Ainsi, la légitimation par rescrit pontifical fut très rarement appliquée. Plus exactement, elle fit l'objet de deux espèces au début du XIIIe siècle.[1031] Elles furent rapportées dans le chapitre 13, aux décrétales, *qui filii sint legitimi* : le pape Innocent III avait légitimé les enfants du roi Philippe Auguste ; et il refusa de légitimer ceux de Guillaume de Montpellier au motif que ce seigneur était soumis à la domination du roi et ne pouvait, *au préjudice de son souverain, demander cette légitimation à une puissance étrangère*.[1032] Ce type de légitimation entraînait tous les effets de la légitimité. Le pouvoir civil ne permit pas à cette forme de légitimation de s'affermir.[1033]

Innocent III, à l'occasion des demandes de légitimation qui lui furent soumises, avait mentionné le droit du souverain temporel de légitimer les enfants nés hors mariage. En outre, comme l'observa Cujas (jurisconsulte du XVIe siècle), l'exemple de Philippe Auguste ne prouvait pas qu'un roi ne pouvait pas légitimer lui-même ses enfants naturels, et que pour les rendre capables des effets civils de la légitimité, il était obliger de s'adresser au pape ; parce qu'un roi avait, par rapport à ces enfants, la double qualité de souverain et de père.[1034] La

---

[1029] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 123.
[1030] GUYOT, *ibidem.*
[1031] Sur ces deux affaires (celle de Philippe-Auguste et celle de Guillaume de Montpellier), *cf.* PETOT Pierre, *op. cit.*, Pages 354 à 357.
[1032] GUYOT, *ibid.*
[1033] GÉNESTAL Robert, *op. cit.*, Page III et 225 à 227. L'auteur expose *qu'il y avait eu résistance du côté du pouvoir temporel et que l'on était plus à l'époque où l'Église pouvait accroître ses droits de juridiction et de législation sur les laïques. Au commencement du XIIIe siècle il était déjà trop tard pour des tentatives de ce genre. C'est précisément à dater de cette époque, que l'autorité séculière reprend petit à petit le terrain abandonné*. Il conclut que la légitimation du pape fut *repoussée par les légistes* et *abandonnée par les canonistes*.
[1034] CUJAS, cité par GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 124.

pratique de la légitimation par lettres royaux ne débuta qu'au début du XIVe siècle, d'ailleurs Beaumanoir ne connaissait pas ce type de légitimation.[1035] Les successeurs de Philippe Auguste, *plus éclairés que lui sur les véritables droits de leur souveraineté*, accordèrent eux-mêmes à leurs enfants naturels des lettres de légitimation[1036] (Henri IV et Louis XIV légitimèrent de cette façon leurs bâtards). Le droit d'accorder des lettres de légitimation appartenait exclusivement au roi, cette règle fut énoncée dans l'ordonnance de Louis XII sur la réformation de la justice rendue en mars 1498, à l'article 70.[1037] Pourtant, malgré cela, aux XIVe et XVe siècles, les ducs de Bourgogne et de Bretagne persistèrent à s'arroger ce droit dans leurs duchés.[1038] Les prescriptions contenues dans l'ordonnance de Louis XII furent réitérées dans l'ordonnance sur la réforme de la justice rendue par Charles IX en février 1566, l'article 22 interdit aux gouverneurs d'accorder des lettres de légitimation.[1039] Cette défense fut ensuite reprise à l'article 274 de l'ordonnance de Blois rendue par Henri III en mai 1579.[1040] Les lettres de légitimation étaient envoyées sous forme de lettres patentes, et, à partir du XIVe siècle, elles devaient être enregistrées par le parlement *pour l'intérêt des familles* et par la chambre des comptes *pour celui du roi* (taxation de la finance due), pour pouvoir être exécutées.[1041] De plus, une déclaration d'Henri III du 17 septembre 1585 soumit à l'enregistrement de la chambre du trésor du palais à Paris, les lettres de légitimation, pour leur validité.[1042] La nécessité de l'enregistrement au parlement fut souvent rappelée par les avocats généraux du parlement. A l'occasion d'un arrêt rendu par le parlement de Paris le 21 avril 1637, l'avocat général Bignon déclara *que l'usage étoit, quand les lettres de légitimation n'avoient été vérifiées au parlement, mais simplement à la chambre des comptes, d'interjeter*

[1035] PETOT Pierre, *op. cit.*, Page 358.
[1036] GUYOT, *ibidem*.
[1037] ISAMBERT, DECRUSY, ARMET, *op. cit.*, Tome XI, Page 326. *Au roy seul appartient de faire grasce et remissions, annoblissemens et legitimation, ou de connaître des causes sans appel*.
[1038] PETOT Pierre, *op. cit.*, Page 359.
[1039] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XIV, 1re partie, Page 195. [...] *Et ce faisant avons déclaré que lesdits gouverneurs ne peuvent, et leur défendons donner aucunes lettres de grace, de rémission et pardon,* [...] *et légitimation* [...].
[1040] *Idem*, Tome XIV, 2e partie, Page 441. [...] *et en ce faisant avons déclaré que lesdits gouverneurs ne peuvent, et leur défendons donner aucunes lettres de grace, de rémission et pardon,* [...] *et légitimation* [...].
[1041] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 130.
PETOT Pierre, *ibidem.*
[1042] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *id.*, Pages 517-518. *Avons ordonné et ordonnons que doresnavant ceulx qui obtiendront de nous lesdites lettres de naturalité, légitimations et déclarations, un mois après la vérification qui aura esté faicte d'icelles en nostre chambre des comptes, ainsi qu'il est accoustumé, seront tenus les porter ou envoyer en nostredite chambre du trésor pour estre enregistrées au greffe d'icelle, pour y avoir par notresdit procureur et autre officiers recours, quand besoin sera, sur peine de nullité desdites lettres* [...];

appel de l'exécution desdites lettres, et de l'entérinement : et que de fait, en l'espèce de la cause du nommé de la Place cela avoit été fait, et en ce chef il fut prononcé que les lettres de légitimation seraient exécutées, fors[1043] *pour succéder*.[1044]

Les conditions afférentes à la légitimation par lettres royaux avaient été assouplies par rapport aux conditions rigoureuses imposées dans la *novelle* 74 de Justinien. En effet, selon le droit romain, la légitimation par rescrit du prince était seulement un complément de la légitimation par mariage subséquent.[1045] Donc seuls les enfants simplement naturels, c'est-à-dire nés d'une concubine avec qui le père aurait pu se marier à l'époque de leur conception, pouvaient faire l'objet de cette légitimation. La jurisprudence des cours souveraines et la doctrine ne suivirent pas cette disposition, l'usage était de solliciter et d'obtenir des lettres du prince pour légitimer des bâtards adultérins. Quelques docteurs italiens, parmi lesquels on comptait Balde, s'opposaient à cet usage, au motif que *la légitimation est une image du mariage*, et que par conséquent elle ne pouvait avoir lieu dans ce cas. Guyot répondait *que dans l'ordre de la nature tous les enfants naissent égaux ; que la distinction des bâtards d'avec les légitimes n'a été introduite que par les lois civiles ; qu'ainsi, rien n'empêche le souverain d'y déroger lorsqu'il le trouve à propos*.[1046] Telle fut également la position jurisprudentielle. Un arrêt du parlement de Paris, rendu en 1551, homologua une légitimation obtenue du roi pour un bâtard adultérin, cet arrêt fut rapporté par Papon qui constatait que *plusieurs s'ébahirent pour le mauvais exemple qui en sort, à raison de l'adultère, par-tout et toujours odieux*.[1047] La chambre des comptes de Provence rendit un arrêt, le 6 juin 1676, dans lequel elle débouta les héritiers présomptifs de Gaspard Honoré de l'opposition qu'ils avaient formée à l'entérinement des lettres de légitimation que celui-ci avait obtenues pour Françoise Blanc, sa fille naturelle adultérine.[1048] Pour solliciter des lettres de légitimation à l'attention de bâtards adultérin ou incestueux (notamment pour des enfants d'ecclésiastiques), et afin que ces lettres ne fussent pas regardées comme subreptices, il était nécessaire que la qualité des enfants eût été exposée dans la supplique. Les enfants naturels d'un simple clerc tonsuré, possesseur de bénéfices simples, pouvaient être légitimés sans que fut exprimée la qualité de

---

[1043] Excepté.
[1044] GUYOT, *ibidem*.
[1045] *Cf*. PETOT Pierre, *op. cit*., Pages 358 à 361.
[1046] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Page 125.
[1047] PAPON, cité par GUYOT, *idem*, Pages 125-126.
[1048] GUYOT, *ibidem.*

leur père dans la supplique.[1049] La législation justinienne exigeait, pour la validité de la légitimation par lettres, que le père n'eût point d'enfants légitimes, *n'étant pas juste que les fruits de la débauche la plus criminelle soient introduits dans une famille, pour y être confondus avec les fruits d'une union pure et sainte*. Cette disposition fut, au départ, suivie ; puis la doctrine convint que la légitimation dans le rescrit de laquelle il était fait mention que le père avait des enfants légitimes était valable. En outre, il fallut déterminer si des lettres de légitimation obtenues par un père qui n'avait point d'autres enfants que des bâtards, devenaient caduques par la survenance d'enfants légitimes. Cette question fut controversée. Certains auteurs soutenaient l'affirmative, se fondant, entre autres, sur la raison suivante : *la légitimation est une espèce de donation*. L'opinion contraire fut adoptée dans un arrêt du parlement de Bordeaux du 14 août 1565, et elle fut appuyée par de nombreux jurisconsultes, parmi lesquels Bartole, Balde, Coquille, Dumoulin, et Furgole.[1050] Furgole expliquait que la légitimation n'était pas une libéralité de tous les biens, ni d'une partie, que ce n'était qu'un simple changement d'état que le père procurait à ses enfants par le bénéfice du prince ; puisque ce n'était pas une donation, elle ne devait pas être révoquée.[1051] Une autre des conditions qui était requise pour la légitimation par lettres était que le père ne pût pas épouser la mère de ses enfants naturels, le droit romain exigeait une impossibilité physique (comme la mort de cette femme), ou morale (comme si elle s'était *rendue indigne du titre d'épouse*), ou légale (comme un empêchement dirimant entre les parties survenu depuis la naissance des enfants. La pratique française supprima cette condition. La légitimation par lettres opérait son effet, que la mère des enfants naturels fût morte ou en vie, et que le père pût ou non l'épouser. Ceci était confirmé par l'usage d'accorder des lettres de légitimation sans y faire mention de la mère ; et par la jurisprudence, dans un arrêt du parlement de Toulouse du 6 septembre 1736.[1052] De plus, la légitimation par lettres était conditionnée à ce que la demande émana du père lui-même, et qu'elles fussent entérinées de son consentement exprès. L'ordonnance de Henri III, enregistrée à la chambre des comptes de Paris le 14 novembre 1579, en disposait ainsi. Et c'était ce qu'avaient jugé deux arrêts du parlement de Paris, l'un du 9 novembre 1557 ; et l'autre de juillet 1583, dans l'espèce où, des enfants naturels avaient eux-mêmes sollicité et obtenu des lettres de légitimation, mais où le père avait ratifié assez clairement leur

---

[1049] GUYOT, *idem,* Page 126.
[1050] GUYOT, *id.,* Pages 126-127 ; PETOT Pierre, *op. cit*., Pages 360-361.
[1051] FURGOLE, *en sa question 18 sur l'ordonnance de 1731*, cité par GUYOT, *idem*, Page 128.
[1052] GUYOT, *ibidem.*

demande puisqu'il avait écrit à un procureur pour faire entériner les lettres. Toutefois, cette condition du consentement exprès du père n'était requise que pour donner à l'enfant légitimé la capacité de succéder.[1053] La légitimation pouvait être sollicitée par l'aïeul du bâtard si son père était mort.[1054] De surcroit, le droit romain exigeait le consentement exprès ou tacite de l'enfant naturel, à sa légitimation. Cette condition fut appréhendée comme inutile par la doctrine, et notamment par Furgole au motif que cela aurait empêché de légitimer des impubères. D'ailleurs, un arrêt du parlement de Toulouse du 6 septembre 1736 confirma la légitimation d'un impubère. Comme dans l'hypothèse d'une légitimation par mariage subséquent, Guyot s'opposait à cette opinion et soutenait qu'une ratification du bâtard était nécessaire pour donner effet aux lettres de légitimation obtenues par le père ; et il précisait que si le bâtard gardait le silence, sa ratification était présumée.[1055]

Les effets produits par la légitimation par lettres royaux furent explicités à travers une déclaration *concernant les lettres de naturalité et de légitimation* rendue par Louis XIV le 22 juillet 1697 : [...] *par les lettres de légitimation que nous leur accordons par grâce, qui leur ôte et abolit la tâche d'illégitimation qui est en leurs personnes, et qui les tiennent et réputent pour légitimes en tous actes de quelque nature qu'ils soient, et qui leur permettent de tenir tous offices, bénéfices, dignités, degrés d'honneurs et prérogatives, de posséder tous biens meubles et immeubles, et autres biens quelconques qu'ils ont acquis et peuvent acquérir, accepter toutes donations et legs testamentaires, et de tous les biens jouir, user et disposer par don entre vifs, testament ou autrement, en quelque manière que ce soit ; que leurs enfants nés et à naître en loyal mariage, et autres leurs parens naturels et légitimes, leur succèdent par droit d'hoirie ou autrement, et qu'ils puissent succéder à leurs pères et mères et autres parens, tout ainsi que s'ils étoient nés en vrai et loyal mariage, pourvu que ce soit de leur consentement*. Dans cette même déclaration le roi énonçait également : *nous voulons* [...] *qu'ils jouissent des mêmes honneurs, franchises, libertés, immunités, facultés, privilèges et exemptions dont jouissent nos légitimes sujets nés en loyal mariage, conformément néanmoins aux coutumes des lieux, même qu'ils portent les noms et armes de leurs pères avec la marque*

[1053] GUYOT, *ibid.*
[1054] GUYOT, *idem,* Pages 128-129.
[1055] GUYOT, *ibidem* ; PETOT Pierre, *op. cit*., Page 361.

néanmoins de bâtardise, pour les distinguer des enfans légitimes.[1056] Pour déterminer avec exactitude les effets d'une telle légitimation, il fallait examiner, pour chaque cas, les termes des lettres et s'y tenir.[1057] Cette espèce de légitimation n'était, selon d'Aguesseau, *pas si parfaite* que la légitimation par mariage subséquent ; elle effaçait la tache de la naissance. Elle levait l'incapacité de recevoir des dispositions universelles de ses père et mère, le rendait capable de posséder des offices ; mais pour la capacité de succéder *ab intestat*, elle ne la lui donnait que lorsque ceux auxquels il pouvait succéder avaient consenti à sa légitimation.[1058] Ainsi, tout d'abord, la légitimation par lettres rendait le bâtard capable de recevoir de ses père et mère toutes sortes de dispositions universelles. L'avocat général Talon rappela cela, lors de l'arrêt du parlement de Paris du 13 juin 1651, quand il établit : *cette légitimation les rend capables de posséder toutes sortes de charges, d'offices et de bénéfices ; et les habilite à recevoir toutes sortes de donations, de legs et de gratifications*. Cette règle cessait de s'appliquer dans deux cas : lorsque le père avait des enfants légitimes, car, expliquait Guyot, *il ne seroit pas juste d'autoriser les avantages faits au profit d'un enfant qui ne tire sa légitimité que d'une grâce extraordinaire du prince, au préjudice de celui qui doit la sienne à un sacrement* (néanmoins si le père avait légué la légitime à son enfant légitimé, celui-ci pouvait la recevoir en tant qu'aliments) et, lorsque les bâtards légitimés étaient nés d'un commerce adultérin.[1059] Ensuite, l'enfant légitimé par lettres n'acquérait la successibilité *ab intestat* que par le consentement que donnaient à sa légitimation ceux à qui il s'agissait de succéder. Par conséquent, des lettres de légitimation obtenues par le père n'habilitaient pas l'enfant à succéder à sa mère, à moins qu'elle n'eût consenti à leur enregistrement. De même, un bâtard légitimé par lettres ne pouvait pas succéder à son aïeul, si celui-ci n'avait pas pris part à sa légitimation. Le parlement de Dijon en jugea ainsi dans un arrêt du 16 janvier 1609. La règle s'appliquait, à plus forte raison, aux parents collatéraux : la successibilité n'était possible entre l'enfant légitimé et ses parents naturels en ligne collatérale que si ceux-ci avaient donné expressément leur approbation à l'entérinement des lettres. De plus, la question se posa de la nécessité du consentement des héritiers présomptifs de celui qui avait consenti à la

---

[1056] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XX, Pages 296 à 301. De plus, cette loi justifiait la contrepartie financière due au roi : *pour lesquelles lettres de grâce, lesdits bâtards sont pareillement tenus de nous payer finance pour notre indemnité de droits de chevage, formariage et bâtardise, dont nous voulons bien nous priver*.
[1057] GUYOT, *op. cit.*, Tome dixième, « Légitimation », Pages 130-131 ; PETOT Pierre, *op. cit.*, Page 361.
[1058] D'AGUESSEAU, *op. cit.*, Pages 438-439.
[1059] GUYOT, *idem*, Pages 132-133 ; PETOT Pierre, *idem*, Page 362.

légitimation pour rendre le bâtard légitimé capable de succéder. Des auteurs soutenaient la réponse négative, en s'appuyant, notamment, sur quelques éléments jurisprudentiels, et sur la coutume de Calais qui édictait, à l'article 135 : *Bâtard n'est habile à succéder, s'il n'a été légitimé du consentement de ceux de la succession desquels il est question*. Cependant, l'affirmative semble avoir été suivie de manière plus générale par la doctrine et la jurisprudence, d'où il s'ensuit que le bâtard légitimé par lettres était exclu de la succession même de son père, lorsque le consentement de tous les héritiers présomptifs n'était pas intervenu lors de l'entérinement. Cette position était conforme, entre autre, à la coutume de Normandie qui prescrivait à l'article 275 : *Bâtard ne peut succéder à père, mère ou aucun, s'il n'est légitimé par lettres du prince, appelés ceux qui pour ce seront à appeler*. D'Aguesseau considérait cette exclusion de la succession comme *une maxime constante*. Cette règle très rigoureuse, qui fût *encore la plus commune dans le temps où M. D'Aguesseau écrivoit sa dissertation sur les bâtards*, fut remise en cause à la fin de l'Ancien Régime : dès lors, il suffisait que les lettres de légitimation eussent été obtenues du consentement de ses père et mère pour rendre le bâtard habile à leur succéder. Le renversement de jurisprudence se produisit avec l'arrêt le Maire rendu par le parlement de Paris le 6 août 1760.[1060] L'espèce était la suivante : François le Maire avait obtenu en février 1733, du consentement de sa mère, de son aïeul et de tous ses oncles et tantes maternels, des lettres de légitimation qui le rendaient *capable de recueillir toutes successions, etc*. Elles furent enregistrées *en la cour et dans les autres tribunaux nécessaires*. Vingt-cinq ans plus tard, une des tantes de François le Maire, qui avait consenti à sa légitimation, décéda. Il se présenta pour recueillir la succession avec ses cousines germaines, filles de l'un des consentants. Mais, celles-ci le soutinrent incapable, sous prétexte qu'il n'avait pas sollicité leur consentement pour obtenir les lettres. La cour jugea François le Maire capable de succéder à sa tante.[1061] La clause, qui était presque toujours insérée dans les lettres de légitimation : *pourvu toutefois, quant aux successions de ses père et mère, que ce soit du consentement de ceux qui leur doivent succéder*, devait, selon Guyot, s'entendre de façon stricte ; dès lors, les termes *ceux qui doivent succéder* désignaient *les héritiers dont on ne peut en aucune façon frustrer les espérances, et qui succèdent malgré toutes les dispositions qu'on pourroit faire pour les exclure*. Il en résultait que lorsque le père voulait faire légitimer ses enfants naturels avait d'autres enfants nés légitimes, le

---

[1060] GUYOT, *id.,* Pages 133 à 136 ; PETOT Pierre, *id.*, Pages 362-363.
[1061] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Tome troisième, « Légitimation », Pages 70-71.

consentement de ceux-ci était nécessaire pour donner à ceux-là le droit de concourir avec eux dans la succession paternelle.[1062]

Le problème de la succession du bâtard légitimé par lettres, dans l'hypothèse où il mourrait sans descendance légitime et *ab intestat*, dut être réglé (aucun problème ne se posait s'il avait des enfants légitimes, puisque ceux-ci lui succédaient, ou s'il avait testé). Il le fut par la doctrine et la jurisprudence avec des variations. D'abord, pendant longtemps, les parents paternels et maternels du bâtard légitimé furent considérés comme habiles à lui succéder, même s'ils n'avaient pas consenti à sa légitimation. Puis, un revirement de jurisprudence intervint à la fin du XVIIe siècle et seuls les parents qui avaient consenti à l'entérinement des lettres de légitimation furent dorénavant jugés capables de recueillir la succession *ab intestat* du bâtard légitimé, les autres parents en étaient exclus. Et dans le cas où le bâtard légitimé ne laissait point de parents habiles à lui succéder, sa succession appartenait-elle au seigneur par droit de déshérence, ou se réglait-elle selon les principes du droit de bâtardise ? Comme le soulignait Guyot, *une chose bien certaine* [...] *est que les lettres de légitimation n'ont point été accordées pour l'avantage du seigneur, conséquemment elles ne doivent rien opérer en sa faveur*. La succession du bâtard devait être réglée entre le roi et les seigneurs de la même manière que pour un bâtard (elle n'appartenait au seigneur haut justicier que lorsque le bâtard était né sur sa terre, qu'il y était resté tout au long de sa vie, et qu'il y était mort).[1063] Par ailleurs, une autre interrogation fut soulevée : la légitimation par lettres soumettait-elle le bâtard à la puissance paternelle ? Dans les pays de droit écrit, il était constant que la légitimation par lettres soumettait l'enfant naturel à la puissance de son père ; et ce fut pour les pays de droit coutumier qui admettaient la puissance paternelle que ce sujet posait le plus de difficultés.[1064] A propos de cette question *assez épineuse*, d'Aguesseau disait : *ceux qui soutiennent l'affirmative citent en faveur de leur sentiment les Loix Romaines, qui ont des dispositions précises, ils appellent à leur secours l'intérêt public, qui veut que les enfants soient soumis à la puissance de leur père, et qui n'admet point de demi Bâtard, ils soutiennent que la famille n'a aucun intérêt d'empêcher cette sujétion du Bâtard à l'autorité de son père, et qu'enfin leur sentiment est fondé sur l'honnêteté publique ; ceux qui soutiennent la négative, disent au contraire que le Bâtard ne devenant point par cette légitimation l'héritier*

[1062] GUYOT, *id.*, Page 136.
[1063] GUYOT, *id.*, Pages 139-140 ; PETOT Pierre, *id.*, Pages 363-364.
[1064] GUYOT, *id.*, Page 138.

« sien » de son père, ne tombe point non plus sous la puissance paternelle ; que les Lettres du Prince effacent à la vérité la tache de la naissance, mais qu'elle ne fait point, comme en Droit Romain, que le Bâtard entre dans la famille de son père, que cette légitimation est de Droit Etroit, que les Coutumes qui ont parlé de la puissance paternelle n'ont point eu en vue ces sortes d'enfans. Et il ajoutait que, lors d'une conférence à laquelle il participa et où ce sujet fut débattu, bien que les avis fussent partagés, la majorité des juristes se prononcèrent pour la réponse négative.[1065] Donc, les enfants légitimés par lettres royaux étaient acceptés dans la famille sans pour autant en faire pleinement partie, selon les clauses contenues dans les lettres.

Très différente était la légitimation appelée légitimation *ad sacra*. L'Église possédait la compétence pour ce type de légitimation qui ne relevait que du spirituel. La légitimation *ad spiritualia* ou *ad sacra* permettait aux bâtards d'être relevés de leur irrégularité liée au défaut de naissance. Il s'agissait d'une légitimation partielle, elle n'emportait pas d'effets civils. D'une part, l'irrégularité des bâtards cessait lorsqu'ils obtenaient les dispenses requises.[1066] *Comme ce n'est point une règle sure que les Bâtards soient affectés des défauts de leurs parents*, ces dispenses étaient, selon Durand de Maillane, accordées *aisément* par l'Église *à ceux qui paroissent devoir réparer par leur bonne conduite le vice de leur extraction*. Pour les ordres sacrés et les bénéfices à charge d'âmes, il s'avérait indispensable d'obtenir une dispense du pape ou de ses légats et pour les ordres mineurs et les bénéfices simples, une dispense de l'évêque suffisait. De l'avis unanime des canonistes, la dispense obtenue par un enfant illégitime, pour la collation au sacrement d'ordre, ne s'étendait pas aux bénéfices, celle obtenue pour un bénéfice, ne s'étendait pas à un autre, et celle qui était obtenue pour les bénéfices indéfiniment, ne s'étendait pas aux dignités. Toutefois, la même dispense servait pour tous les diocèses. Pour la validité des dispenses obtenues du pape, il importait que les bâtards eussent exprimé, dans la supplique, la qualité du défaut de leur naissance, c'est-à-dire s'ils étaient nés *ex soluto et soluta*, *vel ex conjugato*, d'un prêtre, d'un religieux ou d'une religieuse ; ils devaient même faire mention du défaut de leur naissance lorsqu'ils avaient déjà

[1065] D'AGUESSEAU, *op. cit.*, Page 439.

[1066] GÉNESTAL Robert, *op. cit.*, Page 45. La dispense est définie comme *l'acte par lequel une personne déterminée était soustraite dans un cas donné à l'application de la loi, sans que celle-ci perdît sa force et sa vertu générale*.
Sur l'évolution du pouvoir de dispense, *cf.* Pages 45-46.

été dispensés pour les ordres ou pour un autre bénéfice, *sous peine de subreption*.[1067] Pour la majeure partie des jurisconsultes du XVIIIe siècle, les enfants exposés ne devaient pas être placés au rang des bâtards, ils pouvaient donc posséder sans dispense des bénéfices.[1068] D'autre part, la profession religieuse permettait de faire disparaître l'irrégularité. En effet, un bâtard qui faisait profession religieuse pouvait ensuite prendre les ordres sans dispense. L'Église avait jugé que le bâtard religieux, *en se vouant au célibat par sa profession, avait suffisamment prouvé qu'il était digne d'une plus chaste origine*, cette prescription fut établie par une bulle de Grégoire XIV, du 15 mars 1591. Toutefois, l'Église ne permettait pas que le bâtard religieux soit élevé à des charges sans dispense, c'était le pape qui accordait cette dispense. Les religieux bâtards ne pouvaient être pourvus, sans dispense, de bénéfices séculiers ou réguliers.[1069] Ainsi, la légitimation *ad sacra* n'entrainait aucune conséquence d'ordre civil, alors que les autres formes de légitimation conféraient à l'enfant né hors mariage la qualité d'enfant légitime, et engendraient des effets plus ou moins étendus.

Les enfants qui n'étaient pas légitimés demeuraient des bâtards, et les couples concubinaires voyaient les fruits de leur union supporter la responsabilité de leur *faute*. De surcroit, la prohibition des donations entre concubins constituait un autre moyen de condamner ces couples.

[1067] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, Tome premier, *op. cit.*, « Bâtard », Pages 279 à 281.
[1068] *Idem,* « Bâtard », Page 283.
GÉNESTAL Robert, *op. cit.*, Page 70, note 1. L'auteur relève qu'à l'égard des enfants trouvés, *on admettait généralement une présomption d'illégitimité*. Il rapporte que Pyrrhus Corradus (*Praxis dispensationum apostolicarum*, 1669) donnait une formule spéciale de dispense pour les enfants trouvés.
[1069] DURAND de MAILLANE Pierre-Toussaint, *ibidem*.

Chapitre 2 – Des relations patrimoniales suspectes : les donations et autres avantages entre concubins

C'est un principe certain que toute convention qui offense les mœurs et qui a été formée sans liberté est nulle aux yeux des lois.[1070] De cette façon, l'opprobre jeté sur les unions hors mariage et la crainte inhérente aux comportements dictés par une passion jugée aveuglante[1071] conduisirent à anéantir toutes les conventions visant à un transfert de biens au profit d'une personne avec laquelle était lié le donateur par une relation hors mariage (section 1). La jurisprudence observait ce postulat tout en en atténuant parfois la rigueur (section 2).

Section 1 – Le présupposé de l'interdiction des donations

Si l'on autorisoit les donations faites aux concubines, ne seroit-ce pas entretenir le désordre et nourrir le crime ? [1072] Communément, ces donations étaient regardées comme suscitant la réprobation des lois. Néanmoins, la plupart des coutumes étaient muettes quant à la question des donations entre concubins (§ 1). A partir de cette quasi absence de règles, les auteurs suggérèrent des interprétations assez différentes (§ 2).

§ 1 : Du silence partiel du droit coutumier à la tentative de législation royale

Au Moyen Age, les donations entre concubins étaient annulées, elles allaient à l'encontre des valeurs morales.[1073] Sous l'Ancien Régime, la réalité de la prohibition était

---

[1070] GUYOT, *op. cit.*, Tome quatrième, « Concubinage », Page 384.

[1071] GUYOT, *ibidem*. Cet auteur raisonnait de cette façon. *Les passions sont sans doute les ennemis les plus redoutables de la liberté humaine. Elles altèrent les fonctions de l'âme et substituent une volonté insensée, à cette raison calme et tranquille qui doit présider à tous les contrats. Parmi les passions qui agitent et ne bouleversent que trop souvent le coeur de l'homme, il n'en est point de plus impérieuse que l'amour. Cette passion exerce un empire tyrannique, et le premier de ses effets funestes est d'altérer les sens et de détruire la raison. Tout en effet disparoît aux yeux de l'homme qui est soumis à son pouvoir, hors l'objet aimé. Il devient insensible à la voix de la raison ; et dans son délire, il méconnoît les obligations les plus sacrées, pour suivre le penchant irrésistible qui l'entraîne.*

[1072] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome premier, « Concubinage », Page 347.

[1073] OLIVIER-MARTIN François, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Tome 2, Paris, Ernest Leroux, 1926, Page 482.

fluctuante puisque les coutumes silencieuses quant à l'interdiction des donations entre concubins étaient les plus nombreuses. La nouvelle Coutume de Paris (rédigée en 1580) ne traitait pas des donations faites en faveur des concubines. L'article 282 de la nouvelle coutume édictait : *Homme et femme conjoints par mariage constant iceluy, ne peuvent advantager l'un l'autre par donation faite entre vifs par testament ou ordonnance de dernière volonté, ne autrement, directement ne indirectement, en quelque manière que ce soit, sinon par don mutuel, tel que dessus*.[1074] Tant dans l'ancienne coutume (1510) que dans la nouvelle, on constate un traitement lacunaire de la question des donations entre vifs. De façon générale, les règles coutumières parisiennes étaient proches du droit commun qui fut transcrit dans l'Ordonnance sur les donations de 1731.[1075] L'article 272 de la nouvelle coutume de Paris prescrivait : *Il est loisible à toute personne agée de vingt-cinq ans accomplis, et saine d'entendement, donner et disposer par donation et disposition faite entre vifs, de tous ses meubles et héritages propres, de tous ses meubles et héritages propres, acquests et conquests, à personne capable*. [...].[1076] Les concubins n'étaient *pas des personnes capables aux termes de la coutume*.[1077] Par ailleurs, ni l'ancienne coutume, ni la nouvelle ne réglementaient les legs entre concubins.[1078] Selon la doctrine, les incapacités de recevoir par testament étaient globalement similaires à celles de recevoir entre vifs.[1079]

Plusieurs coutumes proscrivaient indifféremment toute espèce de donations entre concubins. La nouvelle coutume de Touraine (rédigées en 1559) prescrivait à l'article 246 : *Don fait en concubinage ne vaut, tant entre nobles que roturiers*.[1080] La coutume de Lodunois (1518), au titre 25, à l'article 10 édictait : *Don qui est fait en concubinage ne vaut, soit entre nobles ou roturiers*.[1081] La nouvelle coutume du Grand Perche (1558), au titre 4, à l'article 100, disposait : *Don de concubinaire à concubine, et de concubine à concubinaire*

[1074] BOURDOT de RICHEBOURG Charles Antoine, *Nouveau coutumier général*, Tome troisième, Paris, M. Brunet, 1724, Page 50.
[1075] OLIVIER-MARTIN François, *op. cit.*, Pages 482-483.
[1076] BOURDOT de RICHEBOURG Charles Antoine, *ibidem*.
[1077] OLIVIER-MARTIN François, *op. cit.*, Pages 234 et 485, note 4. L'auteur note que les concubines étaient incapables de recevoir *d'après la théorie générale des obligations*.
[1078] *Idem*, Page 494, note 2.
[1079] *Id.,* Page 505.
[1080] BOURDOT de RICHEBOURG Charles Antoine, *op. cit.*, Tome quatrième, Page 663.
[1081] *Idem,* Tome quatrième, Page 729.

frequentans et conversans ordinairement ensemble, ne vault.[1082] Et, dans la coutume de Cambrai, au titre 3, à l'article 7, on trouvait une prescription similaire. La coutume d'Anjou énonçait à l'article 342 : *Donation faite de concubin à concubine, ne vaut ; car ils ne peuvent rien donner l'un à l'autre durant le temps de leur concubinage, ni après, s'ils retournent à leur péché*. Et la coutume du Maine, à l'article 354, contenait une disposition semblable. Ces deux coutumes d'Anjou et du Maine semblaient distinguer la donation qui était faite pendant la durée du concubinage et celle qui l'était alors qu'il avait cessé *pourvu que les parties ne retournent à icelui péché*. Denisart en concluait que dans ces coutumes, une donation ne devait pas être anéantie, lorsque le temps qui s'était écoulé avait *éteint la passion qui dominait les parties*, puisqu'on présumait dès lors que la libéralité n'était plus l'effet de cette passion.[1083] *Donation en mariage, ni concubinage, ne vaut*, ce fut ainsi que Loysel transcrivit la règle coutumière.[1084] Il généralisait cette norme sans prendre en compte la proportion majoritaire de coutumes muettes sur ce point. A l'égard de la prohibition, Guyot affirmait : *Aussi les loix, qui veillent sur le bonheur des citoyens, s'empressent-elles d'anéantir les donations faites entre les personnes qui sont dans les chaînes de cette passion*. En outre, il rappelait qu'en raison du risque qu'elles ne fussent *l'ouvrage de la séduction,* les libéralités entre époux étaient interdites : *La défiance pour les actes qui portent l'empreinte de l'amour est si grande, que l'amour conjugal lui-même, quoiqu'épuré par la religion et avoué par les mœurs, n'est pas à l'abri de leurs justes soupçons*.[1085]

En outre, une loi assez similaire aux coutumes prohibitives figurait dans l'édit de Charles-Quint du 4 octobre 1540, à l'article 12, elle s'appliquait dans *les provinces Belgiques y compris le département du Nord, et toute la partie de celui du Pas de Calais qui composait ci-devant la province d'Artois* ; mais elle était limitée aux dispositions qui emportaient translation ou hypothèque de propriétés immobilières, et elle ne concernait que les mineurs de 25 ans.[1086] Selon deux jurisconsultes hollandais, Jacques Coren et Van-Leuwen, dans ces

---

[1082] *Id.*, Tome troisième, Page 653.
[1083] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, Veuve Desaint, 1786, Tome cinquième, « Concubinage », Page 97 ; GUYOT, *idem*, Tome quatrième, « Concubinage », Page 384.
[1084] LOYSEL, *op. cit.*, Livre I, Titre II, règle 127e.
[1085] GUYOT, *idem*, Tome quatrième, « Concubinage », Page 384.
[1086] MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit*, Tome deuxième, Paris, Garnery, 1827, Page 469. Les termes de cette loi étaient les suivants : *Que tous dons testamentaires, légats, donations d'entre vifs ou en cas de mort, faits par mineurs de 25 ans, des biens immeubles, ou par lesquels les biens immeubles seraient chargés de*

contrées, un majeur pouvait librement faire des libéralités à sa concubine. A cet égard, Merlin émettait des doutes : *A la vérité, il* [l'édit de Charles-Quint] *« supposait » tacitement les majeurs capables de donner à leurs concubines, lorsqu'elles étaient libres comme eux ; mais une « supposition » tacite n'est pas une « disposition »* [...]. Et il rapportait que des auteurs attestaient qu'un usage contraire aux dispositions de l'édit existait dans ses provinces, et en déduisait que les donations entre concubins n'y étaient pas permises.[1087]

L'ordonnance de Louis XIII de janvier 1629, dans l'article 132, déclarait *toutes donations faites à des concubines, nulles et de nul effet.*[1088] A propos de cette ordonnance, Fournel notait que *chacun sait que cette loi n'est ni suivie ni citée, dans les Cours où elle n'est pas reconnue*.[1089] En effet, la loi aurait dû étendre à toute la France les dispositions coutumières prohibant les donations entre concubins. Toutefois, cette ordonnance n'avait pas été enregistrée aux parlements d'Aix et de Rennes. Les parlements de Toulouse, de Bordeaux, de Grenoble, de Dijon et de Pau l'avaient, quant à eux, enregistrée *librement*, et sans modification quant à l'article 132. Quant au parlement de Paris, il avait enregistré cette ordonnance *sans vérification, sans délibération libre*, dans un lit de justice tenu le 15 janvier 1629 ; et cette circonstance jointe à la disgrâce presque immédiatement subséquente du garde des sceaux Marillac, eut pour résultat de faire tomber la loi royale dans *un discrédit absolu*.[1090] Ainsi, ce parlement n'en tint que très peu compte.

Par ailleurs, sous un angle d'une portée beaucoup plus limitée, une loi du roi, qui ne concernait pas directement les unions illégitimes, avait pour conséquence d'interdire, dans les colonies, aux couples de concubins composés d'un homme blanc et d'une femme noire, de se faire des donations. En effet, le code noir de 1724, à l'article 52, déclarait *lesdits affranchis, ensemble les Nègres libres, incapables de recevoir des Blancs aucune donation entre vifs, à*

---

sommes d'argent, ou rente à vie ou perpétuelle, au profit de leurs curateurs, gardiens et autres leurs administrateurs, ou de leurs enfants, ou au profit de leurs parâtres ou marâtres, ou de leurs concubines, seront nuls et de nulle valeur : ordonnons à tous juges ainsi le juger.

[1087] MERLIN, *op. cit.*, Pages 469-470.

[1088] ISAMBERT, TAILLANDIER, DECRUSY, *op. cit.*, Tome XVI, Page 264.

[1089] FOURNEL, *Traité de la séduction considérée dans l'ordre judiciaire*, Paris, Demonville, 1781, Page 219.

[1090] MERLIN, *op. cit.*, Pages 470-471.

cause de mort, ou autrement. Voulons qu'en cas qu'il leur en soit fait aucune, elle demeure nulle à leur égard, et soit appliquée au profit de l'Hôpital le plus prochain.[1091]

Puis, peu après, fut promulguée une réglementation générale et détaillée relative aux donations. *La justice devroit être aussi uniforme dans ses jugements que la loi est une dans sa disposition* [...], telle était formulée la volonté d'harmoniser la jurisprudence en matière de donations dans le préambule de l'ordonnance de Louis XV de février 1731 (qui fut élaborée par le Chancelier d'Aguesseau).[1092] Selon l'article 3, deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit étaient dorénavant admises : la donation entre vifs[1093] et le testament (l'ordonnance ayant rejeté la donation à cause de mort[1094]). Aucun article de cette loi ne portait sur les donations entre concubins. Par la suite, entre 1739 et 1744, le Chancelier d'Aguesseau conçu un projet de texte de loi relatif aux incapacités de donner et de recevoir.[1095] A cet effet, pour réaliser l'unification de la loi en prévenant les refus d'enregistrement de la part des cours souveraines et aboutir à l'abolition des diversités de jurisprudence, la participation de celles-ci fut sollicitée à travers un questionnaire (comme ce fut le cas pour les ordonnances civiles de 1731, 1735 et 1747). Ce questionnaire ne contenait aucune question portant sur les concubins. L'ordonnance sur les incapacités ne parut jamais, l'œuvre de D'Aguesseau resta inachevée sur ce point.[1096]

Le royaume de France ne possédait donc aucune législation homogène et applicable sur l'ensemble de son territoire concernant les donations entre concubins, restait alors aux jurisconsultes à résoudre les diverses questions relatives à ce domaine.

[1091] *Recueil d'édits, déclarations et arrest de sa Majesté, Concernant l'Administration de la Justice et la Police des Colonies Françaises de l'Amérique, et les Engagés*, Tome 2, Paris, Libraires associez, 1744, Page 154.
[1092] ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XXI, Pages 343 à 354.
[1093] POTHIER, *Œuvres de POTHIER contenant Les traités du droit français*, Par M. DUPIN, Tome septième, *Traité des donations entre vifs*, Paris, Pichon-Béchet, 1827, Page 423. Pothier définissait la donation entre vifs comme une convention par laquelle une personne, par libéralité, se dessaisit irrévocablement de quelque chose au profit d'une autre personne qui l'accepte.
[1094] TIMBAL P.C., *Droit romain et ancien droit français*, Paris, Dalloz, 1975, Page 215.
[1095] BART Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, *op. cit.*, Page 140.
[1096] FOLAIN-LE BRAS Marthe, *Un projet d'ordonnance du chancelier Daguesseau : étude de quelques incapacités de donner et de recevoir sous l'Ancien Régime*, Thèse, Université de Paris, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1941, Pages 1 à 7 et 22-23.

§ 2 : Les controverses doctrinales

Dans son *Traité des donations*, Ricard (jurisconsulte du XVIIe siècle) examinait la validité des donations *faites de concubinaire à concubine, et de concubine à concubinaire*. Et il observait à propos de cette question de l'incapacité de se donner : *C'est une difficulté diversement agitée par nos Auteurs, dont les uns soutiennent l'affirmative, et les autres leur sont directement opposés, et tous allèguent l'usage en leur faveur* […]. Pour sa part, il résolvait cette question en estimant que ces sortes de donations n'étaient pas valables. Il se fondait sur la règle coutumière relative aux donations entre époux : *comment pouvons-nous voir que les Loix interdisent les conjoints par mariage de se pouvoir donner,* […] *et cependant permettre que ceux qui sont prévenus d'un amour qui n'est pas moindre pour la violence, soient capables de se donner ? Car si la Loi estime qu'il y a lieu d'appréhender que deux personnes unies par mariage, ne puissent modérer leurs libéralités, à cause de la grande affection qu'ils se doivent réciproquement porter ; combien y a-t-il plus de lieu de craindre, que ceux qui sont engagés dans le même sujet d'amour, et qui n'y persévèrent que parce que le feu en augmente tous les jours, puissent mieux conserver leur liberté ; puisque l'empire de cette passion ne leur permet pas seulement de faire réflexion sur la turpitude de leur conduite ?* Il continuait sa démonstration en distinguant la modération des époux apportée *par l'honneur d'une vie réglée*, et la passion aveuglante des concubins qui *leur fait quitter toute considération publique, aussi-bien l'affection particulière de leur famille* [...]. Il en concluait qu'à moins de *déclarer une action vicieuse plus favorable qu'un sacrement*, les donations devaient être interdites dans les deux cas.[1097] La résolution de Ricard s'avérait contraire à la disposition du droit romain qui autorisait les donations entre simples concubins. Cette permission du droit romain fut limitée par une Constitution de l'empereur Adrien[1098] qui concernait les soldats, ceux-ci ne pouvaient pas donner à leurs concubines, pour éviter que ces soldats fussent *détournés* (de leur devoir militaire) *par des inclinations contraires*.[1099] Ce fut sur cette exception que Despeisses se fonda pour appuyer l'interdiction des donations entre

---

[1097] RICARD Jean-Marie, *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, Tome I, Paris, Rollin, 1754, Pages 91 et 93.
[1098] Règne : 117-138.
[1099] RICARD Jean-Marie, *op. cit.*, Page 91.

concubins.[1100] Quant à Ricard, il soutenait qu'il ne fallait pas s'attacher à la disposition du droit romain favorable aux donations entre concubins car le simple concubinage n'était pas défendu par les lois romaines. Au surplus, il ajoutait ne pas concevoir *comment on interdit les donations d'un malade à son médecin, d'un écolier à son précepteur, et d'un pénitent à son confesseur, à cause de l'autorité qui se rencontre dans les personnes des uns sur les autres, en conséquence de leur emploi et de leur ministère* [...] ; *et qu'on les souffre entre un concubinaire et sa concubine, dont l'on sçait que le crédit est beaucoup plus puissant l'un sur l'autre*.[1101]

Ferrière, partageant en cela la réflexion de Ricard, établissait le raisonnement selon lequel même si la coutume de Paris ne mentionnait pas les donations faites en faveur des concubines, elle les proscrivait indirectement dans l'article 282 qui défendait tous les avantages entre mari et femme. *Il y auroit de l'injustice, et même de la honte, d'accorder au crime ce que l'on refuse à la vertu : ce seroit couronner le vice*, disait-il. Et il expliquait que *La raison pour laquelle les loix défendent les donations entre les personnes mariées, est la crainte qu'un amour trop violent ne les porte à se dépouiller de leurs biens. Cet inconvénient est beaucoup plus à craindre dans le concubinage, où l'on ne suit que les mouvements impétueux d'une passion aveugle et déréglée, qui se fortifie par l'habitude.* D'après ce que rapportait Ferrière, Dumoulin, au XVIe siècle, s'était fondé, sur les mêmes principes pour décider que la loi, qui défendait au mari et à la femme de se donner, devait, à plus forte raison, avoir lieu à l'égard de ceux qui vivaient dans le concubinage.[1102] Fournel raisonnait d'une façon différente, il était en désaccord avec les auteurs, parmi lesquels Dumoulin, qui avaient fait valoir une analogie entre l'interdiction des avantages faits entre mari et femme et celle des donations faites entre concubins. Et il avançait que *pour priver un citoyen de la faculté de donner ou de recevoir, il faut une incapacité établie par une loi expresse, et non par des conjectures*. Cette analogie, était, d'après lui, *facile à réfuter*, parce que les motifs de la prohibition introduite entre les conjoints ne se retrouvaient pas dans celle introduite entre les concubins. Ces motifs étaient le maintien de *la bonne union entre les Parties, en leur enlevant*

[1100] DESPEISSES, Œuvres, 1664, article 1, Titre 14, Section 1, n° 13, cité par BOYER Laurent, « Concubinages et concubinats du code d'Hammurabi à la fin du XIXe siècle », dans RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique* , Tome I, Paris, Editions du CNRS, 1986, Page 144.
[1101] RICARD Jean-Marie, *op. cit.*, Pages 93-94.
[1102] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome premier, « Concubinage », Page 346.

des occasions de sollicitations et de refus, et la prévention de la pauvreté qui aurait empêché les époux d'élever leurs enfants. Ces raisons ne pouvaient pas être appliquées aux concubins, disait Fournel, d'un côté, *parce qu'il seroit absurde que la Loi veillât à maintenir la durée d'un état qu'elle proscrit, et la bonne union de Parties, dont l'intimité au contraire est une violation des mœurs ; et d'autre part, l'inquiétude que la Loi a témoignée pour les enfants légitimes, ne peut point également se référer aux enfants bâtards* [...]. Et il énonçait que la prohibition des avantages faits entre mari et femme devait être regardée non comme *une disposition rigoureuse et pénale* mais comme *une vraie disposition de faveur*, une précaution par laquelle la loi mettait *chacun des conjoints l'abri de la violence ou des importunités de l'autre*. La loi étant *loin de se mêler d'une union illégitime*, elle devait laisser les concubins exposés aux risques que pouvaient entraîner *leur inconduite*. Ensuite, contrairement à Ricard, Fournel établissait que, chez les romains, ce n'était pas de la faveur accordée au concubinage que provenait la validité les donations entre concubins ; et que le droit romain avait saisi que deux états si différents que le mariage et le concubinage ne devaient pas être gouvernés par les mêmes principes. De surcroît, il remarquait qu'en admettant l'analogie, l'interdiction des donations entre les concubins ne devait être appliquée que dans les coutumes prohibant les avantages entre conjoints. Il s'interrogeait alors sur le sort de ces donations dans les provinces régies par le droit écrit ou dans les coutumes de Chartres, Amiens, Valenciennes, Rennes, et d'autres, où les conjoints étaient libres de s'avantager ; et répondait que sous le prétexte de l'analogie elles pouvaient être considérées comme permises. Par la suite, il critiquait Ricard, *Auteur du siècle dernier* et *savant homme*, qui n'aurait procuré *aucune solution satisfaisante*. Notamment, il réfutait le parallèle mentionné par Ricard entre l'incapacité de s'avantager entre certaines personnes telles le malade et son médecin, et celle entre concubins ; car l'incapacité de ces personnes était établie expressément par des lois (les ordonnances de 1539 et 1549, et différentes coutumes). Fournel tenait *pour principe, qu'il n'y a pas entre concubins une incapacité absolue de recevoir l'un de l'autre, mais seulement une incapacité relative et subordonnée à l'intérêt des héritiers du donateur*.[1103]

Pothier, traitant *des avantages directs et indirects défendus par la Coutume de Paris, et autres semblables, entre conjoints par mariag*e, spécifiait quelles étaient les personnes comprises dans la disposition de l'article 282 et il citait les concubins. Leur incapacité ne

---

[1103] FOURNEL, *op. cit.*, Pages 219 à 228.

provenait pas de cet article, *car on ne peut pas dire qu'ils soient conjoints par mariage*, soulignait Pothier, la raison de l'incapacité *leur est particulière, savoir, qu'il serait contre les bonnes mœurs et l'honnêteté publique, que ces personnes pussent recevoir par des donations la récompense de leur mauvais commerce*. Il justifiait ainsi que même dans les coutumes qui permettaient les donations entre mari et femme, par exemple celle de Tours (article 243), les donations entre concubins étaient défendues. La prohibition devait, d'après Pothier, perdurer même après la séparation des concubins car les donations restaient suspectes.[1104] Au contraire, certains auteurs pensaient que la nullité des donations universelles faites entre des personnes qui avaient vécu en concubinage devait être appliquée dans le ressort des coutumes qui ne permettaient pas les avantages entre conjoints, et que ces donations devaient être admises dans le ressort des coutumes qui permettaient ces avantages. Néanmoins, Denisart remarquait que cette distinction ne figurait pas dans la jurisprudence.[1105] Pothier soutenait que les concubines étaient incapables de recevoir des donations, en s'appuyant sur les coutumes de Tours et du Grand-Perche, et que cette prescription devait être observée de manière générale. *La raison en est que le concubinage est contraire aux bonnes mœurs*, expliquait-il. *Et tout ce qui sert à fomenter et entretenir cette union, comme sont les donations entre concubinaires, doit être réputé comme contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent non valable. Ajoutez que la raison, qui a fait défendre les donations entre personnes mariées* [...], *milite en plus forts termes à l'égard de ces sortes de personnes, l'amour, qui naît des unions légitimes, étant ordinairement plus violent que celui qui naît d'une union légitime. On peut encore ici appliquer les raisons sur lesquelles est fondée la prohibition de donner à certaines personnes, à cause de l'empire qu'elles ont sur l'esprit du donateur. Car qui a plus d'empire sur l'esprit d'un homme qu'une concubine ?* [1106] Pothier avançait un autre cas d'espèce, celui où des concubins contractaient ensemble un mariage légitime : *la dignité du mariage effaçant, en ce cas, la honte du mauvais commerce qu'ils ont eu par le passé, les rend capables de se faire des donations par leur contrat de mariage*. Toutefois, si la donation du mari à sa femme était excessive (*comme si elle était de tous ses biens, ou si c'était une donation en propriété d'une grande partie de ses biens*) elle devait être annulée ou réduite, estimait-il, parce qu'*une telle*

[1104] POTHIER, *Œuvres de POTHIER contenant Les traités du droit français*, Par M. DUPIN, Tome sixième, *Traité des donations entre mari et femme*, Paris, Pichon-Béchet, 1827, Pages 562-563.
[1105] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Page 107.
[1106] POTHIER, *op. cit.*, Tome septième, *Traité des donations entre vifs*, Page 435.

donation paraîtrait dictée par la passion, et être un effet de l'empire que ces sortes de femmes acquièrent sur les hommes qu'elles séduisent.[1107]

Par ailleurs, il s'avérait nécessaire de distinguer entre les donations entre vifs et à cause de mort et des obligations passées entre deux personnes de sexe différent qui étaient présumés être des libéralités déguisées faites entre concubins. Dans son dictionnaire de droit normand, Houard (jurisconsulte de la seconde moitié du XVIIIe siècle) se prononçait sur ce point : *Les donations, les testamens en faveur d'une femme libre avec laquelle on a eu des relations intimes, doivent bien être distinguées des contrats de vente ou des obligations pour argent reçu en dépôt ou prêté, faits à son profit. Les testamens et les donations sont des actes de pure générosité. Si les objets légués et donnés sont excessifs, pour peu que l'intimité entre le bienfaiteur et celle à qui s'adresse le bienfait, soit suspecte, il est naturellement présumable que la générosité part plutôt d'une passion désordonnée que d'une affection honnête, dont les effets sont toujours réglés par la prudence et la modération ; mais les reconnaissances de dépôt, même en faveur d'une fille dont les mœurs n'ont pas été à l'abri d'une juste critique, sont de droit, réputées avoir la cause qu'elles expriment ; parce qu'ils est très-possible que la personne la plus déréglée ait en sa possession des deniers dont il serait injuste que le complice de ses déréglemens ou les héritiers de ce dernier eussent le droit de la dépouiller. L'acte mérite plus de foi que la présomption de son déguisement.* Et Houard ajoutait : *Quand il s'agit de pures libéralités, et qu'il y a commencement de preuve par écrit de la débauche, on en permet la preuve testimoniale ; s'il est question d'obligation, des preuves écrites complètes de l'inconduite de l'accusé sont indispensables. Mais en ce dernier cas, s'il n'y a de preuves acquises par écrit d'un commerce criminel entre les deux parties contractantes, l'obligation subsiste.*[1108] Pour Merlin, cette doctrine était *visiblement fausse par sa trop grande généralité*. Et, il la critiquait en disant qu'il ne voyait pas pourquoi l'effet de la preuve testimoniale du concubinage (dans le cas où les juges étaient déterminés à permettre aux héritiers de l'établir car il existait en leur faveur des présomptions assez fortes) ne serait pas le même contre une obligation que contre un acte de libéralité. Il affirmait que *Le Concubinage ne pouvait pas être prouvé et ne l'être pas ; et s'il était suffisamment prouvé pour faire anéantir une donation directe, il devait l'être aussi pour opérer l'annulation d'une libéralité déguisée sous les*

[1107] *Idem*, Tome sixième, *Traité des donations entre mari et femme*, Pages 563-564.
[1108] HOUARD, cité par MERLIN, *op. cit.*, Pages 476-477.

couleurs d'un contrat à titre onéreux. Selon lui, l'erreur d'Houard consistait à s'arrêter à la nature de la preuve du concubinage, alors que c'était uniquement à la qualité des présomptions de fraude qui attaquaient le contrat qu'il fallait s'attacher.[1109]

De surcroît, en matière de libéralités, Merlin s'interrogea quant à la nécessité, que prônaient Houard et d'autres auteurs (dont Lapeyrere, arrestographe bordelais du XVIIe siècle), pour faire admettre la preuve par témoins de *la débauche*, qu'il existât un commencement de preuve par écrit.[1110] Dans son *Traité des Testamens*, Furgole enseignait qu'*il ne peut y avoir de doute que le fait du Concubinage avec une fille ou une veuve, qui rend les personnes indignes de recevoir des libéralités, ne puisse être prouvé par témoins. Il est impossible, ou du moins très-difficile, d'en rapporter la preuve par écrit ; ainsi, si la preuve testimoniale n'était pas reçue, on ne pourrait jamais faire valoir l'indignité. Le Concubinage est un fait ... ; il faut donc que la preuve en puisse être faite par témoins,* nonobstant les ordonnances de Moulins et de 1667,[1111] *qui ne peuvent pas recevoir une juste application aux simples faits qui n'ont aucun rapport avec des contrats et des conventions. Aussi tous nos livres sont pleins d'arrêts, qui ont admis la preuve testimoniale.*[1112] Et Merlin, soutenant cette opinion, affirmait : *dans cette matière, un seul arrêt qui admet la preuve testimoniale du concubinage l'emporte, en point de droit, sur dix qui la rejettent.* [...] *l'arrêt qui reçoit la preuve par témoins, sans commencemens de preuve par écrit, juge positivement que cette condition n'est pas nécessaire, et forme conséquemment une autorité constante pour l'admissibilité de cette preuve, en thèse générale. En un mot, c'est de la contrariété même des arrêts qui existent sur ce point que sort la véritable maxime à laquelle on doit s'attacher.* [...] *Il y en a qui la rejettent, et leur autorité fait voir que cette preuve ne doit pas toujours être admise.* [...] *il ne peut y avoir de règle générale sur ces sortes de questions* [...].[1113]

[1109] MERLIN, *op. cit.*, Page 477.
[1110] *Idem*, Page 478.
[1111] Sur l'ordonnance de Moulins de février 1566, *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 4.
ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *op. cit.*, Tome XVIII, 1829, Page 137. L'ordonnance de 1667 édictait, au titre XX, à l'article 2 : *Seront passés actes par-devant notaires, ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres,* [...] *et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui seroit allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agît d'une somme ou valeur moindre de cent livres,* [...].
[1112] FURGOLE, cité par MERLIN, *id.*, Page 478.
[1113] MERLIN, *ibidem*.

Pour Denisart, pour que la partie fusse admise à établir la preuve du concubinage, cela exigeait qu'il y eut des commencements de preuve par écrit, ou du moins des *conjectures très puissantes*, résultant de faits constants.[1114]

Le plus grand doute qui se soit élevé sur cette matière des dons entre concubins, fut, selon Raviot, de savoir si pour contester un legs à une femme mariée, on pouvait par exception lui opposer sa turpitude, et par là déshonorer son mariage. Les *anciens Auteurs* étaient d'avis que ce n'était pas possible, car il s'agissait du droit du mari qui était un tiers. L'opinion contraire prévalut, car c'était *la faute du mari de n'avoir pas corrigé ou enfermé sa femme*, et aussi parce que cette femme qui demandait son legs et son mari qui en profitait, étaient regardés *comme les agresseurs*, et il était alors permis de se défendre afin de conserver son bien.[1115]

Ces divers auteurs, en établissant leur doctrine s'étaient penchés sur les arrêts rendus par les cours souveraines en cette matière.

Section 2 – Le traitement par la jurisprudence des libéralités entre concubins

Dans les coutumes qui ne parlaient pas expressément des donations faites entre concubins, comme la Coutume de Paris, la jurisprudence était fixée : ces donations y étaient déclarées nulles quand elles étaient *immodérées* (§ 1). Lorsqu'elles n'étaient pas excessives ou qu'elles n'étaient faites que sous forme de pensions alimentaires, elles étaient exceptées de *la rigueur de la loi* (§ 2).[1116]

[1114] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Page 99.
[1115] PERRIER François et RAVIOT Guillaume, *Arrests notables du Parlement de Dijon*, Tome premier, Dijon, Augé, 1735, Page 155.
[1116] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome premier, « Concubinage », Pages 346-347.

§ 1 : Le principe : la nullité des avantages concédés à la concubine

La jurisprudence qui réprouvait toute donation entre les personnes qui vivaient dans le concubinage, n'avait pas été aussi sévère, dans les plus anciens arrêts, qu'elle l'était aux XVIIe et XVIIIe siècles, Denisart constatait ainsi que d'anciens arrêts les avaient confirmées.[1117] Guyot relatait la même évolution jurisprudentielle : *Anciennement, les tribunaux ne déclaraient pas les donations faites entre concubinaires, entièrement nulles ; ils se bornaient à les réduire ; mais les magistrats se sont aperçus que leur indulgence favorisait la dépravation des mœurs*. Il ajoutait même que cette jurisprudence de son temps, qui annulait tous les contrats portant *l'empreinte d'une libéralité entre amans*, ne souffrait ni exception, ni modification.[1118]

La nullité *radicale* des donations faites aux concubines avait son principe dans deux sources : *l'honnêteté publique* et *le défaut de liberté*, notait Raviot dans ses observations sur l'arrêt du parlement de Dijon du 12 juillet 1668. Les faits de cette espèce étaient les suivants : le Sieur Boardet, avocat à la Cour, avait fait un testament olographe, par lequel il avait institué la Demoiselle Catherine de Verdecy, femme de Mr de Bessey, sa seule et universelle héritière. Lors de la publication du testament pardevant le Gouverneur de la Chancellerie, le frère du donateur, Claude Boardet, soutint qu'il était nul, et que la Demoiselle de Bessey était incapable de la libéralité du Sieur Boardet, qu'elle était *turpis persona*, qu'elle avait entretenu un commerce illicite et scandaleux avec le Sieur Boardet. L'affaire finit par être renvoyée devant le parlement. Les moyens soulevés par le défenseur de Claude Boardet consistèrent à démontrer l'*infamie* et la *turpitude* de la Demoiselle de Bessey, qui était indigne de la succession du Sieur Boardet, qui avait *mené une vie fort déréglée* pendant son mariage, et qui avait *corrompu la raison* du Sieur Boardet (*un esprit faible et un homme âgé*) et lui avait fait faire des folies (dont toute la ville était au courant), jusqu'à l'obliger à faire une rente en principal de 20000 livres à une personne qui lui était affidée, afin de profiter de ce bien par cette voie indirecte. Ce contrat de rente avait été cassé par le Sieur Boardet mais il lui en avait couté 400 livres dont la Demoiselle de Bessey avait profité. Cette partie présentait plusieurs lettres de la Demoiselle de Bessey adressées au Sieur Boardet, dans lesquelles elle l'appelait

---

[1117] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Page 97.
[1118] GUYOT, *op. cit.*, Page 385.

son mari, se disait *sa femme*, que *Dieu* les avait fait *pour vivre et mourir ensemble*, etc., et où elle l'assurait de sa fidélité, mise en cause par *les envieux*. Au total 186 lettres furent recensées (*reconnues pardevant Commissaires*), où elle parlait *d'une manière dissolue et impudique*. Pour la défense de la Demoiselle, il fut notamment soulevé qu'il n'y avait qu'une amitié honnête entre elle et le Sieur Boardet, que la familiarité figurant dans les lettres était l'effet du naturel enjoué de la Demoiselle, et non de son libertinage avec le Sieur Boardet, et que si celui-ci avait eu pour elle *quelque affection*, elle l'avait acquise *par une complaisance honnête, et non par des voyes criminelles*, dont il n'y avait aucune preuve autre que *des lettres de galanteries*. Les Gens du Roi étaient représentés par M. Rousseau, qui insista sur la faiblesse d'esprit, et dit qu'il fallait considérer son testament *comme l'ouvrage d'une folle passion*, et en concluait que la succession devait être réglée *ab intestat*. La cour ordonna que la succession du Sieur Boardet serait réglée *ab intestat*.[1119]

La jurisprudence des deux derniers siècles de l'Ancien Régime prohibait toutes espèces d'avantages, même déguisés. En effet, tous les avantages sous formes de vente, obligation, constitution et autres étaient nuls. Les tribunaux ne s'arrêtaient pas à la forme extérieure des actes. *En vain, au lieu de donner a-t-on paru vendre, emprunter et employer de pareilles voies, qui, sous le titre de contrats onéreux, déguisoient de véritables profusions ; la loi a perçé l'obscurité de ces actes, pour y reconnoître des dispositions prohibées, et elles les a toutes proscrites*, disait à ce propos Cochin (jurisconsulte de la première moitié du XVIIIe siècle).[1120] Il en fut ainsi jugé dans un arrêt du 25 février 1665. En l'espèce, différents contrats de vente et bail à rente avaient été consentis par le Baron de Saint Gemmes au profit de Mathurine Jacqueline Rigot, sa concubine, les créanciers et le fils du baron attaquèrent ces actes sur le fondement du commerce illicite qui les faisait présumer être des donations, et ils furent déclarés nuls.[1121] Les donations déguisées faites par des clercs concubinaires étaient, de la même manière, annulées par les juridictions. Un ecclésiastique, l'abbé de la Pinardière avait gratifié de divers avantages Vincente Bauserie, qui avait été sa domestique pendant quinze ans, et avait eu six enfants de lui. Après la mort de l'abbé, ses héritiers attaquèrent, comme nuls et frauduleux, deux contrats de constitution de rente (de 1900 livres chacun) et prétendirent faire entrer dans le patrimoine du défunt une acquisition d'une maison que la

---

[1119] PERRIER François et RAVIOT Guillaume, *op. cit.*, Pages 151 à 153.
[1120] COCHIN cité par GUYOT, *op. cit.*, Page 384.
[1121] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Pages 97-98 ; MERLIN, *op. cit.*, Page 475.

concubine paraissait avoir faite (pour 1790 livres du principal). Le parlement de Paris rendit un arrêt le 22 août 1674 dans lequel il annula les contrats et adjugea l'acquisition aux héritiers.[1122] Dans le même sens, mais dans une hypothèse où il s'agissait de concubins laïcs, un arrêt du 3 juillet 1685 du parlement de Paris déclara nulle une obligation de 3500 livres faite au profit du Sieur de la Tour, par la Dame Fauveau, qui avait vécu dans un mauvais commerce avec ce dernier (cinq enfants étaient nés de leur union).[1123] Toujours sur ce fondement, le parlement de Paris déclara nulle, dans un arrêt du 16 mars 1723, une quittance de dot de 60000 livres, donnée devant notaires par le marquis de Sainte-Foy à Elisabeth Fricot.[1124] Et, par un arrêt rendu en 1724 par le parlement de Paris, les billets du Chevalier de Graville, au profit de cette même Elisabeth Fricot (qui était *une femme suspecte*, qui avait eu des enfants de plusieurs maris avant de les épouser, et de plusieurs autres hommes qu'elle n'avait pas épousés, et dont *les excès* avaient attiré l'attention de la police, qui l'avait fait enfermer pour ses débauches) avec qui il entretenait une liaison scandaleuse, furent annulés.[1125] Une sentence rendue par le Châtelet, en mars 1777, déclara nul un contrat de constitution de rente (de 1200 livres) que la nommée Asselin, danseuse à l'opéra avait fait au profit d'un homme. La preuve de leur concubinage avait été ordonnée par une sentence du 7 septembre 1776 et avait été jugée concluante.[1126] Il n'y eut pas appel de cette sentence, et s'il y en avait eu un, la sentence eut été vraisemblablement confirmée, selon Denisart.[1127]

Comme le *déguisement de contrat*, l'*interposition de personnes* était une manière d'éluder la loi prohibitive des donations entre concubins. A cet égard, la question se présenta de déterminer si la donation faite au fils ou à la fille d'une personne avec laquelle le donateur avait vécu en concubinage devait être considérée comme faite à cette personne elle-même. Suivant *l'esprit général du droit français*, les donations faites aux enfants étaient censées faites au père ou à la mère, enseignait Merlin, qui rapportait deux arrêts qui en jugèrent ainsi. L'un était un arrêt du 4 août 1625 du parlement de Paris, lors duquel *l'avocat général Talon avait conclu à la nullité du legs qu'un chanoine avait laissé à la fille de sa concubine, par la raison que la donation, étant faite à la fille, était présumée faite en considération de la mère,*

[1122] DENISART Jean Baptiste, *ibidem* ; MERLIN, *ibidem*.
[1123] DENISART Jean Baptiste, *ibid* ; MERLIN, *ibid*.
[1124] MERLIN, *ibid*.
[1125] DENISART Jean Baptiste, *ibid*.
[1126] FOURNEL, *op. cit.*, Pages 233 à 235.
[1127] DENISART Jean Baptiste, *ibid*.

et par conséquent nulle. Et l'autre fut rendu par le parlement d'Aix, le 20 février 1642.[1128] Un arrêt du parlement de Paris du 10 janvier 1645[1129] jugea que *le fait du Concubinage entre le testateur et la mère de celle au profit de laquelle il a disposé, est recevable en la bouche des héritiers du testateur (ecclésiastique), pour annuler le legs*. A propos de cet arrêt rapporté par Soesve (arrêtiste du XVIIe siècle), Merlin remarquait que l'espèce n'avait pas été assez bien détaillée pour connaître la décision précise.[1130]

Quant à la jurisprudence des provinces belges, selon les dires de plusieurs auteurs,[1131] elle proscrivait indistinctement les donations entre concubinaires. Leur doctrine fut confirmée par un arrêt du parlement de Douay du 14 janvier 1757. En l'espèce, le Sieur Saudemont, secrétaire du Roi, domicilié à Douay, avait légué par son testament, à sa servante nommée Ridon, une pension viagère de 300 livres *pour raison connue*. Le frère et héritier du testateur refusa le paiement de ce legs, sur le fondement que la fille Ridon avait vécu avec celui-ci dans un concubinage habituel et public, dont étaient issus plusieurs enfants. L'arrêt déclara le legs et le testament nuls et de nul effet, et condamna ladite Ridon aux dépens.[1132]

Ceux qui vivaient en concubinage n'étaient pas admis *à alléguer leur propre turpitude* pour révoquer les dons qu'ils auraient eu fait *à l'objet de leur passion, à moins qu'il n'y eût d'ailleurs des preuves de séduction, ou que l'objet donné fût tellement excessif qu'il entraînait la ruine du donateur*.[1133] En outre, les concubinaires pouvaient attaquer eux-mêmes les donations faites à leur concubine lorsqu'ils étaient mineurs, ou quand ils avaient fait ces donations durant leur minorité et qu'ils se trouvaient encore dans le temps de la rescision.[1134] Sur le fondement de l'irrecevabilité du donateur, par arrêt du 26 mai 1706 de la Grand'chambre du parlement de Paris, le Sieur de Mouges fut débouté de sa demande en entérinement de lettres de rescision qu'il avait prises contre la donation d'une rente viagère

---

[1128] MERLIN, *op. cit.*, Pages 477-478.
[1129] MERLIN, *op. cit.*, Page 478. Furgole, dans son *Traité des Testamens* optait pour l'opinion contraire uniquement en se fondant sur cet arrêt, Merlin disait à ce propos que *cet arrêt n'avait pas jugé ce que lui prêtait Furgole* (ce qui était prouvé, ajoutait Merlin, car il avait été rendu *conformément aux conclusions de M. l'avocat général Talon*).
[1130] MERLIN, *ibidem*.
[1131] CHRISTIN, SANDE, GROENWEGEN, RODEMBURG, VOËT, cités par MERLIN, *op. cit.*, Page 470.
[1132] MERLIN, *ibidem*.
[1133] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Page 99.
[1134] MERLIN, *op. cit.*, Page 480.

(de 1400 livres) qu'il avait faite au profit de la nommé Martin, actrice de l'opéra et qui avait pour cause *l'estime et la considération*.[1135] Une décision similaire fut prise par le parlement de Grenoble en 1771, qui condamna le Comte … à acquitter une somme de cinquante mille livres à une chanteuse de l'opéra envers laquelle il s'était reconnu débiteur de cette somme.[1136] Et dans le même sens, un arrêt du parlement de Paris fut rendu le 16 octobre 1782 ; l'espèce était la suivante : par un acte passé devant notaires, le 22 octobre 1781, M... avait constitué à la demoiselle A... 600 livres de rente viagère, pour la somme de 6000 livres qu'il avait reconnu avoir reçu d'elle le même jour, et dont il lui avait donné quittance par le contrat. *M... était un homme riche et dans la force de l'âge, et la demoiselle A... était mineure, sans autre fortune que sa jeunesse et ses grâces* (Merlin en déduisait qu'*il était aisé de soupçonner en quelle valeur ce capital avait été fourni*). M..., voulant *se mettre en garde contre les dangers de l'inconstance, et s'assurer que sa libéralité recevrait toujours le prix qu'il en attendait*, obtint un billet de la demoiselle A..., par lequel elle s'obligeait à ne plus recevoir la rente de 600 livres, le jour où elle n'aurait plus voulu vivre avec lui. La demoiselle A..., qui projetait de se marier avec un jeune homme, tenta de reprendre le billet à M..., elle n'y parvint pas mais elle obtint à peu près l'équivalent dans un écrit conçu en ces termes : *Je soussigné M..., promets et m'engage à ne faire aucun usage qui puisse préjudicier à mademoiselle A..., d'un écrit sous seing-privé qu'elle m'a remis dans le courant d'octobre dernier, par lequel elle consent de ne point exiger la rente viagère de 600 livres, que je me suis obligé de lui faire* [...] *; reconnaissant que ladite A... ne m'a fait ledit écrit que par pure complaisance, et qu'elle m'a réellement compté ladite somme de 6000 livres, capital du contrat que j'approuve et ratifie de nouveau en tant que de besoin* [...]. Aussitôt la demoiselle A... rassurée sur ses droits, elle quitta M... pour se marier avec G.... M... ne voulut plus acquitter la rente ; mais G..., à l'échéance du premier terme, lui fit faire un commandement de payer, obtint une sentence, et fit prendre par exécution les meubles de M.... A la suite de diverses procédures, M... porta plainte au Châtelet pour escroquerie de la rente viagère et pour soustraction de la contre-lettre qui annulait le contrat et pour le vol d'une montre d'or. Après l'information, un décret d'ajournement personnel, fut, faute de comparution, converti en décret de prise de corps à l'encontre de la demoiselle A.... Après son interrogatoire, le juge lui rendit sa liberté provisoire. Elle interjeta appel de toute la procédure et elle en demanda la nullité. L'arrêt

---

[1135] DENISART Jean Baptiste, *idem*, Page 99. ; GUYOT, *op. cit.*, Page 386 ; MERLIN, *idem*, Page 480. Dans cet ouvrage, l'arrêt était daté du 31 mars 1707.
[1136] DENISART Jean Baptiste, *id*., Page 99.

déclara nulle toute la procédure extraordinaire faite contre la demoiselle A..., par M... ; mit hors de cour sur le surplus des demandes, fins et conclusions (qui tendaient, de la part de M..., à la nullité du contrat du 22 octobre 1781 ; et de la part de la demoiselle A..., aux dommages-intérêts résultants des poursuites exercées contre elle), et il condamna M... aux dépens.[1137] Cependant, la jurisprudence n'était pas uniforme sur cette question. Certains arrêts admirent les concubinaires à attaquer eux-mêmes les engagements qu'ils avaient souscrits en faveur de leur concubine. Les circonstances déterminaient les magistrats à anéantir ou non ces actes.[1138]

Concernant cette question de la recevabilité, il fallut déterminer si un héritier institué ou un légataire universel, qui ne tenaient leur droit que du testament même par lequel le testateur avait avantagé sa concubine, étaient recevables pour contester, sous le prétexte de la *débauche*, une disposition particulière qui diminuait le montant de l'héritage ou du legs universel. Les tenants de la négative, posaient comme principe que le testateur avait le droit d'imposer les conditions qui lui plaisait à ses héritiers institués et à ses légataires et ces conditions, lorsqu'elles n'étaient pas impossibles à exécuter ou qu'elles ne tendaient pas à faire faire une chose prohibée par la loi devaient être exécutées. Ils soutenaient, entre autre, que lorsqu'un testateur, après avoir fait un don à sa concubine, instituait un légataire universel, il ne faisait cette institution qu'à la charge par celui-ci d'acquitter le legs particulier. C'était sa volonté, et celle-ci n'obligeant à rien d'impossible ou de prohibé par la loi, le légataire universel ne pouvait certainement pas se refuser à la condition sous laquelle il était institué, sans encourir la déchéance de son legs. De plus, puisque le légataire universel n'avait aucun droit sur ce qui était donné par le testateur à ses légataires particuliers, il en découlait qu'il ne pouvait pas avoir d'action pour attaquer les dispositions faites en faveur de ceux-ci. Cette opinion fut embrassée par un arrêt du parlement de Bordeaux, du 10 février 1663, rendu par la Grand'chambre entre Catherine Viole et sa fille Marie Larieu, d'une part, et Jean Casaux, héritier testamentaire de Pierre Lafite qui était prêtre, d'autre part. Il fut jugé que Jean Casaux n'étant pas le plus proche à succéder à Pierre Lafite, il n'était pas recevable, en qualité d'héritier testamentaire, à contester les legs de Catherine Viole et Marie Larieu, en offrant de vérifier que Catherine Viole avait été la concubine du prêtre et Marie Larieu, sa fille. Néanmoins, du point de vue de Merlin, cet arrêt avait été dicté par *un faux principe*. Il

---

[1137] MERLIN, *op. cit.*, Pages 480-481.
[1138] GUYOT, *idem*, Page 386.

affirmait : *c'est une vérité généralement reconnue, que, dans les actes de dernière volonté, les conditions contraires à l'honnêteté publique et aux bonnes mœurs, doivent être réputées non écrites*. [...] *Or, n'est-ce pas une condition contraire aux bonnes mœurs et à l'honnêteté publique, que celle d'exécuter une disposition que les lois ont proscrite par respect pour ces grandes bases de l'ordre social ? La chose paraît si évidente* [...]. Et il citait plusieurs arrêts qui avaient rejeté l'opinion adoptée par celui du 10 février 1663 : celui du parlement d'Aix, du 20 février 1642,[1139] et un arrêt du parlement de Paris, du 13 mai 1762.[1140] Le fisc n'était, quant à lui, jamais recevable pour réclamer la nullité d'une donation sous le prétexte d'un concubinage.[1141]

S'agissant de la preuve du commerce illicite, Denisart estimait, dans une perspective de *maintien des bonnes mœurs*, que les parents des donateurs (*des personnes que leur passion a aveuglées*) étaient admis à prouver *ce désordre*.[1142] Pour Pothier, les héritiers du donateur devaient être admis après sa mort à établir la preuve du concubinage avec la donataire car dans le cas contraire l'interdiction de ces donations aurait été vaine. *Le juge néanmoins doit, à cet égard, user de circonspection*, ajoutait-il.[1143] Cette question de la preuve du commerce illicite était donc d'une importance considérable lors des jugements statuant sur les libéralités faites entre de réels ou de prétendus concubins. Par un arrêt du parlement de Toulouse, du 21 juin 1644, où en l'espèce un curé avait institué comme héritière une femme mariée, des cousins au 4e degré, successeurs *ab intestat* de ce curé, furent reçus à prouver par témoins l'indignité et le concubinage de cette femme avec le testateur, avant et après le mariage de cette femme. Dans le même sens, le parlement de Toulouse, dans un arrêt du 21 avril 1718, jugea que Jean Epy et Louis Preaux, comme successeurs *ab intestat* du Sieur de la Traverse , étaient fondés à demander la cessation d'un testament que celui-ci avait fait en faveur d'Anne Marcouse, femme mariée, sa voisine, sur le fondement du concubinage notoire du défunt avec cette femme, duquel l'arrêt leur permettait de faire la preuve. D'autres arrêts rendus par ce même parlement, deux datant de 1756 et un de 1761 confirmaient cette jurisprudence.[1144] Ce

---

[1139] Déjà cité, *supra*.
[1140] MERLIN, *op. cit.*, Pages 479-480.
[1141] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Page 107.
[1142] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Page 99.
[1143] POTHIER, *Œuvres de POTHIER contenant Les traités du droit français*, Par M. DUPIN, Tome septième, *Traité des donations entre vifs*, *op. cit.*, Page 235.
[1144] MERLIN, *op. cit.*, Page 470.

fut d'après un commencement de preuve que, par arrêt du 17 mai 1736, les parties furent admises à établir la preuve du concubinage qui avait subsisté entre Nicolas Forestier et la veuve Thibout (et même de l'adultère dont elle s'était rendue coupable quand son mari était encore vivant). Ensuite, les donations entre vifs et le legs universel que le Sieur Forestier avait fait à la veuve Thibout furent déclarés nuls par un arrêt du 17 juin 1737.[1145] Le parlement de Rouen se détermina avec les mêmes motifs dans l'espèce suivante : l'héritier du Sieur de Tourtesmesnil (son frère, le Sieur d'Anglesqueville) avait demandé à prouver que la Demoiselle Leprêtre avait vécu en concubinage avec son frère car celle-ci l'avait attaquer pour obtenir la restitution des 15000 livres qu'elle prétendait avoir apporté au Sieur de Tourtesmesnil (celui-ci avait reconnu avoir reçu la somme de sa future épouse dans un contrat de mariage sous seing privé, et était mort avant leur mariage). Pour le Sieur d'Anglesqueville, la reconnaissance portée au contrat de mariage n'était qu'une donation déguisée, faite à une concubine qui n'avait aucun bien. L'arrêt rendu le 27 janvier 1780 confirma la sentence qui avait admis la preuve du concubinage.[1146] A l'égard de cette décision, Merlin faisait cette observation : *Sans doute que la longue co-habitation de la demoiselle L...* (elle avait duré vingt ans) *avec le sieur Tourtesmesnil, qui ne pouvait, vu la différence d'âges et d'états, avoir avec elle que des relations suspectes, parut un commencement de preuve suffisant pour autoriser la justice à approfondir sa conduite. D'ailleurs le contrat de mariage annonçait quel avait été le genre d'affection que le sieur Tourtesmesnil avait eu pour elle* [...] *; et passé dans les derniers momens du sieur Tourtesmesnil, dans un temps où il était assez indifférent qu'il se mariât ou mourût célibataire, il ne pouvait être regardé que comme un moyen imaginé pour réparer l'honneur de la demoiselle L....*[1147] Des présomptions de concubinage qui ne suffisaient pas pour faire annuler une donation ne pouvaient pas non plus suffire pour faire déclarer frauduleuse, et considérer comme une libéralité déguisée, une obligation à titre onéreux. Ce fut sur ce principe, rapporté par Merlin, que se fondait un arrêt du parlement de Paris, de 1726. En l'espèce, par un contrat passé devant notaires, un particulier avait reconnu que Marie Dubreuil lui avait remis en argent et en billets une somme de 75000 livres qu'il s'était obligé à lui faire rendre par ses héritiers à son décès. Ses héritiers contestèrent cette reconnaissance. Le parlement jugea que l'acte devait l'emporter sur les considérations par lesquelles on essayait de le combattre, puisque d'une part, les héritiers n'articulaient point de

---

[1145] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Pages 99-100.
[1146] *Ibidem*.
[1147] MERLIN, *op. cit.*, Page 476.

faits précis et circonstanciés de concubinage, et n'offraient aucune preuve propre à suppléer aux présomptions sur lesquelles ils basaient leur action et, de l'autre, ces présomptions ne prouvaient pas clairement le mauvais commerce.[1148] Si les faits allégués pour demander à établir la preuve d'un concubinage étaient vagues et peu concluants, ou dénués de vraisemblance (à raison de l'âge, de l'état ou de la réputation des personnes), Denisart considérait que la preuve devait être rejetée. Un arrêt de 1775 illustrait ses propos, en confirmant le testament du baron de Lavour en faveur de sa cousine la marquise de Salvert. La Dame de la Ronade, mère des neveux du testateur, avait attaqué le testament en prétendant qu'il était *l'effet de la captation et de la suggestion* dues au concubinage entre la marquise et le Baron ; elle n'avait allégué aucun fait circonstancié mais s'était basée sur un prétendu commencement de preuve par écrit constitué par des lettres qui semblaient indiquer un empressement suspect pour se procurer la fortune du Baron et contenaient des expressions passionnées. L'avocat général Séguier avait observé que les lettres n'établissaient pas la preuve d'un commerce illicite. Selon lui, les lettres n'étaient pas assez concluantes pour faire prononcer la nullité du testament mais elles offraient des expressions de nature à faire admettre la preuve testimoniale. Il avait conclu à ce que la preuve fut admise mais ses conclusions n'avaient pas été suivies par la cour.[1149] Dans le même sens, était rapportée l'espèce qui suit : le Sieur de Ray avait institué les demoiselles Nacart comme ses légataires universelles. Celles-ci, ou au moins la cadette étaient accusées d'un concubinage scandaleux avec le Sieur de Ray, cela ne s'appuyait que sur des faits sans vraisemblance. Au contraire, il était prouvé que lorsque les sœurs avaient demeuré chez lui, il était très âgé et infirme. L'avocat général Séguier opposa ces faits constants à l'inculpation hasardée d'un concubinage (d'autant plus que le témoignage uniforme de la noblesse et des principaux habitants de la ville écartait l'idée d'un concubinage) et dit qu'il fallait un commencement de preuve par écrit (la naissance d'un enfant, des lettres, etc. faisant présumer le concubinage) pour autoriser des enquêtes. Par un arrêt d'août 1784, la cour confirma le testament du Sieur de Ray.[1150]

La question se présenta devant les tribunaux de savoir si des personnes qui avaient vécu en concubinage pouvaient en se mariant, se faire, par contrat de mariage, des donations

---

[1148] MERLIN, *op. cit.*, Page 477.
[1149] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Pages 100-101.
[1150] DENISART Jean Baptiste, *ibidem* ; MERLIN, *op. cit.*, Page 478. Dans cet ouvrage, l'arrêt était daté du 1er septembre 1784.

universelles, ou bien si le libertinage qui avait précédé, était une cause suffisante pour faire annuler les donations. D'un côté, certains juristes pensaient que les conjoints cherchaient plutôt à couvrir qu'à légitimer par le mariage les avantages qu'ils s'étaient fait au nom d'*une affection déréglée*.[1151] Tel Guyot qui notait que *Dans ces sortes de questions, on remonte presque toujours à l'origine de la liaison ; et quand elle a commencé par le crime, tout ce que l'on a fait dans la suite pour le réparer, ne peut jamais rendre aux parties la liberté de disposer en faveur l'une de l'autre*.[1152] A l'appui de cette opinion, plusieurs auteurs citaient un arrêt rendu le 16 mars 1663 par la Grand'chambre du parlement de Paris. En l'espèce, un particulier (le Sieur Dufay) avait pendant longtemps entretenu une femme (Laurence Duhamel) en qualité de concubine, il finit par l'épouser, et par leur contrat de mariage, outre les conventions ordinaires, il lui fit une donation universelle. Le mari décéda et ses héritiers attaquèrent les conventions et la donation sur le fondement du concubinage dans lequel les parties avaient vécu avant leur mariage. La femme se défendit en prétendant que *la turpitude de l'engagement qu'elle avoit eu, avoit été effacée par le mariage qui s'en étoit ensuivi, qui l'avoit rétablie en son honneur*. Dans ses conclusions, l'avocat général Bignon, se prononça contre la donation sur le fondement que l'on ne pouvait considérer le donateur et la donataire que comme mari et femme, ou comme des personnes engagées dans un concubinage, et dans les deux cas, la donation n'était pas valable (les parties étant soumises à la Coutume de Paris). L'arrêt se conforma à ses conclusions, il confirma ce qui pouvait passer pour des conventions matrimoniales et déclara nulle la donation.[1153] La même opinion transparait dans un arrêt de la cour des aides du 20 juin 1730 qui admit les héritiers du Sieur Raffy d'Eches à établir la preuve du concubinage de ce dernier avec la demoiselle Hamelin de Chaise avant leur mariage. Et le concubinage ayant été prouvé, la donation portée dans leur contrat de mariage fut déclarée nulle par un arrêt du 27 février 1731.[1154] Le Grand Conseil adopta cette jurisprudence dans un arrêt du 23 mars 1743 dans lequel toutes les donations faites par le marquis de Vieux-bourg à la demoiselle Payen par leur contrat de mariage, même la reconnaissance et quittance de dot (de 50 000 livres) furent déclarées nulles au motif qu'ils avaient vécu dans un commerce criminel avant leur mariage.[1155] Dans le même sens, la

---

[1151] DENISART Jean Baptiste, *idem,* Pages 100-101.
[1152] GUYOT, *op. cit.*, Page 385.
[1153] RICARD Jean-Marie, *op. cit.*, Page 94 ; DENISART Jean Baptiste, *id.*, Pages 101-102 ; GUYOT, *idem*, Page 386.
[1154] DENISART Jean Baptiste, *id.,* Pages 101-102 ; GUYOT, *idem,* Page 385.
[1155] DENISART Jean Baptiste, *id.,* Pages 101-102 ; GUYOT, *id*., Page 385.

Grand'chambre rendit un arrêt le 13 février 1750 dont voici l'espèce : Les Sieur et Demoiselle Lepicard Dumoustier, dont la fortune et la condition étaient à peu près égales, avaient vécu en concubinage et eu un enfant avant leur mariage. Leur contrat de mariage contenait une donation mutuelle et réciproque de tous leurs biens au profit du survivant, dans le cas où ils n'eussent point d'enfants, ou qu'en ayant, ces enfants vinssent à décéder pendant leur minorité. Leur enfant décéda avant eux et la Dame Dumoustier mourut en 1734 laissant pour seul héritier le Sieur Rotrou, son frère. Celui-ci, à qui le Sieur Dumoustier avait fait part de son contrat de mariage, lui assura, le 29 août 1734, qu'il lui laissait tout. Le sieur Rotrou mourut en 1742. Ses héritiers demandèrent la nullité de la donation, et un compte de communauté. Elle fut déclarée nulle par une sentence du Châtelet du 22 août 1748. Le sieur Demoustier, légataire universel de son oncle, décédé au cours du procès, fit appel. Ses moyens furent entre autres qu'une fin de non-recevoir pouvait être tirée de l'acquiescement du Sieur Rotrou et, qu'en général une donation faite par contrat de mariage entre conjoints, qui ont commencé *ab illicitis*, n'était pas nulle, il citait notamment les arrêts de 1722 et 1740.[1156] L'avocat général d'Ormesson ne s'arrêta pas à ces objections. Il interpella les juges : *Vous êtes dépositaires d'un pouvoir qui consiste à interpréter les loix, à décider des cas où elles doivent avoir leur application, à suppléer quelquefois à leur silence par la profonde méditation des principes généraux qui s'y trouvent au moins implicitement renfermés, ou de ces maximes qui sont le fondement de la société, la règle de la police et du bon gouvernement, la source des mœurs, des vraies vertus, et de la religion appliquée à la conduite des citoyens* [...]. *Loin de nous l'idée de cette jurisprudence arbitraire* [...]*! Une jurisprudence qui n'a pas pour base la lettre de la loi, est toujours formée d'après son esprit* [...]. Et il énuméra deux principes, l'un *de droit* : la reconnaissance depuis longtemps d'*une défense générale de s'avantager de concubin à concubin* [...] ; il en découlait que *même par contrat de mariage*, *semblables dons ne sont pas valables : puisqu'alors ils ont toujours pour principe une passion de la nature de celles qui vicient le consentement*. L'autre principe était *de police* : *Est-il possible de traiter de même le vice et la vertu* ? En résumé, l'avocat général considéra qu'on comblait déjà assez les concubins qui se mariaient, l'Église en leur permettant d'accéder à ce sacrement, et l'état en légitimant leurs enfants et en les admettant à contracter comme les autres. Et il rappela que c'étaient les principes que l'avocat général Bignon avait établi avant même l'ordonnance de 1639 : *pouvons nous tenir un autre langage que celui de ce grand homme, qui vous excitait,*

[1156] *Cf. infra*.

messieurs, à punir par la privation des avantages civils les mariages qui avaient commencé ab illicitis ? L'avocat général, démontra que la jurisprudence était uniforme quand à la nullité des donations et conclut *à ce que l'appellation fût mise au néant*, et la sentence confirmée. La cour suivit ses conclusions.[1157]

D'un autre côté, les tenants de l'opinion opposée soutenaient que puisque la haine de la débauche fondait la prohibition de se donner entre concubins, celle-ci devait cesser quand les parties s'unissaient par un lien légitime, et la loi ne devait pas y mettre d'obstacle.[1158] A l'appui de cette opinion, quelques décisions étaient relevées par les arrêtistes. Sur une question de nullité fondée sur le concubinage antérieur au mariage, la cour se prononça en faveur de la donataire dans un arrêt du 2 septembre 1722.[1159] Le 20 mai 1740, le parlement de Paris jugea une espèce dans laquelle Antoine Vigny, tuteur de sa fille, avait pris au nom de sa pupille qui était héritière proportionnaire de la défunte Marie de la Marne, des lettres de rescision contre la donation portée au contrat de mariage de cette dernière avec le Sieur Noizette. Marie de la Marne était mineure au moment de la donation, elle avait été la concubine de son mari, et avait eu deux enfants de lui avant leur mariage. L'arrêt fut rendu contre les conclusions de l'avocat général, la nullité ne fut pas retenue. Denisart ne s'étonnait pas que le concubinage prouvé par l'existence de deux enfants n'eut pas influé sur la décision car le mari n'avait tiré aucun bénéfice de cette donation. Selon Guyot, cet arrêt contraire à la jurisprudence paraissait avoir été rendu sur des motifs particuliers.[1160] Un autre arrêt statua sur ce sujet. Dans cette affaire, un particulier qui avait vécu *en mauvais commerce avec une personne du sexe* pendant deux années, l'épousa, et les concubins se firent par contrat de mariage une donation universelle et réciproque. Le mari décéda sans enfants, et le frère demanda la nullité de la donation sur le fondement du commerce illicite. *Il articula dix huit faits très positifs du commerce criminel des deux époux avant leur mariage* [...] *buvant, mangeant et couchant ensemble, sans même s'en cacher* et demandait à le prouver. De surcroit, le frère avait exposé à l'audience que cette donation l'avait lésé de plus de 100 000 livres, ce qui était considérable. Néanmoins, l'avocat général Joly de Fleury observa que *la sainteté du mariage, quand il avoit été régulièrement contracté devoit couvrir d'un voile impénétrable tout ce qui s'était passé*

[1157] DENISART Jean Baptiste, *op. cit.*, Pages 102 à 106.
[1158] *Idem*, Page 101.
[1159] *Id.*, Pages 106-107.
[1160] *Ibidem* ; GUYOT, *op. cit.*, Page 386.

entre des personnes qui auroient pu contracter un mariage légitime. Par un arrêt du 30 mai 1769, la Grand'chambre du parlement de Paris débouta le frère et confirma la donation.[1161] Malgré ces quelques exemples jurisprudentiels où des donations faites par de futurs conjoints ne furent pas déclarées nulles, Denisart en concluait néanmoins que *la jurisprudence la plus constante* frappait de nullité ces donations universelles lorsqu'il avait été incontestablement prouvé qu'ils avaient vécu auparavant comme concubins, et cette preuve résultait de la procréation d'enfants, antérieurement au mariage.[1162] Quant à Fournel, il observait que la question était encore controversée en jurisprudence, et il jugeait inconséquent d'invalider des donations, faites par contrat de mariage, entre des personnes qui avaient vécu en concubinage.[1163]

La jurisprudence n'annihilait pas systématiquement tous les libéralités consenties entre des concubins, elle en entérinait parfois certaines en tout ou partie.

§ 2 : La tolérance vis-à-vis des donations modiques

Il apparaît une certaine mansuétude de la part des juges qui validait les donations alimentaires et en usufruit faites à des concubines ; car ces filles qualifiées de *débauchées*, semblaient, selon Ferrière, *mériter quelqu'indulgence, l'équité demandant qu'on facilite leur subsistance, pour les détourner du vice*. Le juriste insistait sur ce point : *Quelquefois même il y auroit une très grande injustice à ne pas donner de quoi vivre à une personne que l'on auroit engagée dans le dérèglement, et que l'on auroit mise hors d'état de faire un établissement honnête*. Il envisageait même la possibilité d'un dédommagement, en complément des aliments, dans certains cas où une fille *auroit eu le malheur de se laisser séduire* (ces hypothèses étaient énumérées : celle d'une fille jeune et d'un garçon âgé, celle d'une *fille de bonne famille* et d'une *conduite irréprochable*, celle d'un garçon *fort opulent*).[1164] Pour Fournel, les donations modérées ou n'excédant pas le taux d'une pension alimentaire étaient déclarés valables par *une multitude d'arrêts* (même dans le ressort des

---

[1161] DENISART Jean Baptiste, *id*., Pages 106-107.
[1162] *Ibid*.
[1163] *Cf*. FOURNEL, *op. cit.*, Pages 235-236 et 239 à 242.
[1164] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome premier, « Concubinage », Page 347.

coutumes prohibitives) pour une raison *fort naturelle : comment contesteroit-on à une fille abusée la capacité de recevoir une donation ou un legs modéré de la part de son séducteur, puisque la jurisprudence lui accorde contre lui une action en dommages et intérêts. Ce qu'elle a droit d'exiger de force, elle le peut à plus forte raison obtenir de plein gré de son débiteur ; et puisque les Tribunaux décident que l'auteur de la séduction doit se défaire d'une portion de son avoir au profit de la fille abusée, il est donc licite au séducteur de prévenir sa condamnation en s'exécutant de bonne grace.*[1165]

Les donations d'aliments étaient, en effet, particulièrement tolérées. Par un arrêt du 13 août 1582, le parlement de Paris avait ordonné qu'une concubine bénéficierait sous forme d'aliments, durant sa vie seulement, des biens donnés par son concubinaire (plus précisément, cet arrêt avait réduit à un simple usufruit une donation faite en propriété).[1166] Dans le même sens, un arrêt qui fut rendu par le parlement de Paris, le 18 février 1610, accorda des aliments à une concubine en confirmant une donation.[1167] Et un arrêt de ce même parlement en date du 13 décembre 1629 valida une donation qu'il réduisit à de simples aliments.[1168] Les auteurs s'accordaient sur ce droit aux aliments ; ainsi, pour Denisart : *La faveur des alimens fait qu'on peut en léguer, et en donner à toutes sortes de personnes, même à celles qui sont incapables d'effets civils ; par exemple* [...] *à des concubins*.[1169] Et Ferrière, lui aussi, justifiait ce droit : *L'incapacité de succéder ou de recevoir un bienfait par testament, ou par quelqu'autre disposition de dernière volonté, ne regardent pas les legs qui se font alimentarum causâ. Comme les alimens sont d'une nécessité absolue à quiconque vit, il est de l'équité qu'on puisse les donner à qui que ce soit*.[1170]

Lorsque les donations réalisées entre concubins, même portant sur des immeubles, étaient *de peu de conséquence*, et qu'ils n'excédaient pas les aliments qu'on aurait adjugé au donataire, ils pouvaient être confirmés dans certains cas.[1171] Ce fut ce que jugea le parlement

---

[1165] FOURNEL, *op. cit.*, Pages 228-229.
[1166] RICARD Jean-Marie, *op. cit.*, Page 94 ; GUYOT, *idem,* Page 386 ; MERLIN, *op. cit.*, Page 471.
[1167] GUYOT, *id.*, Page 386 ; MERLIN, *idem,* Page 471.
[1168] MERLIN, *ibidem*.
[1169] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Veuve Desaint, 1777, Tome premier, « Alimens », Page 73.
[1170] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome premier, « Alimens », Page 74.
[1171] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, Veuve Desaint, 1786, Tome cinquième, « Concubinage », Pages 98-99.

de Paris dans un arrêt du 1er juillet 1630 dans lequel la donation faite par le Sieur Fouquet (conseiller au présidial d'Angers) à sa concubine et à ses deux enfants naturels, d'une ferme *de peu de conséquence* pour leur tenir lieu d'aliments fut confirmée.[1172] Dans le même sens, un arrêt du parlement de Paris du 17 mars 1730 confirma la donation entre vifs, faite par un officier (un capitaine qui avait son domicile et ses biens dans la coutume d'Anjou) à Marguerite des Roches (*pour cause à lui connue, et pour la remercier des services qu'elle lui avait rendus*), d'une rente viagère de 30 livres et d'une petite maison. Dans cette affaire, les héritiers du testateur avaient prétendu que cette donation était annulée par l'article 342 de leur coutume et avaient demandé la permission de prouver que le défunt et le légataire avaient eu ensemble des liaisons criminelles. Le juge de Vendôme avait rejeté la preuve et avait ordonné l'exécution du legs. Le parlement mit l'appellation au néant, après avoir constaté que la valeur des choses données n'excédait pas les aliments qu'on accordait *ordinairement aux filles séduites*.[1173] A plus forte raison, les libéralités étaient confirmées lorsqu'elles ne contenaient qu'un usufruit, et que cet usufruit n'excédait pas les aliments qui étaient dus à une concubine. Ce principe fut consacré par un arrêt du parlement de Paris du 28 mars 1730 qui ordonna que la donation d'une rente viagère et de l'usufruit d'une maison de campagne faite par le Sieur Perrault au profit de Louise-Françoise de Grandmaison, sa concubine, fut exécutée selon sa forme et sa teneur. Une sentence du Châtelet du 20 janvier 1729 avait jugé le contraire, mais la cour décida qu'une donation *qui était proportionnée à la fortune du donateur devait être exécutée parce qu'elle était regardée comme tenant lieu d'alimens*. Dans son plaidoyer, l'avocat général Talon avait, entre autre, énoncé : *si le fait du mauvais commerce est démontré, on met dans la balance de la justice, d'un côté, ce qui serait nécessaire pour les alimens de la donataire, et de l'autre les effets qui lui ont été donnés, afin de prescrire de justes bornes à des libéralités qui ne doivent pas être immenses ; et plutôt pour rendre à la donataire ce qui lui est exactement dû, que pour lui donner lieu de s'applaudir de son crime*. Et il avait admis que le mauvais commerce était, en l'espèce, prouvé : *on ne voit, dans tout cela, ni trace, ni espérance de mariage, et une co-habitation aussi longue et aussi publique mérite sans doute le nom honteux de Concubinage*.[1174] A travers ces deux arrêts rendus la même année, il apparaît que la jurisprudence du parlement de Paris était alors fixée de telle

---

[1172] DENISART Jean Baptiste, *ibidem* ; GUYOT, *id.*, Page 386 ; MERLIN, *id.*, Page 471.
[1173] DENISART Jean Baptiste, *idem*, Pages 98-99 ; MERLIN, *id.*, Page 472.
[1174] DENISART Jean Baptiste, *id.*, Pages 98-99 ; GUYOT, *id.*, Page 386 ; MERLIN, *id.*, Pages 472 à 474.

manière qu'*on pouvait donner des alimens, et qu'il y avait lieu de réduire aux taux d'une pension alimentaire, la donation qui l'excède*.[1175]

Les donations modiques, destinées à servir d'aliments aux donataires, faites entre *des personnes tachées d'adultère* était admises afin, expliquait Ricard, *que le donataire ait moyen de vivre hors du vice, et non pas pour favoriser son crime*.[1176] Il était donc permis à un concubinaire de laisser à sa concubine des aliments, et dans ce cas, c'était aux juges de réduire la donation à proportion de la fortune du donateur. Ce fut l'espèce d'un arrêt rendu par la Grand'chambre, le 13 décembre 1629, par lequel le legs fait par Regnault Benoît de Poissy, à Perrette Bailly sa servante, qu'il avait entretenue durant son mariage, d'une somme de six cens livres, fut confirmé. Le legs universel qui avait été fait conjointement à elle et son frère, avec substitution réciproque, au cas où l'un vînt à décéder sans enfants, fut déclaré nul à l'égard de Pierrette Bailly, et, par conséquent, le tout adjugé à son frère, que l'on ne pouvait pas accuser, par la considération de son âge (treize ans) d'avoir été complice de la débauche de sa sœur.[1177] Au siècle suivant, sur cette question du concubinage accompagné de circonstances scandaleuses, c'est-à-dire lorsqu'il était mêlé d'adultère ou d'inceste, Denisart relevait qu'on jugeait la concubine indigne même des aliments. A cet effet, il rapportait l'espèce suivante : le marquis de Béon (un homme marié) avait légué par testament, à Charlotte Gardel, sa filleule et sa concubine, le tiers de sa terre de Bouteville. Le legs fut attaqué et par sentence des requêtes du Palais du 6 septembre 1726, il fut réduit de moitié. Les deux parties firent appel. L'avocat général conclu à la nullité du legs entier, il ajouta que *la cour avait souvent, en pareille occasion, accordé au légataire quelque somme ou pension viagère, et qu'il dépendait d'elle d'user de la même bonté envers la demoiselle Gardel*. Le parlement de Paris statua avec rigueur le 21 février 1727 : le legs fut déclaré nul, sans aucun aliment. La demoiselle Gardel se pourvut en cassation, mais sa requête fut rejetée.[1178] Évoquant lui aussi ce *fameux* arrêt, Guyot notait, que le parlement fixa la jurisprudence d'une manière irrévocable, en décidant que toute donation qui était le fruit d'un concubinage était

---

[1175] MERLIN, *op. cit.*, Page 471.
[1176] RICARD Jean-Marie, *op. cit.*, Pages 92-93. La dimension de morale religieuse est flagrante chez cet auteur quand il donnait la raison d'autoriser ces donations : *comme en qualité de chrétiens, la vengeance que nous tirons des crimes est particulièrement animée de charité*.
[1177] RICARD Jean-Marie, *ibidem* ; GUYOT, *id.*, Page 386.
[1178] DENISART Jean Baptiste, *id.*, Pages 98-99.

nulle, et devait être anéantie.[1179] Et Merlin relevait que cet arrêt démontrait que *la donation faite à une concubine était nulle* [...] *lorsque la donataire n'avait pas d'action en dommages intérêts à exercer contre le donateur* ; l'action en dommages-intérêt ne pouvait dériver que du fait d'une grossesse et elle ne pouvait pas avoir lieu contre un homme marié.[1180] L'hypothèse où la concubine donataire était engagée dans les liens du mariage, était soulevée par Ferrière qui notait que la donation n'était *pas aisément* confirmée en justice car *sa débauche qui fait horreur, ne mérite pas les mêmes égards* (que pour une simple concubine).[1181] Par ailleurs, on relève dans l'*Encyclopédie* une indication portant sur les donations effectuées par un mari adultère : *Ce que le mari donne à sa concubine ne doit pas se prendre sur la masse de la communauté, mais sur la part du mari seulement, ou sur ses autres biens ; ou si cela est pris sur la masse de la communauté, il en est dû récompense pour moitié à la femme.*[1182]

Pothier résumait ainsi l'état de la jurisprudence sur cette matière : *Les concubines ne sont pas néanmoins tellement incapables de donations, qu'elles ne puissent en recevoir de modiques pour cause d'aliment, et même lorsqu'on leur en a fait de considérables, l'usage est de ne pas les déclarer entièrement nulles, mais de les réduire à des sommes modiques, ou à des pensions alimentaires.*[1183]

[1179] GUYOT, *id.*, Page 386.
[1180] MERLIN, *op. cit.*, Pages 471-472. Dans cet ouvrage, l'arrêt était daté du 4 mars 1727.
[1181] FERRIÈRE Claude-Joseph de, *op. cit.*, Tome premier, « Concubinage », Page 347.
[1182] DIDEROT, D'ALEMBERT, *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome III, Paris, Briasson et autres, 1753, Article « Concubinage », Page 832.
[1183] POTHIER, *op. cit.,* Tome septième, *Traité des donations entre vifs*, Page 235.

A partir la seconde partie du XVIIIe siècle, les unions hors mariages se multiplièrent, d'où une augmentation du nombre des naissances illégitimes. L'emprise de la religion sur les mœurs se desserrait. On observe *des transformations des amours illégitimes au cours du XVIIIe siècle*.[1184] Un modèle original d'unions amoureuses apparaissait. Le développement de l'illégitimité reflétait non pas un renouveau de la *déviance sexuelle* qui avait été tolérée jusqu'au milieu du XVIe siècle, mais une liberté revendiquée de former un couple, avec le partenaire de son choix et en se passant, au départ, du consentement des parents et de l'Église. De plus, les unions illégitimes étaient moins souvent marquées par une différence sociale entre l'homme et la femme (caractéristique des liaisons ancillaires).[1185] Néanmoins, à l'époque, le concubinage était fréquemment un état subi, on ne peut voir, dans sa pratique, à quelques exceptions près, un choix délibéré de la part du couple. La nécessité d'une dot, d'un capital à accumuler pour se marier entrainaient une élévation de l'âge au mariage (que l'on observe depuis le XVIe siècle) ; et ces contraintes peuvent aussi induire le fait que des jeunes gens vivaient maritalement sans avoir contracté un mariage *in facie ecclesiae*, d'autant plus, que dans les grandes villes (l'essor démographique ayant provoqué un exode rural), l'éloignement du cercle familial altérait la pression morale qu'il pouvait exercer. Indépendamment de la vague de déchristianisation et avant même le développement de l'industrie, le concubinage était déjà largement pratiqué dans les grandes villes, l'expression de *mariage à la parisienne* était utilisée pour le désigner. En effet, aux alentours de 1770, un rapport de police indiquait qu'il y avait, à Paris, *un grand nombre de ménages de gens pauvres qui n'avaient pas été conjoints devant l'Eglise*.[1186] Les autorités parisiennes voulurent dés lors contraindre les paroisses à la gratuité du mariage pour les indigents. Ce phénomène d'accroissement des unions irrégulières en milieu urbain allait tout particulièrement préoccuper les pouvoirs publics moins d'un siècle plus tard. A l'aube de la Révolution, l'illégitimité connaissait une forte progression, qui perdura au début du XIXe siècle.

[1184] *Cf.* PHAN Marie-Claude, *Les amours illégitimes, Histoires de séduction en Languedoc (1676-1786)*, Paris, Éditions du CNRS, 1986, Pages 219 à 222.

[1185] BURGUIÈRE André, « Demande d'État et aspirations individualistes, Les attentes contradictoires des familles à la veille de la Révolution », dans LEVY Marie-Françoise (dir.), *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Paris, O. Orban, 1989, Page 30 ; BURGUIÈRE André, « La famille et l'État, Débats et attentes de la société française à la veille de la Révolution », dans THÉRY Irène et BIET Christian (dir.), *La Famille, la Loi, l'État de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, Pages 153-154.

[1186] BURGUIÈRE André et LEBRUN François, « Le prêtre, le prince et la famille », dans BURGUIÈRE André, KLAPISCH-ZUBER Christiane, SEGALEN Martine, ZONABEND Françoise (dir.), *Histoire de la famille*, Tome 2 : *Le choc des modernités*, Paris, Armand Colin, 1986, Pages 130-131.

Deuxième partie : Les étapes vers une reconnaissance juridique des unions hors mariage

Titre I – Les tolérances du droit révolutionnaire de la famille par rapport à l'illégitimité

Chapitre 1 - Le couple sous la Révolution : un éloge du mariage

Le débat relatif au mariage qui s'était engagé à la fin de l'Ancien Régime autour de philosophes, d'auteurs littéraires et de juristes se pérennisa sous la Révolution pour aboutir à la *régénération*[1187] de l'institution (section 1). L'union libre fut, pour sa part, presque totalement occultée tant au niveau théorique que sur le plan législatif (section 2).

Section 1 – Des idéologies nouvelles aux réformes en matière de droit matrimonial

La rupture avec l'ordre familial ancien s'engagea, dans l'ensemble, avec peu de transgressions sur le plan des idées relatives au mariage et au concubinage (§ 1) ; elle se produisit avec la sécularisation du mariage et surtout avec l'avènement du divorce (§ 2).

§ 1 : Les amorces du débat : un classicisme apparent

Dans l'ensemble, le modèle de l'union fondée sur le mariage était prôné par les esprits éclairés du XVIIIe siècle, la dissolubilité de celui-ci était plus ou moins admise. En outre, à de rares exceptions près, le concubinage restait appréhendé comme un commerce illicite, et le célibat n'était pas exempt de critiques. On ne relève que rarement une certaine dénégation de la légitimité de l'institution matrimoniale de la part de philosophes.[1188] De façon anecdotique,

---

[1187] MULLIEZ Jacques, « Droit et morale conjugale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux », dans *Revue historique*, N° 563, 1987, Page 73, note 112. L'auteur observe que ce terme de *régénération* fut usitée sous la Constituante comme sous la Convention, que ce soit par DURAND de MAILLANE, le 17 mai 1791 : *dans ce temps de régénération salutaire* (AP, T. 26, Page 167), ou OUDOT, le 9 août 1793 : *régénérer nos mœurs* (AP, T. 70, Page 167).

[1188] POUMARÈDE Jacques, « De la sécularisation au déclin contemporain », dans BONTEMS Claude (dir.), *Mariage- Mariages*, Actes du colloque international de l'AFAD, Paris, PUF, 2001, Page 59.

il apparait que la vie privée de certains philosophes fut parfois empreinte de concubinage,[1189] et à cet égard, il est possible de souligner, dans le cas de Rousseau, une dissociation entre ses théories sur le couple et sa propre vie de couple.

L'analyse du mariage comme étant un contrat, dont il revenait à l'État seul de fixer la discipline, emportait l'adhésion des juristes, tels Pothier dans son *Traité du contrat de mariage*. La conception, née sous l'Ancien Régime, du mariage envisagé comme une institution publique demeura à l'époque révolutionnaire.[1190] En outre, l'ancrage de l'idéologie bourgeoise participa à une aspiration capitale au bonheur au sein du couple légitime, à l'amour conjugal. *Toute autre expression amoureuse se trouve précipitée dans une périphérie marquée d'un degré plus ou moins grand d'illégitimité en fonction de la distance qui le sépare de l'étalon matrimonial*. La politique de pénalisation de la sexualité hors mariage, du libertinage, ne s'arrêta pas avec la Révolution ; par exemple des mesures visant à châtier les prostituées qui furent édictées sous Louis XVI furent réitérées de façon similaire sous la Terreur.[1191] Au niveau de la morale sexuelle, il est notable de constater que la philosophie des Lumières ne renonça pas aux préceptes des autorités religieuses *dans la répression et le guidage des effets amoureux*.[1192]

Montesquieu, dans *De l'Esprit des Lois*, attribuait au mariage une origine liée à la nature : *L'obligation naturelle qu'a le père de nourrir ses enfants, a fait établir le mariage qui déclare celui qui doit remplir cette obligation*. Cette obligation, il ne la considérait pas

---

[1189] *Cf.* GRIMMER Claude, *La femme et le bâtard, Amours illégitimes et secrètes dans l'ancienne France*, Paris, Presses de la Renaissance, 1983, Pages 243 à 247. Voltaire a vécu avec Mme du Châtelet, qui était mariée, *comme un véritable couple*. D'Alembert vivait avec Julie de Lespinasse, qui était célibataire. Ce philosophe ne souhaitait pas se marier et il écrivit à ce propos : *Si je devenais plus à mon aise, j'irais m'enfermer dans quelque campagne, où je vivrai seul, heureux, et affranchi de toute espèce de contrainte. Vous devez juger par cette manière de penser que je suis bien éloigné du mariage, quoique les gazettes m'aient marié. Eh, mon Dieu, que deviendrais-je avec une femme et des enfants? La personne à laquelle on me marie (dans les gazettes) est à la vérité une personne respectable par son caractère, et faite par la douceur et l'agrément de sa société pour rendre heureux un mari ; mais elle est digne d'un établissement meilleur que le mien et il n'y a entre nous ni mariage ni amour, mais de l'estime réciproque, et toute la douceur de l'amitié.* [...] ; Mlle de Lespinasse ne comptait pas l'épouser non plus. Quant à Rousseau, il vivait avec Thérèse Levasseur ; il disait dans ses *Confessions* où il la nommait *ma compagne* : *Je lui déclarai d'avance que je ne l'abandonnerais ni ne l'épouserais jamais... J'ai fini sur mes vieux jours par l'épouser*.

[1190] POUMARÈDE Jacques, *op. cit.*, Page 62.

[1191] *Cf.* BÉRARD Pierre, « Le sexe entre tradition et modernité, XVIe-XVIIIe siècle », dans *Cahiers internationaux de Sociologie*, Volume LXXVI, Paris, PUF, 1984, Pages 153 à 155.

[1192] *Cf. idem*, Pages 155-156.

absente de l'union hors mariage mais moins efficiente : *Les conjonctions illicites contribuent peu à la propagation de l'espèce. Le père, qui a l'obligation naturelle de nourrir et d'élever les enfants, n'y est point fixé ; et la mère, à qui l'obligation reste, trouve mille obstacles ; par la honte, les remords, la gêne de son sexe, la rigueur des lois : la plupart du temps elle manque de moyens*. Il reprochait aux unions hors mariage de ne pas accroitre le nombre d'habitants, et déduisait de cela et d'autres de ses assertions que *la continence publique est naturellement jointe à la propagation de l'espèce*.[1193] On note donc à travers le constat de Montesquieu, la référence à une prééminence sociale du mariage. Selon lui, cette supériorité du mariage se trouvait dans l'assurance qu'il procurait : *un des grands objets du mariage est d'ôter toutes les incertitudes des conjonctions illégitimes*.[1194] Il admettait l'emprise des lois de l'Église et de la législation séculière sur l'institution matrimoniale : *Ainsi, outre les conditions que demande la religion pour que le mariage soit valide, les lois civiles en peuvent encore exiger d'autres*. Et il ajoutait : *Ce qui fait que les lois civiles ont ce pouvoir, c'est que ce sont des caractères ajoutés, et non pas des caractères contradictoires* ; il n'y avait donc là aucune remise en cause de l'autorité des *lois de la religion* sur le mariage.[1195] Par ailleurs, il s'élevait contre le célibat qui, disait-il, conduisait au libertinage : *A Dieu ne plaise que je parle ici contre le célibat qu'a adopté la religion ; mais qui pourrait se taire contre celui qu'a formé le libertinage ; celui où les deux sexes, se corrompant par les sentiments naturels mêmes, fuient une union qui doit les rendre meilleurs, pour vivre dans celle qui les rend toujours pires ?* [1196] Montesquieu critiquait le célibat des prêtres dans ses *Lettres persane*s (parues en 1721).[1197] Et dans *L'Esprit des lois*, en dissertant sur les *ministres de la religion*, il écrivait : *Je ne parlerai point ici des conséquences de la loi du célibat : on sent qu'elle pourrait devenir nuisible, à proportion que le corps du clergé serait trop étendu, et que par conséquent celui des laïques ne le serait pas assez*.[1198] Dans ses *Lettres persane*s, Montesquieu se montrait un net partisan

---

[1193] MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Tome II, Paris, Bordas, 1990, Liv. XXIII, Chap. II.
[1194] *Idem*, Liv. XXVI, Chap. XIII.
[1195] *Ibidem*.
[1196] *Id*. Liv. XXIII, Chap. XXI.
[1197] MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Paris, Bordas, 1992, Lettre CXVII. Dans cette lettre, l'auteur exposait que c'était l'une des causes *de la dépopulation des pays chrétiens* et faisait état de sa perplexité face à ceux *qui se vouent à une continence éternelle ; c'est chez les Chrétiens la vertu par excellence ; en quoi je ne les comprends pas, ne sachant ce que c'est qu'une vertu dont il ne résulte rien.*
[1198] MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Tome II, *op. cit.*, Liv. XXV, Chap. IV.

du divorce à travers quelques passages extraits d'une lettre.[1199] Par contre, dans *L'Esprit des lois*, il fut moins radical. D'une part, il ne proposait pas de contester l'indissolubilité du lien matrimonial, puisqu'il ne réfutait pas l'autorité de l'Église sur cette question,[1200] mais reconnaissait, d'autre part, une utilité politique au divorce,[1201] et il admettait une conformité du divorce à la loi naturelle.[1202]

Morelly, dans le *Code de la Nature* (publié en 1755), édifia un *modèle de législation conforme aux intentions de la Nature*, ce modèle contenait des *loix conjugales* dont l'objectif était de prévenir *toute débauche*. Tous les citoyens étaient tenus de se marier ; et le célibat était prohibé, du moins avant quarante ans (l'accroissement de la population constituait un point primordial pour Morelly). Le divorce était permis après dix ans de mariage, par consentement mutuel ou d'une partie seulement. Les possibilités de remariages étaient fermement encadrées : *Les personnes séparées ne pourront se remarier à d'autres plus jeunes qu'elles, ni plus jeune que celle qu'ils auront quittée. Les seules personnes veuves auront cette liberté. Les personnes de l'un ou de l'autre sexe qui auront été mariées, ne pourront épouser de jeunes personnes qui ne l'ont point été*.[1203] On perçoit donc que, dans l'esprit de Morelly, l'admission du divorce n'entravait pas le respect d'une morale rigoureuse. *La force des passions* était prise en compte par le philosophe qui pensait que *l'indissolubilité aussi bien que l'union libre sont des formes extrêmes de la relation entre hommes et femmes, par là même déraisonnables, et qui ne peuvent qu'engendrer soit des sentiments violents de haine et*

[1199] MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, *op. cit.*, Lettre CXVI. Les conséquences de la défense faite aux chrétiens du divorce furent, selon les termes de la lettre, *terribles. 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.* [...] *Rien ne contribuait plus à l'attachement mutuel que la faculté du divorce : un mari et une femme étaient portés à soutenir patiemment les peines domestiques, sachant qu'ils étaient maîtres de les faire finir* [...]. C'était, d'après la suite de la lettre, *la propagation de l'Espèce* qui était mise en péril : *Il ne faut donc pas s'étonner si l'on voit chez les Chrétiens tant de mariages fournir un si petit nombre de citoyens* [...].

[1200] MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Tome II, *op. cit.*, Liv. XXVI, Chap. XIII. [...] *c'est à la loi de la religion à décider si le lien sera indissoluble ou non : car si les lois de la religion avaient établi le lien indissoluble, et que les lois civiles eussent réglé qu'il se peut rompre, ce seraient deux choses contradictoires*.

[1201] *Idem*, Tome I, Liv. XVI, Chap. XV. *Le divorce a ordinairement une grande utilité politique ; et quant à l'utilité civile, il est établi pour le mari et pour la femme, et n'est pas toujours favorable aux enfants*.

[1202] *Id*., Tome II, Liv. XXVI, Chap. III. *Si le divorce est conforme à la nature, il ne l'est que lorsque les deux parties, ou au moins une d'elles, y consentent ; et lorsque ni l'une ni l'autre n'y consentent, c'est un monstre que le divorce. Enfin, la faculté du divorce ne peut être donnée qu'à ceux qui ont les incommodités du mariage, et qui sentent le moment où ils ont intérêt de les faire cesser*.

[1203] MORELLY, *Code de la Nature, ou Le véritable Esprit de ses Loix*, Partout, Chez le Vrai Sage, 1755, Pages 216 à 219.

de défiance, soit une moindre qualité de l'amour ; et par conséquent, il imposait *l'établissement d'une structure juridique assez rigide*.[1204] Dans la société utopique prônée par Morelly, l'amour libre était interdit par la loi et également frappé d'infamie, par *l'effet d'une persuasion généralisée de son caractère de déraison*.[1205]

Rousseau fut très respectueux à l'égard de l'institution familiale.[1206] Dans *La Nouvelle Héloïse* (publié en 1761), ou dans l'*Émile* (publié en 1762), il mentionnait *la pureté, la dignité, la sainteté du mariage, le plus inviolable et le plus sacré des contrats*.[1207] Rousseau apparaît plutôt comme un fervent partisan de l'indissolubilité du mariage, une indissolubilité indispensable, selon lui, relativement à l'intérêt des enfants.[1208]

Dans son *Dictionnaire philosophique* (publié en 1764), Voltaire, consacrait la doctrine du mariage contrat : *Le mariage est 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'Eglise.*[1209] Voltaire mit en avant ses opinions divorciaires dans plusieurs articles de son *Dictionnaire philosophique*.[1210] Voltaire ne consacra pas d'article au concubinage. A propos du célibat des ecclésiastiques, Voltaire indiquait, à l'article *Clerc*, que *depuis le concile de Trente, il n'y a plus de dispute sur le célibat des clercs dans l'Eglise catholique romaine, il n'y a plus que des désirs*.[1211]

[1204] Selon l'analyse de HOFFMANN Paul, *La femme dans la pensée des Lumières*, Genève, Slatkine, 1977, réimp. 1995, Pages 453-454.
[1205] HOFFMANN Paul, *ibidem*.
[1206] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, Paris, Cerf, 1987, Page 382.
[1207] ROUSSEAU, cité par GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Page 343.
[1208] GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Pages 345 et 389 ; *cf.* RONSIN Francis, *op. cit.*, Page 46. L'auteur relève que seulement deux lignes tirées du *Discours sur l'inégalité des conditions* (publié en 1755) purent donner à penser que le philosophe penchait dans le sens de l'admission du divorce : *Combien de malheureuses victimes passent leurs tristes jours dans les larmes et gémissent dans des liens indissolubles que le cœur repousse?* Il fut plutôt regardé comme *le chantre de l'harmonie familiale*.
[1209] VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Article « Mariage », cité par GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 38.
[1210] *Cf.* OLIVIER-MARTIN François, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire 1789-1804*, Thèse, Université de Paris, 1901, Page 39. Le philosophe les développa dans l'article « Adultère » et dans l'article « Divorce » : *Le divorce est probablement de la même date à peu près que le mariage. Je crois pourtant que le mariage est de quelques semaines plus ancien ; c'est-à-dire qu'on se querella avec sa femme au bout de quinze jours, qu'on la battit au bout d'un mois, et qu'on s'en sépara après six semaines de cohabitation* ; RONSIN Francis, *op. cit.*, Pages 43-44. Voltaire défendit le divorce à travers les articles « Adultère »,« Divorce », « Droit canonique » et « Mariage ».
[1211] VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Article « Clerc ».

Comparé à certaines audaces de Diderot qui apparurent quelques années plus tard dans son *Supplément au voyage de Bougainville*, les articles de l'*Encyclopédie* (parue à partir de 1751) qui portaient sur l'union conjugale étaient beaucoup moins novateurs.[1212] A l'article *Concubinage*,[1213] cette notion était traitée d'une façon tout à fait similaire à celle présente dans les dictionnaires de droit ou les recueils de jurisprudence : *il signifie ordinairement le commerce charnel d'un homme et d'une femme libres, c'est-à-dire qui ne sont point mariés ensemble ni avec un autre*. [...] *le concubinage est aussi regardé comme une débauche* [...] *c'est un délit contraire à l'intérêt de l'état*. Le contenu de cet article ne révélait aucune assertion originale pour l'appréhension juridique de l'union hors mariage. Dans l'article qui lui était consacré, le mariage, au regard du droit naturel, était défini comme *la pépinière du genre humain*.[1214] Ensuite, l'auteur de l'*Esprit des lois* était cité (d'ailleurs les conceptions de Montesquieu étaient largement reprises dans cet article) pour appuyer la démonstration de la propension naturelle de l'homme au mariage. Néanmoins, il était indiqué, dans la suite de l'article : *La nature y conduit toûjours, lorsqu'elle n'est point arrêtée par la difficulté de la subsistance*, cela signifiait qu'il était nécessaire d'être en capacité de pourvoir aux besoins du couple et d'une future famille pour que le mariage fût possible. Le recours à l'union hors mariage n'était pas envisagé autrement que comme le corollaire d'une insuffisance de moyens. *La fin du mariage est la naissance d'une famille, ainsi que le bonheur commun des conjoints, ou même le dernier séparément selon Wollaston*. C'est de cette façon que l'auteur de cette partie de l'article *Mariage*, le Chevalier Louis de Jaucourt (gentilhomme protestant et médecin), poursuivait, plus loin, son propos. Le concept de bonheur conjugal en tant que dessein du mariage, qui était emprunté aux doctrines protestantes, se révélait plutôt innovant (et ce même si il était précisé qu'il était du à Wollaston, un auteur étranger).[1215] Détaillant sa démonstration du bonheur que conférait l'état conjugal, l'auteur concluait : *dans les pays où les bonnes mœurs ont plus de force que n'ont ailleurs les bonnes lois, on ne connoît point d'état plus heureux que celui du mariage*. Et, à cet effet, il citait Montaigne : *Il a pour sa part, l'utilité, la justice, l'honneur et la constance. C'est une douce société de vie* [...] *Aucune*

[1212] OLIVIER-MARTIN François, *op. cit.*, Page 41. L'auteur parlait d'une *irréprochable orthodoxie* pour qualifier les articles *Mariage* et *Divorce*.

[1213] DIDEROT, D'ALEMBERT, *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome III, Paris, Briasson et autres, 1753, Article « Concubinage », Pages 829 à 832.

[1214] *Idem*, Tome X, Neufchastel, Faulche et Compagnie, 1765, Article « Mariage », Pages 104 à 106.

[1215] THERE Christine, « L'image des solidarités familiales dans l'*Encyclopédie* », dans *Ménages, familles, parentèles et solidarités dans les populations méditerranéennes*, Colloque de l'AIDELF, 1994, Pages 517-518 et 522.

femme qui en savoure le goût, ne voudroit tenir lieu de simple maîtresse à son mari. Plus loin, s'agissant de *la durée de la société conjugale selon le droit naturel*, il avançait le caractère non perpétuel du mariage : *il n'y a rien, ce me semble, dans la nature et dans le but de cette union, qui demande que le mari et la femme soient obligés de demeurer ensemble toute leur vie, après avoir élevé leurs enfants* [...]. Aucune perspective de transgressions n'apparait à la lecture de la partie suivante de l'article *Mariage* qui portait sur le droit civil et la jurisprudence, rédigée par Antoine-Gaspard Boucher d'Argis (magistrat),[1216] on retrouve la définition caractéristique des jurisconsultes de l'époque (les termes étaient identiques à ceux utilisés par Denisart)[1217] : *un contrat civil et politique, par lequel un homme est uni et joint à une femme, avec intention de rester toujours unis ensemble*.[1218] Quant au divorce, il fut traité sous l'angle de la jurisprudence dans la même veine que le mariage, sans aucune assertion appelant clairement à son avènement dans la législation.[1219] Cet article Divorce fut également formulé par Boucher d'Argis, il n'y remettait pas en cause la doctrine de l'Église.[1220] Dans l'article *Célibat*, qu'il avait lui-même rédigé, Diderot s'éleva, comme Montesquieu, contre le célibat ecclésiastique, et évoquait l'opinion de *feu* l'abbé de Saint Pierre : *le célibat des prêtres n'est qu'un point de discipline* [...] *il n'est point essentiel à la religion chrétienne.*[1221]

Parmi les esprits libres du XVIIIe siècle, Diderot et Helvétius furent plus intrépides que leurs contemporains eu égard à leur idées réformatrices en matière de mariage. Dans *Le père de famille* (pièce écrite en 1758), Diderot était resté consensuel en valorisant l'institution matrimoniale.[1222] Et il chercha à démontrer l'importance de l'amour comme base du mariage,

---

[1216] THERE Christine, *op. cit.*, Pages 518 et 523.
[1217] DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Veuve Desaint, 1777, Tome troisième, « Mariage », Page 197.
[1218] DIDEROT, D'ALEMBERT, *op. cit.*, Pages 106 à 109.
[1219] *Idem*, Tome IV, Paris, Briasson et autres, 1754, Article « Divorce », Pages 1083 à 1085.
[1220] BURGUIÈRE André, « La famille et l'État, Débats et attentes de la société française à la veille de la Révolution », dans THÉRY Irène et BIET Christian (dir.), *La Famille, la Loi, l'État de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, Page 149.
[1221] DIDEROT, D'ALEMBERT, *op. cit.*, Tome II, Paris, Briasson et autres, 1751, Article « Célibat », Pages 801 à 806. Diderot rapportait les avantages du mariage des prêtres selon l'abbé de Saint-Pierre : *Si 40000 curés avaient en France 80000 enfants, ces enfants étant sans contredit mieux élevés, l'État y gagnerait des sujets et d'honnêtes gens, et l'Église des fidèles.* [...] *Il n'y a guère d'hommes pour qui le célibat ne soit difficile à observer ; d'où il peut arriver que l'Église souffre un grand scandale par un prêtre qui manque à la continence* [...].
[1222] GARAUD Marcel, *La Révolution française et la famille*, Manuscrit mis à jour et complété par Romuald SZRAMKIEWICZ, Paris, PUF, 1978, Page 3.

se souciant peu des préjugés liés aux mésalliances.[1223] Ce fut dans son *Supplément au voyage de Bougainville*[1224] (publié en 1796, il avait été écrit en 1772),[1225] qu'il exposa des concepts originaux sur les formes sociales de la sexualité.[1226] Il dépeignait les mœurs, basées sur la loi de la nature, des habitants de Tahiti sur le plan de l'union conjugale, empreinte d'une totale liberté et dissoluble ; et l'importance qu'ils accordaient à l'accroissement de leur population grâce à des enfants conçus par des parents mariés ou non, sans dénigrement des seconds. Dans le récit, Orou, un tahitien, conversait avec un aumônier venu sur son île, qui lui narrait, entre autres, la réprobation en vigueur dans sa nation à l'égard des filles déshonorées et de leurs séducteurs, des femmes infidèles et des maris volages ; ce à quoi Orou répondait, interloqué, que tout ceci était un *monstrueux tissu d'extravagances*, et lui faisait voir les conséquences néfastes de ces préceptes : *la société* [...] *ne sera qu'un ramas ou d'hypocrites, qui foulent secrètement aux pied les lois ; ou d'infortunés, qui sont eux-mêmes les instruments de leur supplice, en s'y soumettant ; ou d'imbéciles, en qui le préjugé a tout à fait étouffé la voix de la nature ; ou d'êtres mal organisés, en qui la nature ne réclame pas ses droits.* Il lui expliquait alors ce qu'était leur mariage : *Le consentement d'habiter une même cabane, et de coucher dans un même lit, tant que nous nous y trouvons bien* ; et que lorsqu'ils s'y trouvaient mal, ils se séparaient à leur gré, et se partageaient les enfants nés de leur cohabitation. La seule condition du mariage était une durée minimum : *d'une lune à l'autre*.[1227] Cette union apparaît comme une sorte de mariage à l'essai.

A. et *B.*, les personnages du dialogue autour de ce récit, dissertaient de ce tableau des mœurs des tahitiens, et en déduisaient que ceux-ci en s'en tenant *scrupuleusement* à la loi de la nature s'avéraient être plus proches *d'une bonne législation qu'aucun peuple civilisé. B.* disait à *A.* qui l'approuva : *Si vous entendez par le mariage la préférence qu'une femelle accorde à un mâle sur tous les autres mâles, ou celle qu'un mâle donne à une femelle sur toutes les autres femelles ; préférence mutuelle, en conséquence de laquelle il se forme une union plus ou*

[1223] BURGUIÈRE André, « La famille et l'État, Débats et attentes de la société française à la veille de la Révolution », *op. cit.*, Page 150.

[1224] *Ou Dialogue entre A. et B. sur l'inconvénient d'attacher des idées morales à certaines actions physiques qui n'en comportent pas*.

[1225] POUMARÈDE Jacques, Page 59, note 5. Le *Supplément* fut publié quelque temps après sa mort, par *prudence*, relève l'auteur.

[1226] OLIVIER-MARTIN François, *op. cit.*, Page 41. Pour cet auteur, *Diderot donne du mariage l'idée la plus anarchique*.

[1227] DIDEROT, *Supplément au voyage de Bougainville*, dans *Œuvres philosophique*s, Paris, Bordas, 1990, Pages 483 à 486.

moins durable, qui perpétue l'espèce par la reproduction des individus, le mariage est dans la nature.[1228] On relève dans ce dialogue une diatribe autour du mariage tel qu'il était institutionnalisé dans la société d'alors, lorsque *A.* demandait : *Mais, comment est-il arrivé qu'un acte dont le but est si solennel, et auquel la nature nous invite par l'attrait le plus puissant ;* [...] *soit devenu la source la plus féconde de notre dépravation et de nos maux ?* Ce à quoi *B.* répondit, en reprenant les convictions d'Orou : *C'est par la tyrannie de l'homme, qui a converti la possession de la femme en une propriété. Par les mœurs et les usages, qui ont surchargé de conditions l'union conjugale. Par les lois civiles, qui ont assujetti le mariage à une infinité de formalités.* [...] *Par les vues politiques des souverains, qui ont tout rapporté à leur intérêt et à leur sécurité. Par les institutions religieuses, qui ont attaché les noms de vices et de vertus à des actions qui n'étaient susceptibles d'aucune moralité. Combien nous sommes loin de la nature et du bonheur!*[1229] Donc Orou dénonçait la réglementation civile, politique et de l'Église sur le mariage. C'étaient uniquement les lois de la nature qui gouvernaient les relations sexuelles des tahitiens.[1230] La discussion autour du mariage entre Orou et l'aumônier ne semble pas constituer une apologie de l'union libre mais plutôt celle d'un mariage conçu en accord avec les lois de la nature, délesté de sa soumission trop rigoureuse aux lois de l'Église et de l'État. Diderot, dans cette œuvre, vida *l'idée du mariage de son contenu juridique et sacramentel*.[1231] Quelque temps après, le philosophe, au chapitre *Morale* qu'il rédigea dans l'ouvrage de l'abbé Raynal, *Histoire des deux Indes* (publié en 1781), reconnu *implicitement l'échec du dessein avoué du Supplément : nul ordre social ne saurait être fondé sur une totale liberté sexuelle*.[1232] De plus, dans le *Supplément au voyage de Bougainville,* on perçoit clairement la critique acerbe de Diderot envers l'état monastique conduisant parfois au libertinage.[1233]

[1228] *Idem*, Pages 505-506.
[1229] *Id*., Pages 509-510.
[1230] RONSIN Francis, *Le contrat sentimental*, Paris, Aubier, 1990, Page 45. L'auteur souligne que *pour ces êtres, dont les accouplements ne sont soumis qu'aux lois de la nature et du plaisir, les théories des propagandistes de l'union libre paraîtraient insupportablement autoritaires.*
[1231] *Cf.* HOFFMANN Paul, *op. cit.*, Pages 516 à 518.
[1232] *Cf. idem*, Pages 528 à 532.
[1233] DIDEROT, *id.*, Page 501. Lorsque l'aumônier décrit la condition des moines : *Le plus sacré de leurs vœux est de n'approcher d'aucune femme, et de ne point faire d'enfants*, Orou lui demanda si ce vœu était respecté, et son interlocuteur lui répondit que non.

Helvétius, dans un ouvrage posthume, *De l'homme* (publié en 1773), démontrait l'intérêt d'une sorte de mariage à l'essai durant trois ans : *Il est des Nations où l'amant et la maitresse ne s'épousent qu'après trois ans d'habitation. Ils essayent pendant ce tems la sympathie de leurs caractères. Ne se conviennent-ils pas ? Ils se séparent et la fille passe en d'autres mains. Ces mariages Africains sont les plus propres à assurer le bonheur des conjoints*.[1234] Quelques années plus tôt, un *mariage à temps* avait été imaginé par le maréchal de Saxe, dans *Mes rêveries* (publié en 1754) : d'une durée de cinq ans, il était renouvelable.[1235] En outre, Helvétius souhaitait que, dans le cadre d'une législation avisée, l'homme et la femme pussent divorcer : *Pourquoi les priver des plaisirs du changement, si d'ailleurs leur inconstance, par des Loix sages n'est point nuisible à la société* ?[1236] Il se souciait des enfants, victimes de la séparation.[1237] Ce que proposait précisément Helvétius, c'était en quelque sorte un *divorce-récompense*,[1238] où la *possibilité du changement* était assujettie au *prix du mérite*.[1239] A cet égard, dans sa *Réfutation de l'ouvrage d'Hélvétius*,[1240] Diderot contestait cette condition inique en se montrant plus largement favorable au divorce : *Est-ce que tous les mariages ne sont pas indistinctement exposés aux incompatibilités de caractère qui font le supplice de deux époux ?*[1241]

Au nombre des écrivains de la fin du XVIIIe siècle qui s'intéressèrent à l'institution matrimoniale, Restif de la Bretonne, louait l'aspect primordial du mariage dans la vie sociale et repoussait la dissolubilité du lien dans *Le paysan perverti* (publié en 1776).[1242] Pourtant, il finit par accepter le divorce dans *Le Thesmographe* (publié en 1789)[1243] ; il en usera lui-même en 1794.[1244] Quant à Pierre Choderlos de Laclos, dans *De l'éducation des femmes* (écrit en

---

[1234] HELVÉTIUS, *De l'homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation*, Tome second, Londres, Chez la Société typographique, 1773, Page 225.
[1235] Cité par RONSIN Francis, *op. cit.*, Page 45.
[1236] HELVÉTIUS, *op. cit.*, Page 226.
[1237] *Cf. ibidem*.
[1238] RONSIN Francis, *idem*, Pages 45-46.
[1239] HELVÉTIUS, *op. cit.*, Page 226.
[1240] DIDEROT, *Œuvres philosophique*s, *op. cit.*, Page 560. Il est indiqué dans une introduction à la *Réfutation* que le commencement de cette œuvre paru en 1783, quelques mois avant la mort du philosophe, et le texte intégral fut édité en 1875.
[1241] DIDEROT, *Réfutation de l'ouvrage d'Hélvétius*, cité par RONSIN Francis, *id.*, Page 46.
[1242] RESTIF de la BRETONNE, *Le paysan perverti*, Paris, Robert Laffont, 2002.
[1243] RESTIF de la BRETONNE, *Le Thesmographe, ou idées d'un honnête-homme, sur un projet de règlement, Proposé à toutes les Nations de l'Europe, pour opérer une Réforme générale des Loix*, La Haie, Chès Gosse-Junior et Changuion, Paris, Chès Maradan, 1789, Pages 375 à 380.
[1244] GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Pages 345-346.

partie en 1783), il allait contre l'esprit de son temps, en se demandant si le mariage n'était *pas plutôt le fruit de nos institutions, que l'impulsion nécessaire de l'instinct naturel ?*[1245] Il voyait, en outre, dans le mariage, un assujettissement de la femme ; il proposait, par ailleurs, de mettre sur le même plan l'union libre et le mariage. Toutefois, il n'osa pas afficher ses opinions subversives au regard de l'époque.[1246] Olympe de Gouges,[1247] dans l'une de ses pièces, *La nécessité du divorce* (1790), soulignait les avantages liés à l'instauration du divorce : *Par le moyen du divorce, M. l'abbé! Vous mettez une foule innombrable de célibataires dans le cas de se marier : ils ne sont retenus que par crainte d'un mariage éternel. Un grand nombre de mariages, en rendant les filles plus rares rendra plus difficile la recherche illicite qu'en font les libertins. Par le moyen du divorce vous fécondez les mariages en les rendant plus nombreux, parce qu'ils seront moins troublés par les célibataires dont le nombre sera diminué et parce que l'état des personnes mariées dépendant de leur conduite, elles en deviendront nécessairement plus circonspectes. Par le moyen du divorce, enfin, vous tirez parti du vice même et vous vengez la vertu opprimée sans employer les moyens de force* [...].[1248]

Un certain nombre d'écrivains soumirent leurs projets en faveur du divorce, tel Philbert (un magistrat), auteur sous l'anonymat de *Cri d'un honnête homme*, en 1768 où il sollicitait la possibilité de divorcer et critiquait l'indissolubilité du mariage. Un autre *propagandiste* du divorce, de Cerfvol, publia, entre 1768 et 1771, un mémoire et plusieurs ouvrages dont la *Législation du divorce* (qui contenait une proposition précise de loi, et reprenait le *Cri d'un honnête homme* de Philbert). L'avocat Linguet fit valoir ses théories divorciaires dans plusieurs écrits à partir de 1761, et il reprit les idées qu'il avait développées dans *Légitimité du divorce justifié par les saintes écritures, par les pères, par les conciles, etc. aux Etats Généraux*, publié en 1789.[1249] La même année, Martini (à la demande du duc

---

[1245] CHODERLOS de LACLOS, *De l'éducation des femmes*, Paris, Léon Vannier, 1903, Chap. IX, Page 57.
[1246] GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Pages 344 et 394.
[1247] *Cf.* MOUSSET Sophie, *Olympe de Gouges et les droits de la femme*, Paris, Pocket, 2007, Pages 32 à 35 et 103. Concernant sa vie privée, Olympe de Gouges, après être devenue veuve, ne désira pas se remarier. Elle vécut une relation hors mariage avec Jacques Biétrix, un riche entrepreneur des transports des armées qui lui octroya une rente. D'ailleurs, elle l'assigna pour obtenir le remboursement d'une dette fictive, qui avait servi à dissimuler le versement d'une rente viagère, probablement pour échapper à la prohibition des donations entre concubins. Elle renonça au procès et régla l'affaire à l'amiable.
[1248] GOUGES Olympe de, *La nécessité du divorce*, cité par MOUSSET Sophie, *op. cit.*, Page 79.
[1249] *Cf.* RONSIN Francis, *op. cit.*, Pages 47 à 51.

d'Orléans, partisan déclaré de l'établissement du divorce) rédigea un *Traité philosophique, théologique et politique de la loi du divorce*.[1250]

En 1789, un cahier de doléances de la région parisienne requérait l'instauration d'un véritable mariage civil.[1251] Certains cahiers proposaient de faciliter et de rendre moins onéreuses les demandes de dispenses pour se marier. Quelques-uns sollicitaient une restriction du droit d'opposition des parents au mariage de leurs enfants.[1252] Parmi les cahiers de doléances, seul un petit nombre provenant du tiers-état contenaient le souhait de la mise en place du divorce.[1253] Divers cahiers réclamèrent la liberté de mariage des prêtres. Entre autre, il fut rédigé un article à ce sujet dans celui du bailliage de Versailles : *Nous regardons cet article comme essentiel, pour éviter le scandale que malheureusement plusieurs prêtres autorisent en troublant souvent l'union des ménages* ; et dans le cahier de Bellocq (Béarn) : *Que les religieux ne puissent plus faire de vœu contre la liberté du mariage, parce que, physiquement parlant, s'il était possible de frauder les lois de la nature, il ne serait pas également possible, sans un supplice désespérant, de contracter un divorce éternel avec les besoins qu'elle nous impose.*[1254] Il semble donc que la possibilité du mariage pour les clercs fut envisagée pour éviter la débauche des ecclésiastiques, préjudiciable à la paix des ménages, et aussi en raison du caractère supposé contraire à la nature du célibat.

En outre, les brochures constituaient l'un des supports des écrits des réformateurs. En 1789 et 1790, des brochures contenant les opinions des divorciaires furent publiées.[1255] Entre 1789 et 1791, des brochures appelèrent à réformer la condition des religieux en abolissant le célibat qui leur était imposé ; elles s'insurgeaient contre le célibat considérant notamment qu'il était contraire à la nature, et nuisible à la société. Pour les auteurs de ces brochures, c'était un

---

[1250] SAGNAC Philippe, *La législation civile de la Révolution française, 1789-1804*, Paris, Hachette, 1898, réimp. 1971, Page 283.
[1251] BURGUIÈRE André, « La Révolution et la famille », dans *Annales*, Volume 46, N° 1, 1991, Page 157.
[1252] *Idem*, « La famille et l'État, Débats et attentes de la société française à la veille de la Révolution », *op. cit.*, Page 155.
[1253] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 282. Celui du Tiers de Paris, district des Théatins, énonçait à l'article 26 : *Le divorce sera permis, car un contrat indissoluble est opposé au caractère inconstant de l'homme*.
[1254] *Idem*, Page 280.
[1255] *Cf. id.*, Page 283 ; RONSIN Francis, *op. cit.*, Page 53.

point de discipline à propos duquel l'Église avait varié, ils disaient que la nation pouvait légiférer sur ce point sans le concours de l'Église.[1256]

Une critique particulièrement virulente du mariage fut formulée par François Boissel, dans *Le catéchisme du genre humain*, paru en 1789. *En un mot,* s'exclamait l'auteur, *les mariages n'ont été et ne sont encore aujourd'hui, qu'un attentat des plus formels à la liberté, sur-tout de la femme, qu'un divorce avec le reste du genre humain, et qu'une ligue redoutable contre ses semblables.*[1257]

Malgré tout, le mariage resta, au cours de toute la période révolutionnaire, comme il l'avait été tout au long des siècles précédents, perçu comme le socle de la société. Ce qui ne contrecarrait pas l'action des législateurs révolutionnaires pour laïciser le mariage et mettre fin à son indissolubilité.

§ 2 : Une volonté de *régénération* : la sécularisation du mariage et l'admission du divorce

Le 26 août 1789, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, à l'article 1er consacra le principe de liberté.[1258] La Déclaration édicta dans son article 3 : *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation* [...]. La France n'était plus un royaume catholique dans lequel l'Église imposait ses lois matrimoniales. L'affirmation du principe de liberté et de la laïcisation de l'État contribua, dans le domaine du droit privé, à la mise en place du mariage civil et du divorce. La doctrine du mariage contrat fut inscrite dans la Constitution du 3 septembre 1791, par conséquent elle devenait un principe constitutionnel. Au titre II, l'article 7 édictait : *La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants sans distinction, le mode par lequel les*

[1256] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Pages 280-281.

[1257] BOISSEL François, *Le catéchisme du genre humain*, Seconde édition, Paris, s. n., 1792, Page 101. L'ouvrage fut dénoncé par le ci-devant Evêque de Clermont, à la séance du 5 Novembre 1789, de l'Assemblée nationale. Dans une note, l'auteur précisa que *cet ouvrage fut mis à l'impression trois mois avant l'enlèvement de la Bastille*.

[1258] *Cf.* MULLIEZ Jacques, « Droit et morale conjugale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux », *op. cit*, Page 72.

naissances, mariages et décès seront constatés et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes.

Les intérêts inhérents au mariage civil, notamment pour les concubins, furent analysés par Charrier de la Roche (député du clergé), dans une brochure intitulée : *Examen du décret de l'Assemblée constituante, du 27 août 1791, où l'on traite la question du célibat ecclésiastique, de l'indissolubilité du mariage, etc., pour les concilier avec ce décret.* Il admettait que *Les mauvais chrétiens se marieront civilement, et ne profaneront pas le sacrement dont ils ne se seraient pas encore rendus digne.* (…) *Dès lors on ne sera plus embarrassé pour marier les usuriers, les comédiens, les concubinaires publics et secrets, et autres pêcheurs que l'Église juge indignes du sacrement* (…). D'un autre côté, Charrier de la Roche, qui se dressait contre la mise en application de ces réformes, s'inquiétait de certaines retombées liées à une instauration du mariage civil : *Le mariage des prêtres paraît aussi en être une suite non moins évidente et sensible*.[1259] A travers un discours prononcé, le 19 juin 1792, par le député Gohier à l'occasion de la présentation d'un projet de décret sur l'état civil, on constate combien les législateurs révolutionnaires tenaient à une sacralisation du mariage et au caractère bénéfique de l'union légitime : *Son objet principal est de faire servir au maintien des mœurs le principe même qui sert à les corrompre ; et de perpétuer la société en épurant les plus doux sentiments de la nature ; aussi la société intervient-elle dans ce « contrat sacré ». Si les deux époux se promettent fidélité et amour mutuel, la société s'engage à reconnaître pour enfants légitimes des deux contractants les fruits de leur chaste amour.* [...] « *le mariage est un des premiers devoirs du citoyen ».*[1260]

D'abord, s'agissant de la tenue des registres de l'état civil, il fut décidé de l'attribuer aux municipalités le 22 juin 1792.[1261] L'état civil fut laïcisé par le décret du 20-25 septembre 1792, *qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens* ; il fut énoncé à l'article 1er du titre Ier : *Les municipalités recevront et conserveront à l'avenir les actes destinés à constater les naissances, mariages et décès*.[1262] Dans cette optique, des officiers publics de

---

[1259] Cité par RONSIN Francis, *op. cit.*, Pages 95-96.
[1260] Cité par BART Jean, « La famille bourgeoise, héritière de la Révolution? », dans LÉVY Marie-Françoise (dir.), *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Paris, O. Orban, 1989, Page 360.
[1261] GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Page 384.
[1262] DUVERGIER Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, Tome quatrième, Paris, A. Guyot et Scribe, 1824, Pages 562 à 569.

l'état civil se substituèrent aux curés pour la tenue des registres. La *Proclamation du Conseil exécutif provisoire sur la rédaction des actes de l'état civil*, du 22 janvier 1793, réitéra l'interdiction faite aux curés de dresser des actes de baptême, de mariage et de sépulture, et de publier des bans de mariage.[1263]

Le décret du 20-25 septembre 1792 fonda le mariage civil. Il se situait dans une certaine continuité avec l'Ancien Régime au cours duquel le pouvoir royal avait œuvré en matière législative pour accaparer le domaine du mariage au détriment de l'Église, et où l'édit de tolérance promulgué par Louis XVI en 1787 avait, pour la première fois, consacré une forme de mariage civil réservé à une catégorie de ses sujets : les non-catholiques. Bon nombre de canonistes souscrivaient à la dissociation entre le contrat civil et le sacrement. Ce fut à un comité comprenant notamment Durand de Maillane qu'avait été attribuée la tâche d'élaborer la loi.[1264] Dotée d'une compétence exclusive, la législation séculière innova quant aux conditions de fond pour contracter mariage en refusant de reprendre dans ses dispositions les empêchements dirimants établis par l'Église et ceux dictés par le pouvoir royal. Le décret du 20-25 septembre 1792, dans son titre IV, dans la section I, à l'article 1er, édictait un âge minimum au mariage de quinze ans pour les hommes et de treize ans pour les femmes. Aux articles 2 et 3, il disposait que le consentement des parents n'était plus exigé après vingt et un an. La liberté de se marier était largement admise puisque le rigoureux contrôle familial et la sanction de l'exhérédation de l'ancien droit étaient abrogés. Ensuite, selon l'article 11, le mariage n'était dorénavant plus prohibé entre cousins-germains, ni entre oncle et neveu, tante et nièce, il était interdit entre frère et sœur, entre parents et alliés en ligne directe, et entre l'adoptant et l'adopté. Quant à la forme de la célébration, la législation nouvelle étendait également la liberté de contracter mariage en annihilant les prescriptions les plus rigoureuses. Elle imposait une seule publication des bans, huit jours avant le mariage à l'article 3 de la section 2 du titre IV.[1265] Sous la Convention, la liberté de se marier fut encore élargie puisque le délai de publication des bans fut réduit à trois jours par le décret du 25 vendémiaire an II (16 octobre 1793).[1266] De plus, d'après le décret du 20-25 septembre 1792, aux articles 1, 2, et

---

[1263] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome cinquième, Pages 150-152.
[1264] GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, Paris, Cerf, 1987, Pages 383-384. BURGUIÈRE André, «La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil)», dans *Droit et Société*, N° 14, 1990, Pages 24-25.
[1265] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome quatrième, Pages 562 à 569.
[1266] *Idem*, Tome sixième, Pages 288-289.

9 de la section 3, seules les oppositions sérieuses, celles provenant des pères, mères ou tuteurs, ou celles provenant d'autres personnes et qui étaient basées sur des causes emportant la nullité du mariage, étaient admises ; et leur validité devait être jugée dans un délai très court.[1267] Néanmoins, malgré ces modifications, le mariage restait, comme auparavant, un contrat solennel et formaliste.[1268] Le mariage était contracté *par la déclaration des parties* ; l'officier public qui remplaçait dorénavant le curé, en présence des parties et des témoins, prononçait, *au nom de la loi*, *qu'elles sont unies en mariage*.[1269] S'agissant des mariages qui avaient été conclus devant des officiers civils antérieurement à la publication de la loi,[1270] cette loi prévoyait de les valider en accordant huit jours aux conjoints pour les faire enregistrer.[1271] Par ailleurs, la gratuité de l'acte constatant le mariage, qui pouvait probablement induire un encouragement au mariage civil, fut établie par le décret du 20-25 septembre 1792, qui édicta que *Les actes qui seront inscrits dans les registres, ne seront point sujets au droit d'enregistrement*.[1272] La forme civile du mariage déclencha des récriminations de la part de l'Église romaine. Toutefois, dans son concile national du 21 novembre 1797, le clergé constitutionnel admit la compétence exclusive de l'État en matière de lien matrimonial.[1273]

L'accession des prêtres au mariage civil fut l'une des innovations révolutionnaires. A la suite de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, le 28 octobre 1789, un décret de l'Assemblée constituante suspendit le prononcé des vœux monastiques ;[1274] puis le 13 février 1790, leur suppression définitive fut décrétée.[1275] Dès lors, la possibilité pour les clercs de se marier fut sollicitée. Claude Basire (futur député de la Côte d'Or à l'Assemblée législative) rédigea un texte, en août 1791, dans lequel il fustigeait le célibat ecclésiastique, qu'il décrivait

---

[1267] *Id.*, Tome quatrième, Pages 562 à 569.
[1268] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Pages 278-279.
[1269] Titre IV, Section IV, articles 5 et 6, dans DUVERGIER Jean-Baptiste, *ibidem*.
[1270] *Cf.* GARAUD Marcel, *op. cit.*, Pages 39-40. Des mariages avaient été contractés devant des juges de paix, des notaires, des huissiers, ou par le biais de municipalités.
[1271] Titre IV, Section IV, article 9, dans DUVERGIER Jean-Baptiste, *ibidem*.
GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 40. En 1803, le Conseil d'État statuant sur la portée de ce texte, arrêta *que les mariages ainsi contractés avant 1792 étaient valables et que le défaut de déclaration ne pouvait les rendre nuls.*
[1272] Titre II, article 7, dans DUVERGIER Jean-Baptiste, *ibidem*.
[1273] GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Page 384.
[1274] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome premier, Page 64.
[1275] *Idem*, Tome premier, Pages 118-119.
BART Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, *op. cit.*, Page 398.

comme un générateur de *désordres épouvantables* commis par les hommes qui étaient voués à ce célibat (à cet égard, il écrivit : *Nous avons souvent pensé comme ces bon villageois qui, au rapport de Bayle, vouloient forcer leur curé à prendre une concubine, afin de pouvoir compter sur leurs femmes*) et où il exposait les avantages (surtout au plan démographique) du mariage légitime des prêtres.[1276] Dans son préambule, la Constitution de 1791 énonçait que *la loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution*. Et la loi du 20 septembre 1792 qui énumérait les empêchements au mariage ne mentionnait ni la prêtrise ni les vœux.[1277] Le mariage des prêtres était dorénavant permis. Dès 1791, un certain nombre de prêtres se marièrent. Dans une pétition, des administrateurs du département du Maine-et-Loire réclamèrent à l'Assemblée législative la conservation de son traitement pour un bénéficier marié récemment. Le 19 octobre 1791, devant l'Assemblée, le député Delaunay d'Angers, déclama en faveur de cette pétition : *L'intention de la nation n'est pas de vouer au célibat une classe de citoyens, c'est-à-dire de la condamner à un état que la nature réprouve et auquel elle n'est assujettie par aucune loi*. L'Assemblée ne releva pas de loi qui contrecarrait la pétition. Ainsi, un certain nombre de prêtres, confiants pour la sauvegarde de leur traitement, conclurent des mariages.[1278] D'autant plus que le décret du 16 août 1792 ordonna que les religieux, les religieuses et les ministres du culte qui se mariaient conservassent leur traitement.[1279] En juillet 1793, les convictions de Claude Basire sur la nécessité du mariage des ecclésiastiques transparaissaient dans une lettre que l'auteur (non identifié) adressa aux administrateurs de la Côte d'Or, et dans laquelle il était suggéré que les prêtres qui ne se mariaient pas fussent privés de leurs émoluments.[1280] La Convention nationale rendit plusieurs décrets relatifs au mariage des prêtres.[1281] Dans un décret des 19-29 juillet 1793, il fut énoncé que *les évêques qui apporteraient, soit directement, soit indirectement, quelque obstacle au mariage des*

[1276] *Opinion de Claude Basire sur le mariage des prêtres, prononcée à la société des amis de la Constitution, établie à Dijon, le dimanche 7 août 1791*, Dijon, Defay, 1791, cité par BART Jean, « Claude Basire et le mariage des prêtres », dans *Religion et Révolution en Côte-d'Or*, Colloque des 25-26 novembre 2010, Archives départementales de la Côte-d'Or, Actes à paraître.

[1277] LE ROY Yves, « Le mariage des prêtres et le droit civil français », dans *L'année canonique*, Tome XXVI, 1983, Page 311.

[1278] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Pages 281-282.

[1279] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome quatrième, Page 373.
LE ROY Yves, *op. cit.*, Page 312.

[1280] *Le mariage des prêtres intéresse le bien public*, lettre du 11 juillet 1793, ADCO L1144, cité par BART Jean, « Claude Basire et le mariage des prêtres », *op. cit.*

[1281] SAGNAC Philippe, *ibidem*.

prêtres, seront déportés et remplacés.[1282] Un décret du 12 août 1793, à l'article 1er, annula toutes les destitutions de prêtres catholiques pour cause de mariage.[1283] Les décrets des 19-27 juillet et 17 septembre 1793 édictèrent que les prêtres mariés conservaient leur traitement, et que s'ils étaient inquiétés par les habitants des communes où ils résidaient, ils pouvaient partir et leur traitement leur serait payé par ces communes.[1284] De plus, par un décret des 25-30 brumaire an II (15-20 novembre 1793), la Convention prescrivit que les prêtres mariés ou dont les bans avaient été publiés et qui n'avaient pas prêté le serment dicté par la Constitution civile du clergé n'étaient *point sujets à la déportation, ni à la réclusion*.[1285] Sous la Terreur, l'atmosphère de ferveur envers le mariage républicain s'était amplifiée.[1286]

La détermination des révolutionnaires à rompre avec la politique familiale de la monarchie était flagrante avec la législation du divorce.[1287] Partant du fait que le mariage était devenu un contrat civil, et qu'eu égard au principe de liberté individuelle, il ne pouvait y avoir d'engagement à vie, les législateurs considérèrent que le mariage devait pouvoir être dissous. Le divorce fut ainsi institué par la loi du 20-25 septembre 1792 *qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce*. Les législateurs instituèrent le divorce à dessein de corriger un mauvais mariage.[1288] La loi prévoyait trois catégories de causes pour dissoudre le mariage : par consentement mutuel (§ 1, art. 2), sur simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère par l'un des époux (§ 1, art. 3) ; et par l'un des époux pour sept motifs déterminés[1289] (§ 1, art. 4). Les époux précédemment séparés de corps avaient mutuellement la faculté de faire prononcer leur divorce (§ 1, art. 5).[1290] Sous la Convention, le divorce fut simplifié par le

---

[1282] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome sixième, Page 37.
[1283] *Idem*, Tome sixième, Page 97.
[1284] *Id.*, Tome sixième, Pages 97 et 214.
[1285] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome sixième, Pages 351-352.
[1286] D'où les propos apparaissant comme excessifs de certains auteurs qui évoquent des mariages forcés, c*f.* ROUCHE Michel, SAGAZAN Benoît de, *Petite histoire du couple et de la sexualité*, Tours, Éditions CLD, 2008, Page 141. Selon Michel Rouche, sous la Terreur, les prêtres et les religieux furent contraints à épouser les religieuses et les moniales.
[1287] *Cf.* BURGUIÈRE André, «La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil)», dans *Droit et Société*, N° 14, 1990, Pages 24 à 26.
[1288] *Cf.* GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Pages 389 à 391.
[1289] Les crimes, sévices ou injures graves commis par l'un des conjoints envers l'autre ; le dérèglement de mœurs notoire ; l'abandon de l'un des époux par l'autre pendant au minimum deux ans ; la démence, la folie ou la fureur de l'un des conjoints ; la condamnation à une peine afflictive ou infamante ; l'absence de l'un d'eux sans nouvelles, pendant au moins cinq ans ; l'émigration dans les cas prévus par les lois.
[1290] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome quatrième, Pages 556 à 562.

décret du 8 nivôse an II (28 décembre 1793) qui écourtèrent les délais imposés par la loi de 1792 ;[1291] et celui du 4 floréal an II (25 avril 1794) qui autorisait la prononciation du divorce par un simple acte de notoriété constatant une séparation de fait de plus de six mois.[1292]

Par la suite, un retournement des esprits se fit jour au lendemain du 9 thermidor an II, une réaction conservatrice s'opéra. Aux yeux de ses détracteurs, la législation du divorce mise en place, constituait un *véritable attentat perpétré au profit de la débauche et au détriment de la famille et de la religion*.[1293] La Convention thermidorienne chercha à faire face à l'essor des divorces pour incompatibilité d'humeur,[1294] ce qui entraina la suspension des décrets du 8 nivôse et du 4 floréal an II, le 15 thermidor an III (2 août 1795).[1295] Le Comité de législation ne comptait pas s'arrêter là, il mit au point un projet de loi qui traduisait son intention de revenir sur les principes dont était issue la loi de 1792, ce projet ne fut pas déposé.[1296] L'attachement à l'ordre familial, qui existait déjà précédemment, devint particulièrement prépondérant dans le climat conservateur qui venait de s'instaurer. La Déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen, préambule de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), énonçait à l'article 4 des devoirs : *Nul n'est bon citoyen s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux*. Et, l'article 83 de la Constitution disposait qu'il fallait être marié ou veuf pour prétendre à être élu membre du Conseil des Anciens. En outre, alors que déjà précédemment, sous la Convention, par un décret du 18 floréal an II (7 mai 1794) sur le culte de l'Être suprême, une fête *de l'Amour conjugal* avait été instaurée,[1297] un décret du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795), sur l'organisation de l'Instruction publique, institua une fête des Époux, le 10 floréal fut la date choisie.[1298] En l'an VI, le ministre de l'Intérieur évoqua

---

[1291] *Idem*, Tome sixième, Pages 442-443.
[1292] *Id.*, Tome septième, Pages 183-184.
[1293] RONSIN Francis, *op. cit.*, Page 7.
[1294] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille,* Paris, PUF, 1996, Page 195.
[1295] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome huitième, Page 254.
[1296] *Cf.* RONSIN Francis, *op. cit.*, Pages 155-156.
[1297] OLIVIER-MARTIN François, *op. cit.*, Pages 183-184. Cet auteur signalait que *la fête de l'Amour conjugal était célébrée une décade après la fête de l'Amour sans épithète, ce qui était une façon ingénieuse d'indiquer aux vrais républicains que l'amour doit précéder le mariage, et doit, d'autre part, y mener nécessairement*. Et il précisait qu'*il ne semble pas que ces fêtes furent très exactement célébrées, sauf la fête de l'être suprême.*
[1298] *Cf.* OLIVIER-MARTIN François, *op. cit.*, Pages 185 à 187.
Cf. LAIDIÉ Frank, « Parents, enfants, la famille dans la fête révolutionnaire. Images et symboles d'une régénération juridique », dans *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Volume 58, *Parents et enfants*, Dijon, 2001, Pages 497 et 502-503 ; et

l'intérêt de la fête des Époux afin d'*honorer le mariage, cette institution salutaire et sacrée.*[1299] Et, d'après la loi du 13 fructidor an VI (30 août 1798), la célébration du mariage devait avoir lieu les décadis et jours de fête devant le président de l'administration municipale de canton (dès l'an VIII, le mariage fut de nouveau célébré devant la municipalité communale).[1300] De cette façon, la Révolution bourgeoise honorait ostensiblement les institutions matrimoniale et familiale. Par ailleurs, la cérémonie de mariage civil étant gratuite, certains couples s'en satisfirent et ne se marièrent pas devant l'Église, freinés par le coût de la cérémonie religieuse.[1301]

Sous le Directoire, le Conseil des Cinq-Cents reçu des pétitions, surtout à partir de 1796, qui dénonçaient des moyens jugés trop commodes pour obtenir le divorce, qui participaient à *la corruption des mœurs*, et aboutissait à *une sorte de libertinage légal.*[1302] Le divorce subit nombre de critiques, il aurait érigé l'union libre *en système légal*. Un député du Conseil des Cinq-Cents lui reprocha d'avoir introduit une *sorte de polygamie.*[1303] Certains adoptèrent ce point de vue, estimant que le divorce permettait une *polygamie successive* qui rendait le mariage assimilable au concubinage.[1304] Dès lors, afin de limiter davantage la possibilité de divorcer, fut votée la loi du 1er jour complémentaire de l'an V (17 septembre 1797) qui prescrivit la prorogation des délais dans la procédure de divorce pour cause

---

du même auteur, « Les fêtes du Directoire », dans *Réjouissances citoyennes en Côte-d'Or, 1789-1800*, Dijon, Archives départementales de la Côte-d'Or (Cahier du Comité départemental pour l'histoire de la Révolution en Côte-d'Or, Nouvelle série n°1), 2005, Pages 35 à 44 et spécialement page 42. L'auteur constate que *régénéré, l'homme doit être marié et père de famille nombreuse, que ses enfants soient légitimes ou adoptés. Dans le système moral des cérémonies, la place de la fête des Époux, célébrée juste après celle de la Jeunesse, n'est pas innocente*.

Cf. FORTUNET Françoise, « Le mariage civil, une fête civique? », dans *Réjouissances citoyennes en Côte-d'Or, 1789-1800*, *op. cit.*, Pages 45 à 51.

[1299] ADCO L 463/2, Correspondance du 20 germinal an VI (9 avril 1798) du ministre de l'Intérieur aux administrations centrales de tous les départements de la République, cité par LAIDIÉ Frank, « Parents, enfants, la famille dans la fête révolutionnaire. Images et symboles d'une régénération juridique », *op. cit.*, Page 502.

[1300] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome dixième, Page 398.

Cf. BART Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, *op. cit.*, Page 423.

Cf. LAIDIÉ Frank, « Parents, enfants, la famille dans la fête révolutionnaire. Images et symboles d'une régénération juridique », *op. cit.*, Pages 503-504.

[1301] OLIVIER-MARTIN François, *op. cit.*, Page 182. Cet auteur signalait que cette gratuité *plaisait beaucoup aux paysans qui se dispensaient de passer à l'église où il fallait payer*. Et il ajoutait que *c'était là le but principal du Directoire*.

[1302] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 84.

[1303] GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Page 391.

[1304] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 63.

d'incompatibilité d'humeur.[1305] Les a priori idéologiques eurent leur part dans la démonstration des désordres, des excès engendrés par la législation divorciaire pré-thermidorienne. En réalité, selon les statistiques, les divorces révolutionnaires furent peu nombreux,[1306] sauf pendant de courtes périodes (surtout l'année suivant la mise en vigueur de la loi), et à Paris et dans certaines villes[1307] (et ces divorces furent, le plus souvent à l'initiative des femmes[1308]). La réprobation vis-à-vis des lois révolutionnaires se fondaient sur l'hypothèse selon laquelle de la liberté individuelle émanait *la négation même du mariage car c'est la négation de la vie en société : c'est le refus de l'enfant, c'est la multiplication des divorces, c'est-à-dire en un mot le triomphe de l'immoralité.*[1309] Il est concevable de nuancer les assertions concluant à une *dégradation du mariage*[1310] en partie imputable à l'avènement du divorce.

Les projets de codification civile reflétaient les desseins des juristes de la Révolution. Un premier projet de Code civil fut élaboré sous la présidence de Cambacérès, député à la Convention qui le présenta le 9 août 1793, au nom du Comité de législation.[1311] Une volonté

[1305] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome dixième, Page 60.

[1306] RONSIN Francis, *op. cit.*, Pages 13-14. Cet auteur conteste la vision particulièrement négative des conséquences sociales de la mise en place du divorce relayée, entre autres, par Olivier-Martin ou, plus tard, par Marcel Garaud.
BART Jean, « La famille bourgeoise, héritière de la Révolution? », *op. cit.*, Page 365. *La loi de 1792 n'a pas entraîné une vague de fond, voire un raz de marée de ruptures du lien conjugal*.

[1307] Sur la ville de Paris, *cf.* PHILIPP Elisabeth, « Le divorce à Paris sous la Révolution, 1792-1802, Étude des comportements face à la loi », dans *Les femmes et la Révolution française*, 2- *L'individuel et le social, apparitions et représentations*, Actes du colloque international, 12-13-14 avril 1989, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1990, Pages 64 à 75.
Sur la ville de Lyon, *cf.* DESSERTINE Dominique, « Le divorce sous la Révolution : audace ou nécessité? », dans THÉRY Irène et BIET Christian (dir.), *op. cit.*, Pages 312 à 321.

[1308] *Cf.* DESSERTINE Dominique, « Le divorce féminin sous la Révolution, une quête du bonheur? », dans *Les femmes et la Révolution française*, 2- *L'individuel et le social, apparitions et représentations*, *op. cit.*, Pages 77 à 81. L'auteur conclut que *déchristianisé, le mariage reste une valeur fondamentale et ce d'autant plus qu'il devient le lieu d'un intense échange affectif qui en fonde la légitimité* ; et relève que *quelques citadines, sous la Révolution, ont ainsi révélé la naissance d'un nouveau sentiment du mariage, lié à l'intime, au privé et non plus seulement à la signification sociale de l'institution*.

[1309] MULLIEZ Jacques, « Droit et morale conjugale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux », *op. cit.*, Page 93.

[1310] GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Page 395. Pour cet auteur, *en réduisant à peu de chose les contrôles familiaux, en donnant d'extrêmes facilités pour rompre l'union, l'époque révolutionnaire avait gravement affaibli l'institution matrimoniale. Privée de tout caractère religieux, exposée aux changements d'humeur des conjoints, elle tendait à rejoindre l'union libre.*

[1311] *Cf. idem*, Pages 385-386.

de clarification des lois révolutionnaires déjà votées émanait du projet.[1312] Il comportait une définition du mariage, où la procréation et l'éducation apparaissaient comme la finalité essentielle de l'institution : *convention par laquelle l'homme et la femme s'engagent, sous l'autorité de la loi, à vivre ensemble, à nourrir et élever les enfants qui peuvent naître de leur union* ; alors que la loi de 1792 était dépourvue de définition (tout comme par la suite le Code civil de 1804). Dans ce projet, les sommations respectueuses, que la loi de 1792 avait supprimées, étaient rétablies : les enfants majeurs devaient solliciter l'avis de leurs parents.[1313] Les débats sur ce projet révélaient l'ambition de régénérer l'institution du mariage. Cambacérès soulignait l'*établissement salutaire* du divorce, et le projet favorisait les possibilités de divorcer.[1314] Le projet ne fut pas promulgué, et le 13 brumaire an II (3 novembre 1793), une commission fut chargée de le réviser.[1315] Le 23 fructidor an II (9 septembre 1794), un nouveau projet de Code civil fut présenté par Cambacérès, il y entérinait la vision politique du mariage, en énonçant que la société puisait dans le mariage *la force, la solidité de son gouvernement, de ses lois, de ses mœurs*.[1316] Dans son rapport sur ce second projet, il estimait que le divorce était *la loi primitive de la nature*, et le décrivait comme *le surveillant et le modérateur du mariage*, et ajoutait que le mariage sans la faculté de divorcer *serait* [...] *une source d'immoralité* [...].[1317] *Tel est donc l'avantage du divorce : il répare l'erreur*. Et il enchérissait : *Qu'on n'appréhende point la fréquence et les effets du divorce, il n'y aura pas de divorce lorsque les unions seront les fruits du choix, de la raison, et non de la passion ou de l'intérêt. Qu'on forme les mœurs, et les divorces seront rares* [...] *L'indissolubilité n'étant point une loi de la nature, elle ne saurait être une loi de la société conjugale.*[1318] Par ailleurs, Cambacérès s'en prenait au célibat, jugeant, que c'était *un vice que le législateur doit poursuivre* (il réitéra cette attaque du célibat dans le rapport sur le troisième projet) ; [1319] il précisait que *c'est plutôt en honorant le mariage qu'en défendant le célibat, qu'il faut combattre le célibataire* [...].[1320] Les idées dominantes avaient changé après le 9

[1312] *Cf.* SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Pages 48 à 52.
[1313] HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, Page 123.
[1314] GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Page 391.
[1315] SAGNAC Philippe, *ibidem*.
[1316] CAMBACÉRÈS, cité par LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *op. cit.*, Page 190.
[1317] CAMBACÉRÈS, cité par GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Pages 386 et 392.
[1318] CAMBACÉRÈS, cité par BART Jean, « La famille bourgeoise, héritière de la Révolution? », *op. cit.*, Pages 364-365.
[1319] CAMBACÉRÈS, cité par GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Pages 382 et 386.
[1320] CAMBACÉRÈS, cité par BART Jean, « La famille bourgeoise, héritière de la Révolution? », *op. cit.*, Page 363.

thermidor an II ; et le projet dont l'examen fut suspendu n'aboutit pas.[1321] Le 24 prairial an IV (14 juin 1796), fut présenté le troisième projet de Code civil, en pleine période contestataire à l'encontre des lois de la Révolution.[1322] Cambacérès y résistait à la tendance du moment, en faisant valoir que *le divorce est donc en soi une institution sage.*[1323] Ce projet de Code civil ne fut pas adopté.[1324]

En continuité avec les jurisconsultes de l'ancien droit, *le Citoyen* Proudhon,[1325] dans son *Cours de législation* professé à l'École Centrale du département du Doubs, sous la Révolution, enseignait que le mariage était le socle de la société : *les époux ne stipulent pas seulement en leur nom et sur leurs intérêts propres : mais encore pour l'intérêt public, et au nom de la société, pour la propagation de laquelle leur union fut instituée* ; et qu'il était sous l'emprise de la loi. Il insistait sur le premier point en disant que *Le mariage, sous quelque rapport qu'on l'envisage, est, sans doute, l'engagement le plus important de la vie humaine* [...] *il est le fondement de la société* ; et qu'il *est la source des jouissances les plus chères et le plus ferme appui de l'ordre social et des mœurs publiques.* Il abordait aussi l'aspect moral : *Le mariage doit naturellement éloigner l'homme de la débauche et du libertinage, lui donner plus d'activité et d'industrie, en le forçant au travail nécessaire à l'établissement de sa famille : le père, qui doit revivre dans sa postérité, porte plus loin dans l'avenir, ses regards de prévoyance ; le célibataire, dégagé des mêmes soins, vit plutôt pour le présent, comme si tout devait finir après lui*. Une critique très nette du célibat s'ajoutait donc à l'opprobre relatif aux relations charnelles hors mariage. Il ajoutait à cela une comparaison entre le mariage et le concubinage : *Le mariage fut institué* [...] *pour la perpétuité du genre humain ; il doit donc être naturellement perpétuel dans sa durée* (il ne le regardait pas comme indissoluble)*, pour correspondre aux vues de son institution, puisque, dans le fait, il est incontestable que le*

[1321] *Cf.* SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 53.
[1322] *Cf. idem*, Pages 53-54.
[1323] CAMBACÉRÈS, cité par RONSIN Francis, *op. cit.*, Page 156.
[1324] *Cf.* SAGNAC Philippe, *ibidem.*
[1325] Sur ce professeur, *cf.* RICHARD Hugues, « Les professeurs de législation des écoles centrales, témoins du droit privé intermédiaire », dans *La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, Tome I, Paris, PUF, 1988, Pages 267 à 278 ; et CLÈRE Jean-Jacques, « PROUDHON Jean-Baptiste-Victor », dans ARABEYRE Patrick, HALPÉRIN Jean-Louis, KRYNEN Jacques (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français*, XIIe-XXe siècle, Paris, PUF, 2007, Pages 645 à 647.

*mariage est plus favorable à la population et sur-tout à l'éducation des hommes, que le concubinag*e.[1326]

Les réformes instituant le mariage civil et le divorce pouvaient être perçues comme *un premier pas vers une nouvelle définition des rapports entre hommes et femmes.*[1327] Pourtant, les législateurs révolutionnaires, uniquement intéressés par l'institution du mariage, n'allèrent pas plus loin et ne statuèrent pas sur la question du concubinage.

Section 2 – La circonspection quant à une réglementation du concubinage

Entre l'affirmation de la prépondérance de l'institution matrimoniale et le rejet du célibat, comment se positionnèrent les législateurs révolutionnaires par rapport aux couples illégitimes ? (§ 1) Seules quelques dispositions permirent de ne pas nier complètement l'existence des concubines (§ 2).

§ 1 : L'union libre dédaignée par le droit de la Révolution

La législation nouvelle ignora l'union libre. Aucune peine ne fut prévue à l'encontre des concubins, et ils ne bénéficiaient d'aucun droit compte tenu de leur union de fait. Quant à la société, suivant en cela les lois de l'Église, elle continuait à stigmatiser le concubinage.[1328] Toutefois, la Révolution contribuant à *un recul de la pratique religieuse*, dès lors les valeurs morales prônées par l'Église en matière de couple et de sexualité influèrent probablement moins sur les comportements qu'à l'époque précédente.[1329] Au niveau de la répression pénale, en application des articles 4 et 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, le décret des 19-22 juillet *relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle*[1330]

[1326] PROUDHON, *Cours de législation et de jurisprudence françaises*, Besançon, Tissot, 7e année républicaine, Tome premier, Pages 221 et 234 à 240.
[1327] RONSIN Francis, *op. cit.*, Page 142. *En un mot, l'assimilation du concubinage, de l'union libre au mariage, du « couple naturel » au couple marié.*
[1328] GAUDEMET Jean, *op. cit.*, Page 394.
[1329] SOHN Anne-Marie, « Concubinage et illégitimité », dans *Encyclopedia of European Social History*, 2001, Page 6.
[1330] *Cf.* DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome troisième, Pages 132 à 144.

et celui des 25 septembre-6 octobre 1791 qui érigea le Code pénal,[1331] restreignirent le champ des incriminations aux seuls actes nuisibles à la société. Dès lors, le concubinage scandaleux, qui faisait l'objet de poursuites sous l'ancien droit, n'était plus réprimé (la séduction fut également dépénalisée). Le droit de la Révolution, *rejetant d'une manière absolue la tradition du droit canonique,* traita l'union hors mariage *comme un fait licite*.[1332]

Au cours de l'Ancien Régime, des concubinaires furent enfermés sur sollicitation de leur famille par le biais de lettres de cachet. Les familles qui comptaient sur le recours aux lettres de cachet pour régler les désordres, les dérèglements au niveau des mœurs au sein de leur foyer, craignaient ce *vide disciplinaire* engendré par leur disparition, c'est ce qui ressortait de quelques cahiers de doléances.[1333] La Constituante se détermina pour la suppression des lettres de cachet, le 26 mars 1790.[1334] Si les lettres de cachet firent en général l'objet d'une lourde réprobation tenant à leur caractère arbitraire, celles qui réglaient les causes domestiques furent moins critiquées que les autres. Il apparaît, dans les débats à la Constituante, que ce type de lettre de cachet était appréhendé comme relevant d'*un pouvoir plus légitime*. Par exemple, un député, Fréteau, requerra que ceux qui étaient détenus à la demande de leur famille fussent retrouvés jusqu'à la mise en place des tribunaux domestiques (excepté ceux qui avaient commis des fautes légères).[1335] En 1789, Sieyès rédigea un projet d'organisation générale de la justice et de la police, dans lequel il traitait les causes domestiques ; il le distribua à la Constituante en 1790. Cette partie de son projet concernait *un père, une mère, un tuteur ou une famille* ayant *des craintes ou des alarmes graves sur la conduite d'un enfant, d'un pupille, d'un parent ou d'une parente au second degré*. Deux instances intervenaient : d'une part, une sorte d'assemblée familiale composée de *huit au moins des parents, parentés et amis de l'accusé pour savoir si les craintes sont fondées* ; et d'autre part, un bureau de police qui enquêtait et une chambre de police, avec un rôle de ministère public auprès d'une chambre criminelle qui pouvait autoriser l'internement en

---

[1331] *Cf. idem*, Tome troisième, Pages 403 à 419.
[1332] AYRENX Jacques d', *La condition juridique de la famille illégitime dans le droit intermédiaire*, Thèse droit, Toulouse, 1908, Pages 43 à 45.
[1333] BURGUIÈRE André, « La famille et l'État, Débats et attentes de la société française à la veille de la Révolution », *op. cit.*, Pages 153 et 155.
[1334] BART Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, *op. cit.*, Page 431.
[1335] *Cf.* FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *Le désordre des familles*, *Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, Paris, Gallimard Julliard, 1982, Page 357.

maison de correction.[1336] Il s'agissait là d'une procédure de correction parentale fortement encadrée ; son projet ne fut pas repris. Le décret sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790 institua un arbitrage[1337] obligatoire pour régler les différends au sein du cercle familial.[1338] Les législateurs révolutionnaires, qui récusèrent l'ancienne puissance paternelle,[1339] conçurent un moyen de correction légal en accordant aux parents un droit d'enfermement sous le contrôle d'une nouvelle juridiction. Les tribunaux de famille[1340] étaient chargés de rendre cet arbitrage, ils pouvaient punir les conduites jugées déviantes des enfants. En effet, l'article 15 prescrivait : *Si un père ou une mère* [...] *a des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant* [...] *dont il ne puisse plus réprimer les écarts, il pourra porter sa plainte au tribunal domestique de la famille assemblée* [...]. Et l'article suivant disposait que, *dans les cas les plus graves*, l'enfant (de moins de vingt ans accomplis) pouvait être enfermé durant un an au maximum sur décision du tribunal de famille.[1341] Sous le Directoire, les tribunaux de familles furent supprimés, leurs attributions furent confiées aux juridictions civiles par la loi du 9 ventôse IV (28 février 1796).[1342]

De nouvelles perspectives bouleversant la structure conjugale furent soulevées. Dans la brochure intitulée *Les droits de la femme (*publiée en 1791), qu'elle adressa à la reine, Olympe de Gouges, avait rédigé un postambule à sa *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, elle y proclama que *Le mariage est le tombeau de la confiance et de l'amour*.[1343] En 1791, dans son *projet d'un contrat social entre l'homme et la femme* (qui suivait sa *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*), Olympe de Gouges énonçait *la formule de l'acte conjugal* qu'elle proposait d'instaurer : *Nous N. et N., mus par notre propre*

[1336] *Idem*, Pages 362-363.
[1337] *Cf.* CLÈRE Jean-Jacques, « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806), dans *Revue de l'arbitrage*, janvier-mars 1981, Pages 3 à 28.
[1338] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome premier, Pages 361 à 377. L'article 1er du titre Ier qualifiait l'arbitrage de *moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens* ; et les articles 12 à 17 du titre X créait le tribunal de famille et réglementait son fonctionnement.
[1339] *Cf.* BART Jean, *op. cit.*, Pages 430 à 432.
[1340] *Cf.* HALPÉRIN Jean-Louis, « La composition des tribunaux de famille sous la Révolution ou « les juristes, comment s'en débarrasser? » », dans THÉRY Irène et BIET Christian (dir.), *op. cit.*, Pages 293 à 295. L'auteur établit que *le motif principal de la création des tribunaux de famille est la limitation de l'autorité paternelle et la suppression des lettres de cachet, mais la volonté d'écarter les hommes de loi des querelles familiales n'est pas absente des préoccupations du législateur en 1790.*
[1341] DUVERGIER Jean-Baptiste, *ibidem.*
[1342] *Idem*, Tome neuvième, Page 61.
[1343] GOUGES Olympe de, *Les droits de la femme*, s. n., 1791, Page 16.

volonté, nous unissons pour le terme de notre vie, et pour la durée de nos penchants naturels, aux conditions suivantes : Nous entendons et voulons mettre nos fortunes en communauté, en nous réservant cependant le droit de les séparer en faveur de nos enfants, et de ceux que nous pourrions avoir d'une inclination particulière, reconnaissant mutuellement que notre bien appartient directement à nos enfants, de quelque lit qu'ils sortent, et que tous indistinctement ont le droit de porter le nom des père et mère qui les ont avoués (…). *Nous nous obligeons également, au cas de séparation, de faire le partage de notre fortune, et de prélever la portion de nos enfants indiquée par la loi ; et, au cas d'union parfaite, celui qui viendrait à mourir se désisterait de la moitié de ses propriétés en faveur de ses enfants ; et si l'un mourrait sans enfants, le survivant hériterait de droit, à moins que le mourant n'ait disposé de la moitié du bien commun en faveur de qui il jugerait à propos.*[1344] Le modèle avancé par Olympe de Gouges semble être celui d'une union libre officialisée par une sorte de contrat civil passé entre des concubins. Il est remarquable que la notion d'amour n'y figurait pas, l'union était plutôt basée sur une communauté d'intérêts. En outre, elle réclamait *une loi qui avantageât les veuves et les demoiselles trompées par les fausses promesses d'un homme à qui elles se seraient attachées* ; elle souhaitait *que cette loi forçât un inconstant à tenir ses engagements, ou à une indemnité proportionnée à sa fortune*. Elle ajoutait vouloir *que cette loi fût rigoureuse contre les femmes, du moins pour celles qui auraient le front de recourir à une loi qu'elles auraient elles-mêmes enfreinte par leur inconduite, si la preuve en était faite*.[1345] On perçoit là un réel attachement à des valeurs morales dans les comportements inhérents aux relations charnelles. Son projet ne reçut aucun écho.

Le mariage civil, tel qu'il avait été prévu dans la loi de 1792, ne contentait pas pleinement quelques *utopistes révolutionnaires*[1346] qui tentèrent alors de faire valoir leur propre vision du mariage. *Le mariage est la dette de l'homme « intègre » envers la nature, c'est la dette du citoyen envers sa patrie,* […] *c'est une dette envers soi-même, car on se doit du bonheur!* proclama Bonneville dans son *Nouveau code conjugal*, un ouvrage qu'il rédigea au lendemain de loi de 1792.[1347] Bonneville établissait un projet de loi sur les mariages et les

---

[1344] GOUGES Olympe de, *op. cit.*, Pages 17-18.
[1345] *Idem*, Page 19.
[1346] BOLOGNE Jean Claude, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Hachette Littératures, 2005, Pages 316-317.
[1347] BONNEVILLE, *Le nouveau code conjugal*, Paris, Chez les Directeurs de l'Imp. Du Cercle, 1792, Page 9.

divorces, il y définissait le mariage comme le lien social unissant le citoyen à la patrie et vice-versa (Titre I, art. 1). L'obligation de paternité était au centre de la loi conjugale : *La loi veut que le citoyen soit père, et qu'il s'éternise dans son représentant héréditaire* (Titre II, art. 2). Par conséquent, seuls les époux et les pères étaient admissibles aux emplois publics (Titre II, art. 4 et 5). De plus, la loi qui exigeait d'être père *pour monter à l'état d'homme et de citoyen* sanctionnait *ceux qui ne le sont pas*, *ses peines, toujours douces, sont négatives* (Titre III). Quant aux célibataires, ils étaient exclus de la citoyenneté, cependant, il pouvait devenir père par adoption, payant ainsi *sa dette de citoyen* (Titre IV, art. 1 et 2). L'exercice du pouvoir exécutif était aussi conditionné au fait d'être marié, ou père par adoption (Titre IV, art. 4 et 5).[1348] Des concepts quelque peu similaires furent exposés par Charles-François Oudot (député de la Côte d'Or) en 1793. A la Convention, il affirma que le mariage était *de droit naturel*, qu'il pouvait *exister indépendamment de la loi*. Sans dessein d'attenter *au respect dû au mariage solennisé par les formes de la loi*, il légitimait celui qu'il nommait *mariage privé.*[1349] Ce *mariage privé*, non formel, était en quelque sorte une union libre.[1350] Dans son *Essai sur les principes de la législation des mariages privés et solennels, du divorce et de l'adoption qui peuvent être déclarés à la suite de l'Acte constitutionnel*, Oudot énonçait : *La faculté de se reproduire étant un des droits naturels de l'homme, ce n'est pas la loi qui fait le mariage mais la volonté des parties. La loi ne fait que le sanctionner et lui donner une authenticité avantageuse à la société. Toutes les fois qu'il naît un enfant, la loi doit présumer* (…) *qu'il y a eu mariage, à moins que l'intention contraire ne soit vérifiée.*[1351] Donc Oudot partait du postulat que la procréation fondait le mariage ; il en déduisait que toute *union des deux sexes* contractée *sans cette intention* de procréer *n'est plus un mariage*. A contrario, toute

---

[1348] BONNEVILLE, *op. cit.*, Pages 14 à 19.

[1349] OUDOT Charles-François, cité par BART Jean, « La famille bourgeoise, héritière de la Révolution? », *op. cit.*, Page 361.

[1350] BART Jean, « Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille », dans *Annales historiques de la Révolution française*, N° 300, 1995, Page 194.

BOLOGNE Jean Claude, *ibidem*. Selon cet auteur, *cette théorie du mariage « naturel »*, est *aussi opposée à l'union libre qu'au mariage officiel. Cette théorie du mariage naturel est une laïcisation du mariage chrétien considéré comme une institution divine à laquelle l'homme ne peut rien changer. A l'inverse du mariage-contrat sur lequel est fondée toute la législation révolutionnaire* (…)*, le mariage-institution dénie aux époux comme au législateur toute liberté de modifier des règles fondamentales (qu'on les attribue à Dieu, à la nature, ou au Patriotisme). En l'occurrence, ce n'est ni l'homme, ni l'État qui marie, mais la paternité, dont on ne pourrait récuser la décision.*

[1351] OUDOT Charles-François, *Essai sur les principes de la législation des mariages privés et solennels, du divorce et de l'adoption qui peuvent être déclarés à la suite de l'Acte constitutionnel*, Paris, imp. Nationale, s. d., cité par RONSIN Francis, *op. cit.*, Page 143.

union conclue dans le but de procréer, de façon solennelle ou non, constituait un mariage. A côté du mariage solennel, Oudot plaidait pour légaliser le *mariage privé*.[1352]

Pendant la Révolution, au sein des classes populaires parisiennes ou de quelques villes de province, le concubinage était couramment pratiqué.[1353] Dans ces milieux, il n'était plus forcément appréhendé comme une forme de débauche, et il constituait souvent une *association économique*. Fréquemment, la concubine était appelée par le nom de son compagnon, et les concubins désignaient leur compagne ou leur compagnon comme leur *femme* ou leur *mari*. Par exemple, un militant révolutionnaire, Bodson, qui n'était pas marié, estimait que *c'est comme s'il l'était, ayant une femme et un enfant qu'il a adopté*. Un observateur de police, Perrière, suggérait que *c'est la publicité de l'union qui fait le principal caractère du mariage*, dès lors on ne pouvait pas dire qu'une citoyenne *connue dans tout son quartier pour avoir vécu des années avec l'homme dont elle a eu plusieurs enfants n'est pas la femme de ce citoyen*. Toutefois, *l'habitude populaire* pour une concubine de porter le nom de son compagnon, *signe d'acceptation sociale de l'union libre*, n'était pas unanimement reconnue ; le commissaire de police de la section de la République fit emprisonner une femme, accusée de complicité de vol, qui se présentait sous le nom de l'homme avec lequel elle allait se marier (les bans étaient publiés), au motif qu'elle lui *en a imposé en se disant mariée et en prenant un nom qui n'est pas le sien, ce qui aux termes de la loi est un délit*.[1354]
En outre, l'illégitimité de leur union était fréquemment un facteur aggravant pour ceux qui avaient contrevenus à la loi, par exemple, cette illégitimité était soulignée par les comités révolutionnaires dans les tableaux de renseignements sur les détenus, au moyen d'indications telles que : *on soupçonne qu'il n'y a point de mariage entre elle et le citoyen Armé*, ou *femme avec qui vit clandestinement le citoyen Richelieu*.[1355] De nombreux sans-culottes vivaient en union libre, d'autant plus que de leur point de vue, cela ne relevait aucunement de l'immoralité. Les sans-culottes avaient d'ailleurs opté pour un idéal de vie relevant d'une morale rigoureuse, associant les vertus privées aux vertus publiques auxquelles ils étaient

---

[1352] OUDOT Charles-François, *op. cit.*, cité par MULLIEZ Jacques, « Droit et morale conjugale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux », *op. cit.*, Page 97-98.
[1353] VOVELLE Michel, « L'enfance et la famille dans la Révolution française », Avant-propos dans LÉVY Marie-Françoise (dir.), *op. cit.*, Page 20.
[1354] GODINEAU Dominique, *Citoyennes tricoteuses : les femmes du peuple à Paris pendant la Révolution française*, Aix-en-Provence, Alinéa, 1988, Pages 34-35 et 37.
[1355] *Idem*, Page 37.

attachés (les vertus républicaines). Ils reconnaissaient un lien entre *être honnête homme* et *être bon fils, bon époux et bon père*. Une partie seulement des couples de concubins sans-culottes se mariaient à la suite de la naissance d'un enfant. Quant aux autres, ils choisissaient délibérément de ne pas se conformer aux conditions imposées pour légaliser leur union. Il parait intéressant de relever *un cas exceptionnel* de concubins qui entreprirent de régulariser leur union, non pas par un mariage, mais par une sorte de déclaration de concubinage auprès de leurs concitoyens. Étienne Pascal (vingt-six ans), compagnon maréchal, et Marie-Louise Buffin (dix-sept ans) *unis depuis dix-huit mois par les liens du plus tendre attachement et ayant un enfant baptisé sous leurs noms respectifs, provenant du commerce libre dans lequel ils avaient vécu depuis le temps*, se présentèrent devant l'assemblée générale de Bondy, le 13 octobre 1792. Leur objectif était de faire certifier *l'authenticité de leur amour*, symbolisé par *le vœu libre, formel et réciproque qui les engageait l'un à l'autre*. L'assemblée générale transcrivit leur déclaration sur ses registres *par respect pour les mœurs et pour le sentiment le plus respectable de la nature*. Pour autant, ce type de déclaration ne se répandit absolument pas parmi les sans-culottes. Certains revendiquaient même leur état, par exemple, un sans-culotte, maitre-maçon, à l'occasion d'une pétition pour l'égalité des droits successoraux entre les enfants légitimes et ceux nés hors mariage, fit savoir qu'il était *bâtard de père en fils et père de six enfants dont la mère n'a jamais fréquenté le mariage, ce qui n'empêche pas le ménage d'aller bon train et les marmots de pousser comme si le notaire et le curé y avaient passé*.[1356] Néanmoins, on ne relève aucune réclamation issue de ces milieux populaires relative à une nouvelle façon d'appréhender l'union hors mariage dans le cadre de la loi.

Le régime des donations entre concubins ne fit l'objet d'aucune disposition législative particulière au cours de la Révolution. Dès lors, la question qui se posa fut de déterminer si les anciennes interdictions concernant les donations entre concubins avaient disparues ou si la législation et la jurisprudence de l'ancien droit étaient demeurées applicables. Merlin ne doutait pas *que les lois prohibitives des donations entre concubinaires, n'aient conservé tout leur empire jusqu'à la publication de la loi du 13 floréal an XI* (3 mai 1803),[1357] *même depuis que la loi du 17 nivôse an II* (6 janvier 1794) *et celle du 4 germinal an VIII* (25 mars 1800) *avaient limité, l'une au 6e et au 10e, suivant les circonstances qu'elle désignait, l'autre à des*

[1356] SOBOUL Albert, *Les sans-culottes*, Paris, Seuil, 1968, Pages 229 à 231.

[1357] *Loi relative aux donations et aux testamens* dans DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome quatorzième, Page 237. Le contenu de la loi ne figure pas dans l'ouvrage.

quotités plus fortes, la portion de biens dont chacun pouvait disposer au préjudice de ses héritiers légitimes. Et le juriste justifiait son opinion selon les critères suivants : *Pour la validité d'une donation, le concours de trois conditions est nécessaire : la première, que la chose donnée soit disponible ; la seconde, que le donateur soit capable de donner ; la troisième, que le donataire soit capable de recevoir. De ces trois conditions, il n'y a que la première dont les lois du 17 nivôse an II et 4 germinal an VIII se soient occupées. Ces lois n'ont parlé ni de la seconde ni de la troisième. Elles ont donc laissé subsister, sur la deuxième et sur la troisième, toutes les dispositions des anciennes lois.*[1358] De plus, Merlin résolut la question de savoir si l'ancienne jurisprudence, qui validait des donations faites à des concubines, n'excédant pas le montant des dommages-intérêts auxquels elles pouvaient prétendre du fait d'une grossesse imputable à leur donateur,[1359] devait *encore servir de règle pour le temps qui, avant le 13 floréal an XI, a suivi la publication des lois par lesquelles avait été précédemment abolie toute action en déclaration de paternité non avoué* (c'est-à-dire la loi du 12 brumaire an II[1360]). Il envisageait deux cas de figure : *ou le donateur s'est reconnu, par un acte authentique, père de l'enfant mis au monde par la fille donataire, ou il ne l'a pas fait. Au premier cas, quelle raison y aurait-il de priver la mère de l'enfant de l'action en dommages-intérêts que l'ancienne jurisprudence lui accordait ? Cette jurisprudence a dû subsister jusqu'à la publication du Code civil ; et dès qu'on la maintenait alors, il fallait bien maintenir aussi celle qui faisait valoir les donations en faveur des concubines, jusqu'à concurrence des dommages-intérêts qui pouvaient leur être dus. Dans le second cas, la mère de l'enfant est, à la vérité, sans action pour ses dommages-intérêts ; mais c'est uniquement par le fait de l'auteur de sa grossesse, c'est uniquement parce que celui-ci ne veut pas reconnaître authentiquement sa paternité ; et certainement ce n'est pas une raison pour que ses dommages-intérêts ne puissent pas lui être accordés à l'amiable ; ce n'est pas une raison pour que l'auteur de sa grossesse ne puisse pas s'acquitter volontairement envers elle.*[1361]

Ce fut en se fondant sur la jurisprudence des anciens parlements que la Cour de cassation motiva un arrêt du 1er fructidor an XIII. En l'espèce, le 2 floréal an X, le sieur Fayard d'Heudicourt, qui vivait en concubinage depuis 1789 avec Victoire Halatte, et qui

---

[1358] MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit*, Tome deuxième, Paris, Garnery, 1827, Page 474.
[1359] *Supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2.
[1360] *Infra* Chapitre 2, Section 1, § 2.
[1361] MERLIN, *ibidem*.

avait eu d'elle un enfant naturel (qu'il reconnut le 17 du même mois), fit un testament par lequel il légua, en toute propriété, à cette demoiselle, divers biens meubles et immeubles. Après son décès (le 1er messidor an X), Victoire Halatte demanda la délivrance du legs. Les héritiers légitimes du sieur Fayard d'Heudicourt contestèrent le legs. Ils soutinrent que, d'après l'article 132 de l'ordonnance de 1629, qui n'avait pas été abrogée par les lois nouvelles, la légataire ne pouvait recueillir ce qui lui avait été donné, parce qu'elle était la concubine du testateur, soit à l'époque du testament, soit au moment du décès. La demoiselle Halatte invoqua l'ancienne jurisprudence, et affirma que la volonté évidente du testateur avait été de la récompenser des soins qu'elle lui avait donnés constamment jusqu'à son décès, et qu'au surplus la donation n'était pas excessive, puisqu'elle n'excédait pas la portion de biens déclarée disponible par la loi du 4 germinal an VIII, sous l'empire de laquelle était mort le testateur. La cour d'appel d'Amiens rendit un arrêt le 6 floréal an XII, dans lequel elle déclara le legs valable. Ses motifs étaient les suivants : *Considérant qu'il résulte d'une jurisprudence constante, avant la loi du 17 nivôse an II, que les dispositions particulières, faites au profit des concubinaires libres, ont toujours été maintenues, surtout lorsqu'elles n'étaient pas excessives ; qu'il résulte aussi de cette jurisprudence que l'article 132 de l'ordonnance de 1629 n'a jamais reçu d'exécution ; que les lois du 17 nivôse an II et 4 germinal an VIII, dont les dispositions sont relatives à la transmission des biens par successions ou donations, n'ont établi aucune incapacité contre les concubinaires ; (qu'en fait, le legs dont il s'agit n'excède pas la quotité disponible, d'après la loi du 4 germinal an VIII ;) considérant que les droits de Victoire Halatte, étant ouverts et acquis dès le 1er messidor an X, ne peuvent être attaqués comme contraires à la loi du 13 floréal an XI, sans donner à cette loi un effet rétroactif ; considérant d'ailleurs, qu'il résulte des circonstances de la cause, que la volonté du testateur a été de récompenser personnellement Victoire Halatte des soins qu'elle lui avait donnés constamment jusqu'à son décès.* Les héritiers légitimes se pourvurent en cassation, la section des requêtes rejeta leur requête. Voici ses motifs : *Attendu que, dût-on se référer aux dispositions de l'ordonnance de 1629, il faudrait les prendre telles qu'elles avaient été modifiées par la jurisprudence des ci-devant cours de parlement, qui admettaient, rejetaient ou modifiaient les donations de l'espèce de celle dont il s'agit, selon les circonstances et d'après les considérations qui militaient pour ou contre les donataires ; que les donations de cette espèce ont été, le plus souvent, maintenues, soient lorsqu'elles étaient modiques et qu'elles avaient pour cause la récompense de services rendus, et pour objet d'assurer des alimens aux donataires, soit lorsqu'elles étaient faites entre des personnes libres ; attendu que la donation dont il s'agit est de cette espèce, puisque la cour d'appel a reconnu et déclaré, en*

fait, qu'il résultait des circonstances de la cause, que la volonté du testateur avait été de récompenser personnellement la demoiselle Halatte des soins qu'elle lui avait donnés constamment […], *que l'un et l'autre étaient libres et non engagés dans les liens du mariage, et enfin que le legs n'excédait pas la quotité disponible d'après la loi ; d'où il suit que les vices reprochés à l'arrêt n'existent pas, rejette, etc.* Dans le même sens que celui rendu par la cour d'appel d'Amiens, un arrêt fut rendu par la seconde section de la cour d'appel de Paris, le 19 germinal an XII, où selon les motifs, les lois édictées pendant la Révolution n'avaient pas notifié d'incapacités entre les concubins. A propos de ces décisions rendues par la cour d'appel d'Amiens et par celle de Paris, Chabot de l'Allier (avocat au parlement de Paris, puis élu dans les assemblées sous la Révolution à partir de la Convention, et sous le Consulat et l'Empire)[1362] observait que *si elles ont voulu décider que, dans tous les cas, et indépendamment de toutes circonstances, les concubinaires avaient, sous les lois des 17 nivôse et 4 germinal, la capacité générale et indéfinie de s'avantager, il est certain, qu'à cet égard, elles ont commis une erreur*. D'autant plus que la Cour de cassation, dans son arrêt du 1er fructidor an XIII, n'usait pas de ce motif mais se fondait sur les circonstances de la cause, donc elle *ne pensait pas*, remarquait Chabot de l'Allier, *que les lois des 17 nivôse et 4 germinal, eussent relevé les concubinaires de toute espèce d'incapacités de se faire entre eux des avantages.*[1363] De façon générale, Chabot de l'Allier rappelait le principe selon lequel *toute donation entre vifs doit être entièrement régie par la loi qui était en vigueur au moment de sa confection, et non par la loi existante au moment du décès du donateur*.[1364] Suivant ce principe, les donations entre vifs consenties entre des concubins étaient soumises aux règles établies par la jurisprudence en vigueur lors de leur exécution. Par conséquent, elles ne devaient pas, selon Chabot de l'Allier, *être jugées indépendamment de toute considération du concubinage, et comme s'il n'existait aucune espèce d'incapacité entre les concubinaires* […] *mais* […] *suivant les règles anciennes qui établissaient entre les concubinaires une incapacité relative* ; c'est-à-dire en examinant *les circonstances et les considérations qui militaient pour ou contre les donataires*. Les tribunaux devaient baser leurs décisions sur l'ancienne jurisprudence, même après l'établissement de la nouvelle législation par le Code civil, et ainsi

---

[1362] Sur ce juriste, *cf.* HALPÉRIN Jean-Louis, « Chabot de l'Allier Georges-Antoine », dans ARABEYRE Patrick, HALPÉRIN Jean-Louis, KRYNEN Jacques (dir.), *op. cit.*, Page 173.
[1363] CHABOT de l'ALLIER, *Questions transitoires sur le Code civil*, Tome premier, Dijon, Lagier, 1829, Pages 342 à 346.
[1364] *Cf. idem*, Pages 234-235 et 349.

ils avaient *le pouvoir discrétionnaire d'annuler, de confirmer, ou de réduire ces espèces de dons*.[1365] Quant aux principes régissant les legs consentis entre concubins, ils se différenciaient de ceux applicables aux donations entre vifs. En effet, comme l'expliquait Chabot de l'Allier, les dispositions faites par testaments ou codicilles ne devenaient définitives qu'au moment de la mort du testateur, elles étaient réputées faites à ce moment, et par conséquent elles se trouvaient régies par la loi existante à ce moment. Donc, les libéralités faites entre des concubins, par testaments ou par codicilles, avant la publication du Code civil, devaient être régies par la loi du 13 floréal an XI, si les testateurs étaient morts après la publication de cette loi, et non par la loi qui était en vigueur lorsque les testaments ou codicilles avaient été faits.[1366] Pour Chabot de l'Allier comme pour Merlin, ni la loi du 17 nivôse an II, ni celle du 4 germinal an VIII n'avaient dérogé à la nullité dont l'ancienne jurisprudence frappait les libéralités faites entre concubins. C'est ce qui ressortait de la jurisprudence puisque la cour de Rouen rendit un arrêt le 25 mai 1813, dans lequel elle jugeait que les lois du 17 nivôse an II et du 4 germinal an VIII *ne contenant pas un système général sur les successions et les donations*, n'avaient p*as abrogé d'autres incapacités de donner et de recevoir que celles sur lesquelles elles se sont particulièrement expliquées*. Un pourvoi fut formé contre cette décision, il fut rejeté par un arrêt de la Cour de cassation du 13 août 1816.[1367]

L'union de fait ne créait aucun lien de droit entre les concubins ; néanmoins, quelques dispositions légales furent adoptées au bénéfice des concubines.

§ 2 : Une déstigmatisation inaboutie : de quelques sollicitations et de quelques mesures législatives en faveur des mères et des femmes illégitimes

L'*Encyclopédie Méthodique* (publiée à partir de 1782) rejeta d'emblée l'opprobre qui visait les femmes qui enfantaient sans être mariées, il était question d'annihiler *le préjugé qui flétrit, qui persécute une mère, parce qu'elle a eu le malheur de le devenir sans avoir contracté un mariage civil*.[1368] L'encyclopédiste, auteur de ces lignes, avait pour dessein la

---

[1365] *Id.*, Pages 349-350.
[1366] *Id.*, Pages 359-360.
[1367] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 64.
[1368] *Encyclopédie méthodique*, *Jurisprudence*, Tome neuvième, Paris, Panckoucke, 1789, « Abandon », Page 2.

constitution légale d'une famille naturelle.[1369] En requalifiant ces filles-mères de *mères naturelles* et en les appréhendant en tant que victimes pour les arracher à la culpabilité dont la société les oppressait, il comptait les réhabiliter. Il élabora un plan destiné à leur venir en aide ainsi qu'à leurs enfants, l'une des mesures envisagées dans ce plan était que les enfants ayant fait l'objet d'une déclaration de grossesse héritassent de leurs mères.[1370]

Le système légal des déclarations de grossesse exigées des femmes, en vigueur sous l'Ancien Régime, avait déjà été ouvertement critiqué. Montesquieu, dans *De l'Esprit des Lois*, le jugeait contraire à la loi naturelle : *La loi de Henri II, qui condamne à mort une fille dont l'enfant a péri, en cas qu'elle n'ait point déclaré au magistrat sa grossesse, n'est pas moins contraire à la défense naturelle. Il suffisait de l'obliger d'en instruire une de ses plus proches parentes, qui veillât à la conservation de l'enfant*.[1371] Dans l'*Encyclopédie Méthodique*, on relève une vision négative de cette loi : *La femme est naturellement pudique, et l'état de société a encore exalté et modifié cet instinct de la nature en elle. Cependant lorsqu'avant d'avoir contracté un mariage civil, elle devient mère, la loi veut, chez nous, qu'elle aille le déclarer au magistrat ; qu'elle attire sur sa tête tous les anathêmes du préjugé, qu'elle se prostitue ainsi aux yeux de l'opinion publique* […].[1372] L'*Encyclopédie Méthodique* s'attacha à démontrer la sévérité du droit qui contraignait la mère naturelle à déclarer sa grossesse sans que ni elle, ni l'enfant qu'elle portait n'en retirassent un bénéfice : *Si au moins, pour prix de cette obligation, le législateur avoit légitimé l'enfant ; si la fille rentroit dans les droits qu'un moment de foiblesse, peut-être la séduction, peut-être la violence, lui ont fait perdre aux yeux de ses parens et du public ; si le magistrat, en recevant sa déclaration de grossesse, mettoit cette mère à l'abri des injustices de famille, des persécutions, du mépris, de l'abjection, sûrement elle n'auroit aucune raison suffisante de se soustraire au joug de la loi. Elle s'y soumettroit même avec plaisir, elle la regarderoit comme son refuge et son appui ; mais rien de cela n'a lieu. Les loix ont voulu conserver les mœurs, et elles les ont rendues féroces ; elles*

[1369] CHARPENTIER Jehanne, *Le droit de l'enfance abandonnée, Son évolution sous l'influence de la Psychologie (1552-1791)*, Paris, PUF, 1967, Pages 178 et 181-182. Jehanne Charpentier constate que *les hommes du XVIIIe siècle ont déjà senti l'intérêt psychologique que présente la symbiose de la mère et de l'enfant. Pour eux, la bienveillance des pouvoirs publics doit permettre la constitution d'une famille naturelle qui aura l'avantage de donner, dans une certaine mesure du moins, à ces parias de la société, l'équilibre affectif indispensable à tous.*

[1370] *Cf. Encyclopédie méthodique*, *idem*, « Abandon », Page 2.

[1371] MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Tome II, *op. cit.*, Liv. XXVI, Chap. III.

[1372] *Encyclopédie méthodique*, *ibidem.*

ont entretenu les erreurs du peuple, et la méprise du législateur a causé la perte de plusieurs générations.[1373]

En outre, de rares cahiers de doléances revendiquèrent l'abolition de l'édit de 1556. Celui du bailliage de Tours la réclama en ces termes : *Il serait à désirer que les États-Généraux s'occupassent de concert avec le roi, de la rédaction d'une loi qui assurerait à jamais l'état et la subsistance des bâtards ; la fameuse loi de Henri II qui prononce la punition corporelle la plus sévère dans le cas où périt, sans déclaration préalable devant les juges, le fruit de mœurs illégitimes, est digne des temps les plus barbares ; elle établit la cruelle alternative de la punition ou du déshonneur et force souvent les malheureuses victimes de la séduction ou des passions à devenir criminelles dans la crainte d'être découvertes*.[1374] Le cahier de la sénéchaussée de Niort s'intéressa à la situation des femmes enceintes des œuvres d'un séducteur et préconisa que *Les filles ou femmes veuves qui se laissent séduire et dont les enfants ne vivent presque jamais jusqu'à six mois (on en ignore les causes), devraient être gardées jusqu'au temps de leur délivrance et on devrait veiller à la conservation de leurs fruits (leurs enfants) qu'elles sont soupçonnées de laisser périr par leurs fautes, les regardant comme l'étendard de leur ignominie.*[1375]

L'obligation de déclarer sa grossesse et son accouchement devint ineffective suite à l'adoption du Code pénal en septembre 1791, dans lequel le crime d'infanticide n'était pas prévu spécialement.[1376] De plus, un délit devant être prouvé,[1377] la présomption d'infanticide n'avait plus d'existence légale.[1378] Après 1791, aucun texte de loi ne prescrivit expressément

---

[1373] *Encyclopédie méthodique*, *ibid*.
[1374] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 111, note 10.
[1375] GOUBERT Pierre, DENIS Michel (présentés par), *1789, les français ont la parole : cahiers des États Généraux*, Paris, Gallimard, 1989, Page 185.
[1376] LASCOUMES Pierre, « L'émergence de la famille comme intérêt protégé par le droit pénal, 1791-1810 », dans THÉRY Irène et BIET Christian (dir.), *op. cit.*, Page 343.
[1377] Décret en forme d'instruction pour la procédure criminelle du 29 septembre-21 octobre 1791, dans DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome troisième, Page 491. Il fut édicté que (…) *ce ne sont plus de simples soupçons, une simple prétention, mais de fortes présomptions, mais un commencement de preuves déterminantes, qui doivent provoquer la décision des jurés pour l'admission de l'acte d'accusation*.
[1378] FORTUNET Françoise, « Sexualité hors mariage à l'époque révolutionnaire : les mères des enfants de la nature », dans POUMARÈDE Jacques et ROYER Jean-Pierre (dir.), *Droit, Histoire et sexualité*, Lille, L'espace juridique, 1987, Page 190.

la suppression des déclarations de grossesse. Quant au Comité de législation, il comprit que l'usage des déclarations de grossesse était porteur d'effets négatifs.[1379] Néanmoins, dans les faits, des femmes continuèrent à déclarer leur grossesse au cours de toute la période de la Révolution et même au delà.[1380] Jusqu'en 1793, les tribunaux civils condamnaient encore le père nommé dans la déclaration de grossesse ou lors de l'accouchement à payer une provision à titre de secours et d'aumône.[1381] La jurisprudence se modifia par la suite au détriment des filles-mères qui n'obtinrent plus rien du prétendu père.[1382] Cependant, il est notable qu'en 1795, les autorités parisiennes continuèrent quelquefois à prononcer des condamnations à l'encontre de celui qui était désigné par la femme enceinte. En l'occurrence, à l'issue de la déclaration de grossesse, le commissaire de police ou le juge de paix obligèrent le séducteur à verser des dommages-intérêts à la plaignante.[1383] En outre, on peut relever qu'à Paris, entre 1793 et 1795, parmi les femmes qui déclaraient leur grossesse au commissaire de police, seize pour cent vivaient en concubinage avec le père de l'enfant à naître.[1384]

Un nouveau dispositif à l'endroit des filles-mères se dessinait. Dans un *Projet sur la législation et sur l'administration en général*, qui resta anonyme, le soutien apporté aux femmes par la condamnation de leurs séducteurs fut fortement critiqué. Selon ses auteurs, *lorsqu'une fille a eu la faiblesse de se laisser séduire*, c'était à la nation de lui fournir des secours mensuels jusqu'à la majorité de l'enfant, à la fois dans le but d'augmenter le nombre de soldats et de pallier *ces difficultés qui naissent chaque jour dans les déclarations que la loi exige des filles enceintes*. Leur solution était très restrictive puisqu'elle consistait à ce *qu'une fille ne fût admise à faire sa déclaration sur un homme qu'autant qu'elle aurait de lui une*

Cf. PHAN Marie-Claude, « La séduction impunie, ou La fin des actions en recherche de paternité », dans *Les femmes et la Révolution française*, *2- L'individuel et le social, apparitions et représentations*, *op. cit.*, Pages 57-58 et 60.

[1379] *Cf. idem*, Page 58.

[1380] FORTUNET Françoise, *ibidem*.

[1381] FORTUNET Françoise, « Sexualité hors mariage à l'époque révolutionnaire : les mères des enfants de la nature », *op. cit.*, Page 191.

Cf. FILLON Anne, *Les trois bagues aux doigts, Amours villageoises au XVIII*e *siècle*, Paris, Robert Laffont, 1989, Pages 260-261 et 283 à 290. L'auteur rapporte un jugement du tribunal du Mans, qui fut rendu le 12 juillet 1793, dans lequel le séducteur fut condamné à décharger la mère de l'enfant *sitôt l'accouchement*, à l'élever et à verser à la mère 150 livres de dommages et intérêts pour défloraison et gésine.

[1382] *Infra* Chapitre 2, Section 2, § 1.

[1383] GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Page 60.

[1384] *Idem*, Pages 39 et 58.

promesse de mariage par écrit.[1385] A travers ce projet, on dénote une nette similitude avec la doctrine qui avait prévalu au cours du XVIIIe siècle : la parole des femmes était clairement mise en doute, et une argumentation portant sur une soit-disant propension de ces femmes à connaître charnellement plusieurs hommes plaidaient pour ne leur accorder aucune action contre leur séducteur. D'un autre côté, lors de la présentation du rapport sur un projet de décret sur la filiation naturelle, le 4 juin 1793, Cambacérès énonça que tout homme *honnête* qui faisait un enfant à *une femme libre* contractait un engagement ; et qu'une législation qui n'autoriserait plus à *trahir les espérances d'une femme trop confiante et d'abandonner ensuite les fruits d'une relation qui n'aurait peut être pas existé sans l'espoir honorable d'une union légitime* ne mettrait pas en péril la morale.[1386] En outre, Théophile Berlier (député de la Côte d'Or) espérait voir disparaître les infanticides et les expositions : *en écartant, et de la mère et de l'enfant, le signe de réprobation dont le préjugé les avait frappés, rendra, sans doute, les délits de cette nature extrêmement rares.*[1387] Pourtant, les mesures qui furent prises restèrent bien éloignées de ces discours qui pouvaient sembler imprégnés d'une certaine sollicitude envers les femmes séduites. D'ailleurs, les propos de Berlier s'avéraient empreints de misogynie, par exemple, lorsqu'il évoquait, à propos des désignations faites par les filles-mères des prétendus père, *un vrai commerce, un calcul de prostitution*.[1388] Dans les lois révolutionnaires qui s'appliquaient aux filles-mères, la notion de séduction ne fut jamais employée,[1389] ce qui augurait du déni qu'il leur fut opposé quant à la réparation de leur préjudice.

Par ailleurs, l'état de concubinage n'ouvrant aucun droit, les femmes escomptaient fréquemment que leur union se concrétisât par un mariage ; et pour un petit nombre d'entre elles, elles appréhendaient le statut d'illégitimité de leur couple comme une honte. Sans que cela entrainât une véritable reconnaissance légale, une tentative de *régularisation de la situation* avait quelquefois lieu à l'occasion du décès de l'un des membres du couple dans le contexte de la peine subie par la perte de l'être cher. Par exemple, le citoyen Lankin, joaillier à

[1385] Cité par GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Page 60-61. La date du projet n'est pas précisée.
[1386] CAMBACÉRÈS, cité par PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Page 59.
[1387] BERLIER, *Opinion sur les droits à restituer aux enfants nés hors du mariage, jusqu'à présent appelés bâtards*, 9 août 1793, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, « Des droits pour les bâtards, l'enfant naturel dans les débats révolutionnaires », dans THÉRY Irène et BIET Christian (dir.), *op. cit.*, Page 131.
[1388] BERLIER, *idem*, cité par PHAN Marie-Claude, « La séduction impunie, ou La fin des actions en recherche de paternité », *op. cit.*, Page 61.
[1389] PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Page 55.

Paris, lors du décès de sa domestique, revint sur la déclaration qu'il avait faite au commissaire de police dans laquelle il l'avait désignée comme *gouvernante d'enfants* ; il avouait qu'il avait été *uni plus étroitement* à elle, qu'il avait reconnu l'enfant qu'il avait eu d'elle, et qu'il comptait l'épouser, par conséquent il souhaitait qu'elle fut qualifiée *d'amie et de femme vivant avec lui depuis plus de deux ans*. Par ailleurs, un mariage au seuil de la mort constituait une alternative pour ceux qui souhaitaient régulariser leur union et protéger les intérêts de leur famille illégitime. Ce fut le cas d'un peintre, Mathis, qui, atteint par la maladie, sollicita le commissaire de police à son chevet afin de *faire le bien-être de son enfant ainsi que celui de la citoyenne Rosier*, sa concubine depuis sept ans ; en présence de deux témoins, Mathis dit qu'il *l'adopte pour son épouse et la petite fille pour son enfant*.[1390]

Les réformes révolutionnaires ne conduisirent à aucun changement par rapport à l'ancien droit en matière de puissance maritale[1391] ; donc les femmes non mariées bénéficiaient d'une égalité juridique de plein exercice, alors que pour les femmes mariées, les liens conjugaux entrainaient une aliénation partielle de leurs droits. Les filles-mères (et les veuves) détenaient seules la puissance domestique. En cas de concubinage notoire, aucun droit particulier n'était attribué au compagnon de la mère. L'exercice de la puissance relevait concurremment et sur un pied d'égalité des deux parents illégitimes. Dans l'hypothèse d'un conflit portant sur l'exercice de cette autorité entre la mère et le père naturels, les tribunaux pouvaient être saisis ; et les juges étaient censés statuer selon *le plus grand avantage des enfants*.[1392]

La question du statut des concubines fut soulevée en raison de l'absence de leur compagnon liée à la guerre. Suite à la déclaration de guerre du 20 avril 1792, le gouvernement et les sections parisiennes se rendirent compte que des secours devaient être versés aux familles des soldats.[1393] Dans un décret du 26-27 novembre 1792, la Convention décida d'allouer des secours *aux pères, mères et enfans des citoyens soldats volontaires, qui sont*

[1390] GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Pages 37-38.
[1391] *Cf.* HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, Page 124. Dans le premier projet de Code civil, le Comité de législation suggéra d'abolir la *ridicule puissance maritale* et l'incapacité de la femme mariée.
[1392] CLERE Jean-Jacques, « De quelques aspects juridiques de la condition des femmes pendant la Révolution française », dans CHARLOT Patrick, GASPARINI Éric (dir.), *La femme dans l'histoire du droit et des idées politiques*, Éditions universitaires de Dijon, 2008, Pages 153-154.
[1393] GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Page 36.

dans le besoin.[1394] La levée de 300 000 hommes eut lieu le 24 février 1793.[1395] Les sections durent rapidement répondre aux besoins de soldats qui souhaitaient assurer une certaine sécurité économique à leur famille. Un concubin, Bastien Dunand (rapeur de tabac), engagé volontaire, sollicita le commissaire de police de la section des Tuileries, le 11 mars 1793, afin *de recevoir sa déclaration qu'il regarde Marie Valard (ouvrière) comme s'il eût contracté mariage avec elle, qu'il reconnaît l'enfant qu'ils ont eu ensemble pour lui appartenir, comme aussi celui qu'elle porte dans son sein ; que désirant que la dite Valard avec qui depuis trois ans il vit et partage le fruit de ses travaux, profite des avantages que fait la section aux femmes des citoyens qui partent pour la Vendée*.[1396] Un décret du 4-5 mai 1793 accorda *des secours aux familles des militaires et des marins employés au service de l'État*, selon l'article 1er, tous les militaires étaient concernés, les volontaires et les appelés, et l'article 2 faisait référence, entre autres, aux épouses et aux enfants[1397] ; dès lors les femmes et les enfants illégitimes paraissaient exclus du champ d'application de la loi. A Paris, les sections, chargées de la distribution des secours, durent se déterminer elles-mêmes, compte tenu du silence de la loi. Toutes ne réagirent pas de la même manière quant à la possibilité d'assimiler les concubines aux femmes mariées pour l'obtention des secours. Le 15 mai 1793, l'assemblée générale de la section du Museum traita le cas de Anne Lemaure, une ouvrière qui était qualifiée de *respectable compagne* du citoyen Levasseur. La concubine n'eut pas droit à ces secours *parce qu'elle est hors la loi dès qu'elle n'est pas mariée avec le citoyen Levasseur* ; néanmoins l'assemblée ajouta : *est-ce dès lors à la section à pourvoir à l'existence de cette citoyenne ; et en acquittant une dette aussi sacrée, la section ne fait pas encore un grand sacrifice*, et conclut que Anne Lemaure devait percevoir, à défaut de secours, 40 livres par mois pris sur les 400 livres destinés à revenir à son compagnon à son retour de l'armée.[1398] On peut observer un certain soutien de la part de sans-culottes qui sollicitèrent l'obtention de droits pour les femmes illégitimes. La section de Bon-Conseil, par exemple, fit part à la Convention de son mécontentement quant à la loi sur les secours aux familles des soldats : *Elle n'a rien dit sur les êtres intéressants qu'un préjugé barbare avait jusqu'alors fait considérer comme illégitimes. Elle s'est également tue sur les citoyennes qu'un sentiment de*

[1394] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op.* cit., Tome cinquième, Page 74.
[1395] GODINEAU Dominique, *ibidem.*
[1396] GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Page 35.
[1397] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome cinquième, Page 334.
[1398] GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Page 36.

tendresse avait rendues fécondes, avant d'avoir rempli le vœu de la loi, c'est-à-dire en omettant la formalité qu'elle requiert pour autoriser l'union. Néanmoins, dans la pratique, en l'an II, les autorités des sections ne faisaient souvent pas de différences entre les femmes mariées et celles vivant en union libre.[1399]

Puis, un décret du 4 juin 1793 accorda *des pensions et des secours aux veuves des militaires décédés au service de l'État.*[1400] Les concubines dont les compagnons étaient décédés dans ces circonstances ne furent pas prises en considération par les législateurs. Quant à la distribution de ces secours, ce fut un décret du 15 septembre 1793 qui chargea *les municipalités chefs-lieux de canton de l'administration des secours attribués aux parens des défenseurs de la patrie*.[1401] Par un décret du 9-14 nivôse an II (29 décembre 1793-3 janvier 1794), la Convention édicta que le décret du 4 juin, était étendu aux familles des militaires tués aux armées.[1402] Dans le décret du 21-24 pluviôse an II (9-12 février 1794) qui régla *le mode de paiement des pensions, indemnités et secours accordés aux défenseurs de la patrie et à leurs familles*,[1403] la désignation des personnes qui avaient droit à des secours annuels ne faisait toujours spécifiquement état que des familles légitimes. Il s'avérait donc que le statut de femme mariée était indispensable pour celles qui tombaient dans le besoin du fait du départ à la guerre de l'homme avec lequel elles partageaient leur vie. Prenant en considération les différences de traitement des femmes non mariées et de leurs enfants quant à l'obtention des secours d'une section à une autre (alors que dans le même temps les enfants illégitimes reconnus avaient obtenu l'égalité successorale), quelques observateurs de police en appelèrent à la Convention afin qu'elle légifèrât à propos de cette question. Le 8 ventôse an II (26 février 1794), un député montagnard, Léonard Bourdon, soumit également à l'assemblée le problème *des citoyennes honnêtes qui se trouvent dans l'indigence depuis le départ de leurs maris « naturels » aux armées*.[1404]

Enfin, une mesure en faveur d'une partie des femmes et des enfants illégitimes fut adoptée par la Convention : le décret du 13-16 prairial an II (1er-4 juin 1794) qui détermina *le*

[1399] SOBOUL Albert, *op. cit.*, Page 231.
[1400] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome cinquième, Page 389.
[1401] *Idem*, Tome sixième, Pages 209-210.
[1402] *Id.*, Tome sixième, Page 445.
[1403] *Id.*, Tome septième, Pages 42 à 46.
[1404] GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Page 36.

mode de distribution des secours aux familles des défenseurs de la patrie, disposa, à l'article 13, que *les enfants reconnus par les défenseurs, qui sont restés orphelins, ou réunis à leur domicile en famille, ainsi que leur mères, lorsqu'elles auront rempli fidèlement les devoirs de la maternité par des soins continués avant et depuis l'enrôlement du père jouiront de tous les bienfaits du décret envers les enfans, mères et veuves des défenseurs de la patrie.*[1405] Toutefois, le cas des concubines n'ayant pas d'enfants ne fut pas évoqué dans la loi, c'était uniquement les mères des enfants nés hors mariage et reconnus qui étaient mentionnées. Tous les sans-culottes ne réagissaient pas d'une manière aussi progressiste et tolérante moralement parlant. En l'an III, le 20 messidor (8 juillet 1795), un membre de la commission des secours aux familles de soldats de la section de la Maison-Commune remarqua que des arrêtés de l'assemblée allouaient des secours *à des citoyennes qui ne sont point unies par les liens d'un légitime mariage à des citoyens qui sont aux frontières*, et l'assemblée refusa que sa commission accordât des secours aux femmes *qui ne justifieront pas d'un légitime mariage*.[1406] En effet, s'agissant de l'application au sein des sections de la disposition décrétée le 13 prairial an II, un certain nombre d'entre elles, dirigées par des modérés, se refusèrent, surtout après Thermidor, à prendre en compte parmi les bénéficiaires des secours, les concubines des soldats et leurs enfants.[1407]

A ces secours liés à la guerre, se surajoutaient, en vertu du droit à l'assistance qui avait été proclamé, des secours destinés de façon plus globale à ceux qui souffraient de la misère. Parmi les nécessiteux figuraient souvent des concubines délaissées. Le Comité de mendicité établi sous la Constituante avait élaboré un programme d'organisation sociale de l'assistance qui fut exposé, le 31 janvier 1791, par La Rochefoucault-Liancourt ; il fut repris par la Convention montagnarde pour structurer un véritable système de *protection sociale*.[1408] En faveur de l'indigence, la Convention établit d'abord une *nouvelle organisation des secours publics* par un décret du 19-24 mars 1793, l'article 5 édictait que *l'assistance du pauvre est une dette nationale*. A l'endroit *des femmes inscrites sur les états des pauvres*, l'article 12 prévoyait que la prise en charge de leurs accouchements incombait à des *accoucheurs et*

[1405] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome septième, Page 223.
[1406] SOBOUL Albert, *ibidem*.
[1407] GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Pages 36-37.
[1408] Sur le projet du comité de mendicité, *cf.* DUPÂQUIER Jacques, « Révolution et protection sociale », dans THÉRY Irène et BIET Christian (dir.), *op. cit.*, Pages 464 à 468.

accoucheuses établis dans les villes et les campagnes, et dont la capacité sera reconnue.[1409] Puis, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793 (qui précédait la Constitution de l'an I qui n'entra jamais en application) évoqua, à l'article 21, *une dette sacrée* à propos des secours publics qui devaient être procurés *aux citoyens malheureux* par *la société*. Après avoir mis en place les bases du dispositif de secours publics en mars, les conventionnels se préoccupèrent plus minutieusement de la question par le biais du décret du 28 juin-8 juillet 1793 *relatif à l'organisation des secours à accorder annuellement aux enfans, aux vieillards et aux indigens*. L'effort financier de l'État pour répondre à la détresse économique liée à la maternité des femmes indigentes fut l'une des avancées notables de cette loi. En effet, elle disposait que *les secours commenceront* pour les pères de famille *aussitôt que leurs épouses auront atteint le sixième mois de leur grossesse* (titre 1er, § Ier, article 6). Et, surtout, il est remarquable que les filles-mères[1410] ne furent pas rejetées du bénéfice des secours[1411] puisque la loi prescrivait qu'*il sera établi, dans chaque district, une maison où la fille enceinte pourra se retirer pour y faire ses couches ; elle pourra y entrer à telle époque de sa grossesse qu'elle voudra* (§ II, article 3). De plus, elle enjoignait que *toute fille qui déclarera vouloir allaiter elle-même l'enfant dont elle sera enceinte, et qui aura besoin des secours de la nation, aura droit de les réclamer* (article 4), que *pour les obtenir, elle ne sera tenue à d'autres formalités qu'à celles prescrites pour les mères de famille, c'est-à-dire, à faire connaître à la municipalité de son domicile ses intentions et ses besoins* (article 5), et qu'*il sera fourni par la nation aux frais de gésine et à tous ses besoins pendant le temps de son séjour, qui durera jusqu'à ce qu'elle soit parfaitement rétablie de ses couches : le secret le plus inviolable sera gardé sur tout ce qui la concernera* (article 7).[1412] Toutefois, les mesures

---

[1409] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome cinquième, Pages 255-256.

[1410] *Cf.* KNIBIEHLER Yvonne, « L'enfant au sein de l'espace public », dans LÉVY Marie-Françoise (dir.), *op. cit.*, Page 82. Pour l'auteur, cette appellation de *filles-mères* était *une expression nouvelle et significative : faire place dans le langage à des mères sans mari, c'est déjà admettre que des femmes puissent répondre seules de leurs enfants, que le couple mère-enfant puisse exister sans aucun père, ou du moins sans autre père que l'Etat pourvoyeur de fonds.*

[1411] *Cf.* LEFAUCHEUR Nadine, « Des bâtards aux filles mères ou du modèle angélique au modèle patriotique », dans THÉRY Irène et BIET Christian (dir.), *op. cit.*, Pages 495-496. L'auteur parle d'un *modèle démo-patriotique*, dans lequel *apparaît* (…) *comme le moindre mal tout ce qui peut favoriser l'allaitement des enfants par leur mère, y compris la déstigmatisation de l'illégitimité* (…).

Cf. PHAN Marie-Claude, « La séduction impunie, ou La fin des actions en recherche de paternité », *op. cit.*, Pages 56-57. L'auteur évoque (en citant le rapport de Maignet à la Convention le 26 juin 1793 qui établissait qu'*honorer cette maternité* revenait à *faire procès aux bonnes mœurs*) *des législateurs tiraillés entre la volonté de supprimer les discriminations et celle de ne pas heurter la morale.*

[1412] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome cinquième, Pages 447 à 453.

d'application du décret du 28 juin 1793 ne suivirent pas.[1413] Les maisons d'accouchement de district ne furent pas instituées,[1414] et les secours promis aux filles-mères se firent attendre.[1415] Tout ceci d'autant plus que certains objectifs de la loi s'avéraient difficilement réalisables, la maternité naturelle restait appréhendée comme *honteuse*.[1416]

Si les conventionnels de l'an II optèrent clairement pour une politique prenant en considération les besoins des filles-mères, ce fut surtout par souci de la sauvegarde des enfants. Un décret du 13 pluviôse an II (1er février 1794) alloua *un secours de dix millions aux communes.*[1417] Il fut suivi par une circulaire adressée aux 48 sections de Paris qui intégrait parmi les bénéficiaires des secours *les enfants nés ou conçus hors du mariage et que leurs mères prendraient l'engagement d'allaiter elles-mêmes* ;[1418] liant ainsi prescription d'hygiène publique et assistance. Cette disposition ne fut pas davantage mise en pratique. On relève une seule application, significative (au regard de l'énonciation du principe qui avait prévalu lors de la rédaction du décret du 28 juin 1793) quant à la politique nouvelle vis vis à des filles-mères. Par un décret du 17 pluviôse an II (5 février 1794), *la Convention nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de secours publics sur la pétition de la citoyenne Braconnier* […] *qui étant venue à Paris solliciter la liberté du citoyen Loison, dont elle devait être l'épouse, y est accouchée* […] *d'un garçon pour lequel, ainsi que pour elle-même, elle réclame des secours. Considérant qu'il importe à la régénération des mœurs, à la propagation des vertus et à l'intérêt public d'encourager les mères à remplir elles-mêmes le*

[1413] SOBOUL Albert, *op. cit.*, Page 91.

[1414] *Cf.* LEFAUCHEUR Nadine, *op. cit.*, Page 492. L'auteur note que *jusqu'en 1889, les seuls asiles où les filles mères et les femmes adultères pouvaient accoucher secrètement restaient, avec la Maternité-École d'accouchement de Paris, de rares salles d'hôpitaux, des chambres chez des sages-femmes privées et quelques refuges pour filles repenties fondés au XIXe siècle par des congrégations religieuses*.

[1415] *Cf.* MURAT Daniel, « Mères et filles-mères dans le Gard durant la Révolution », dans *Les femmes et la Révolution française*, *2- L'individuel et le social, apparitions et représentations*, *op. cit.*, Pages 43 à 49. L'auteur constate, dans le cadre de l'hospice de Nîmes, que *les premiers secours ne seront versés qu'à partir de 1797*, que *ces secours servent surtout à la mère pour trouver une nourrice*, qu'*à partir de 1798 les secours aux filles-mères deviennent plus nombreux*, et qu'*à partir de 18OO plus aucun secours n'est proposé*. Il signale que *dès 1793, la possibilité d'accoucher* (à l'hôpital général) *était systématiquement donnée par la municipalité*.

[1416] *Cf.* PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Pages 57-58. S'agissant de la disposition favorisant l'allaitement maternel, l'auteur affirme que *l'assimilation* […] *de la femme sans époux à la mère de famille était donc posée plutôt comme une mesure pour l'avenir, pour des temps où l'opinion plus éclairée, pourrait accepter cette situation*. Tandis que *la disposition préconisant la prise en charge par les pouvoirs publics des filles enceintes ou proches de leurs couches* apparaît *plus immédiatement applicable dans le contexte des mentalités d'alors*.

[1417] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit*, Tome septième, Page 30.

[1418] GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Page 62.

devoir sacré d'allaiter et de soigner leurs enfants ; que tous les enfants appartiennent indistinctement à la société, quelles que soient les circonstances de leur naissance ; qu'il importe également d'anéantir les préjugés qui faisaient proscrire ou abandonner, au moment même de leur existence, ceux qui n'étaient pas le fruit d'une union légitime ; que c'est d'après ce principe que l'article 4 du § 2 du titre Ier de la loi du 28 juin 1793 […] *et que la même loi a pourvu* […] *à tout ce que pouvait exiger, en pareil cas, l'intérêt de la mère et de l'enfant. Décrète que* […] *la Trésorerie nationale paiera à la citoyenne Braconnier, la somme de cent cinquante livres, à titre de secours provisoire pour elle et son enfant.*[1419] Quant au décret du 22-27 floréal an II (11-16 mai 1794) qui ordonna *la formation d'un livre de la bienfaisance nationale*, il ne prit pas en compte les filles-mères puisque cette *bienfaisance nationale* ne visait, selon l'article 1er du titre III, que *les mères et les veuves chargées d'enfans, et habitant la campagne*.[1420] Tout comme pour les deux décrets précédents de mars et juin 1793, la phase de mise en œuvre de ces dispositions fut inexistante.[1421] De surcroit, la politique de secours à l'attention des filles-mères ne connut qu'une existence théorique et très temporaire puisque la Convention ne pouvait pas assumer cette charge budgétaire et que cette politique fut écartée dès l'an III.[1422] Dans l'ensemble, les dispositifs censés secourir les filles-mères se révélèrent bien lacunaires, aucune amélioration plus globale de leur condition ne fut mise en œuvre : *il n'y eut pas pendant la Révolution de politique de « réhabilitation » des filles-mères*.[1423]

La loi n'avait par ailleurs rien prévu par rapport à la séparation d'un couple de concubins et aux effets engendrés, sauf à relever une forme déclaratoire de séparation (qui fut usitée aussi par des couples mariés, le décret du 4 floréal an II prévoyant la prononciation du divorce sur la seule production d'un acte de notoriété) qui présentait *un caractère quasi légal* pour ces concubins. En effet, ce fut quelquefois des commissaires de police qui eurent à régler

---

[1419] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome septième, Pages 36-37.

[1420] *Idem*, Tome septième, Pages 199 à 203. En outre, l'article 2 indiquait : *il faudra être femme ou veuve indigente de cultivateur ou d'artisan*.
Cf. DOUSSET Christine, « La perception de la pauvreté féminine sous la Révolution (dans la législation sur l'assistance) », dans *Les femmes et la Révolution française*, *1-Modes d'action et d'expression, Nouveaux droits-Nouveaux devoirs*, Actes du colloque international, 12-13-14 avril 1989, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1989, Pages 400-401. L'auteur constate que *la femme n'est donc pas conçue en dehors de son statut de mère, ou à défaut d'épouse*.

[1421] DUPÂQUIER Jacques, *op. cit.*, Page 472.

[1422] PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Page 58.
Sur l'arrêt de cette expérience, *Cf.* DUPÂQUIER Jacques, *op. cit.*, Page 475.

[1423] GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Page 62.

cette question lorsque des femmes se présentèrent devant eux pour leur faire part de leur volonté de se désunir de leur compagnon et dans le but qu'ils déterminassent les modalités de la séparation quant aux enfants et aux biens. Ce fut ce qui arriva pour Anne-Louise Paris, à qui son concubin, Thomas Panet, promit, devant le commissaire de police, de payer *tout ce qu'elle avait en entrant avec lui, plus 600 livres d'indemnités de temps qu'elle a passé chez lui ; que quant à l'enfant qu'il a eu avec elle, il lui donnera 10 livres par mois si elle veut le garder et, si elle ne le veut pas, il le gardera et il en aura soin*. Un commissaire de police fut même conduit à ordonner une séparation, il s'agissait de celle d'un couple de concubins qui, après une violente dispute qui perturbait l'ordre public, furent emmenés devant ce commissaire auquel la concubine confia *qu'elle vit depuis trois ans avec le particulier* [...] *arrêté, que déjà ils ont eu plusieurs différents ensemble et toujours par lui conciliés, mais qu'il y a deux mois ayant été conduits par devant lui, il fit défense au dit particulier de ne plus retourner chez elle attendu la déclaration qu'ils firent réciproquement de ne vouloir plus se hanter ni se fréquenter et demandèrent sa médiation pour opérer le partage des effets qui avaient été mis dans la chambre qu'ils habitaient.* Le concubin qui n'avait pas respecté la décision du commissaire fut emprisonné.[1424]

En outre, il est intéressant de signaler un type particulier d'implication pour obtenir une amélioration du sort des femmes illégitimes. Il s'agit de celle de Perrière, un observateur de police qui réclama une loi, le 11 ventôse an II (1er mars 1794), pour sanctionner l'abandon d'une concubine et de ses enfants, il comptait sur le législateur pour décréter *une peine sévère contre quiconque ayant vécu notoirement avec une femme se permettrait de l'abandonner, elle et les enfants qu'elle aura eus pendant le temps de cohabitation avec lui*.[1425] Sa requête n'eut aucune suite. De manière générale, l'abandon d'une femme enceinte ou d'une mère par son concubin était mal perçu par la société dans le contexte de valorisation du *bon* père de famille ; alors que la condition d'une concubine sans enfants abandonnée par son compagnon, pouvant se retrouver elle aussi en proie à la misère, du fait de la rupture du soutien économique apporté par leur couple, ne suscitait aucunement la commisération. Mais, dans l'un et l'autre cas, les législateurs n'intervinrent pas pour résoudre ces situations.

[1424] GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Pages 51-52.
[1425] *Idem*, Page 39.

Par un contraste bizarre et cruel, pendant qu'on exige qu'une mère naturelle se soumette à cette obligation [d'avouer sa grossesse]*, on déclare bâtard l'enfant qu'elle porte dans son sein ; c'est-à-dire qu'on le prive des droits de l'homme civil, et qu'on jette ainsi un caractère infâmant sur sa mère et sur lui*.[1426] En effet, au triste sort des mères naturelles était lié celui de leurs enfants. Un certain nombre d'esprits éclairés et des législateurs révolutionnaires prirent en considération l'état de relégation dans lequel avaient été confinés les bâtards sous la période précédente, et ils cherchèrent à y remédier, allant même jusqu'à admettre, de manière conceptuelle, une filiation légitimée par un mariage non formalisé.

Chapitre 2 - L'intégration des *enfants de la nature* : une nécessaire intrusion du droit dans le domaine des unions hors mariage

Souffrant d'une lourde réprobation sociale depuis des siècles, les bâtards firent l'objet de divers écrits en leur faveur qui aboutirent à une profonde modification de leur statut (section 1). Pour ne pas mettre en péril l'institution matrimoniale, ces enfants nés hors mariage furent alors placés *presque au même rang que les légitimes*[1427] en fonction de conditions restrictives ; et pour ceux d'entre eux qui n'étaient pas admis à ce rang, ils devaient être recueillis comme enfants de la Patrie (section 2).

Section 1 – Les nouvelles idéologies appliquées aux enfants nés hors mariage

La situation d'infériorité des enfants illégitimes souleva de vives protestations sous différentes formes (§ 1). Il parut dès lors nécessaire d'accorder la législation avec les conceptions de ce temps plus éclairé (§ 2).

[1426] *Encyclopédie méthodique*, *Jurisprudence*, Tome neuvième, *op. cit.*, « Abandon », Page 2.

[1427] CAMBACÉRÈS, *Rapport et projet de décret sur les enfants naturels* présentés le 4 juin 1793, cité par FORTUNET Françoise, « De l'égalité dans la différence : les enfants dans le droit révolutionnaire », dans LÉVY Marie-Françoise (dir.), *op. cit.*, Page 345.

§ 1 : Des démonstrations divergentes de l'iniquité de la condition des bâtards

Alors que Montesquieu avait clairement jeté l'opprobre sur les conjonctions illicites et par conséquent sur les enfants qui en étaient nés, allant même jusqu'à considérer qu'ils devaient être davantage flétris dans un état républicain que dans une monarchie,[1428] tout en relevant que la loi naturelle ordonnait aux pères de nourrir leurs enfants et que les mères, sujettes à la même obligation avaient des difficultés pour y pourvoir ;[1429] les opinions favorables à un adoucissement du statut des enfants naturels se multiplièrent à la veille de la Révolution et au cours de celle-ci.

Dans l'*Encyclopédie,* l'article consacré au *bâtard ou enfant naturel qui est un terme plus adouci* ne contenait pas la moindre dénonciation du statut pourtant contestable attaché à la naissance hors mariage, par conséquent rien n'était proposé pour atténuer la rigueur de la loi civile. Il constatait seulement les divers aspects de l'infériorité sociale en rappelant la loi, sans innovation par rapport aux dictionnaires de droit du XVIIIe siècle.[1430] Pourtant, en 1762, Diderot, dans une lettre à sa maitresse, Sophie, écrivit un véritable plaidoyer en faveur des enfants naturels : *Ce que vous me dites sur la légitimité des enfants est misérable* […]. *C'est relativement à la société le plus petit inconvénient de n'avoir point de parents ; c'est même quelquefois un avantage* […]. *Qui est-ce qui s'avise de demander si d'Alembert a un père ou n'en a point ?* […] *Nous autres, nous sommes tous enfants de la passion, de l'instant, du hasard, du sacrement, des ténèbres et de la nuit.* […].[1431]

Au cours de la seconde moitié du XVIIIe siècle, les abandons d'enfants était devenu un fléau que la sévérité des lois et surtout les interdits sociaux contribuaient à maintenir, en ne remédiant en rien à la *crise morale.*[1432] Lorsque Rousseau, *sans le moindre scrupule*, s'était

---

[1428] MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, *op. cit.*, Liv. XXIII, Chap. VI. *Dans les Républiques, où il est nécessaire que les mœurs soient pures, les bâtards doivent être plus odieux que dans les monarchies.*
[1429] *Idem*, Liv. XXIII, Chap. II. *Le père, qui a l'obligation naturelle de nourrir et d'élever les enfants, n'y est point fixé ; et la mère, à qui l'obligation reste, trouve mille obstacles ; par la honte, les remords, la gêne de son sexe, la rigueur des lois : la plupart du temps elle manque de moyens.*
[1430] DIDEROT, D'ALEMBERT, *op. cit.*, Tome II, Article « Bâtard », Pages 138-139.
[1431] PEROL Lucette, « Diderot, Sophie et la paternité », dans *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, 1988, Volume 5, Numéro 1, Page 24.
[1432] CHARPENTIER Jehanne, *op. cit.*, Page 107.

déterminé à abandonner leur enfant, il avait du convaincre sa concubine, Thérèse, *d'adopter cet unique moyen de sauver son honneur*.[1433] Le philosophe se justifiait d'avoir abandonné ses enfants illégitimes en écrivant : *Je gagne au jour la journée mon pain avec assez de peine, comment nourrirais-je une famille ? Quand je pourrais entretenir de mon vivant ces infortunés destinés à souffrir un jour, ils paieraient chèrement d'avoir été tenus un peu plus délicatement qu'ils ne peuvent l'être où ils sont*.[1434] En effet, en plus des enfants (souvent légitimes) abandonnés par des parents accablés par la misère, des nouveaux-nés, fruits d'amours illégitimes, étaient abandonnés par leurs auteurs, et ce même dans les milieux favorisés,[1435] en raison du préjugé de bâtardise qui les accablaient ; on peut citer le cas de D'Alembert qui était né (le 16 novembre 1717) d'un couple illégitime et avait été abandonné par sa mère : il fut exposé sur les marches d'une église.[1436] Le baron d'Holbach, dans S*ystème social* (publié en 1773) affirmait qu'*un code moral ou un recueil de lois relatives aux mœurs serait évidemment bien plus utile aux nations que la jurisprudence informe, barbare et souvent très injuste, qui sert à les guider.*[1437] Les mentalités évoluaient et une récusation du rejet sociétal des bâtards se fit jour : *quand quelque préjugé accrédité, respecté, étayé de la morale publique, devient une cause perpétuelle de crimes, lorsque des institutions civiles fécondent encore cette malheureuse disposition des esprits, que peuvent des lois sévères, sinon ajouter de nouveaux malheurs à ceux qu'elles cherchent à prévenir par des châtiments ?*[1438] Dans plusieurs articles de l'*Encyclopédie Méthodique*,[1439] on observe une forte détermination pour sensibiliser l'opinion quant à la nécessité de modifier profondément la législation relative aux enfants naturels qui était dénoncée comme offrant *un caractère de partialité révoltante, un abus du pouvoir, et un aveuglement barbare dans le premier de ses*

[1433] ROUSSEAU, *Les Confessions*, II, cité par CHARPENTIER Jehanne, *ibidem*.
[1434] ROUSSEAU, *Lettre à Mme de Francueil*, 20 avril 1751, cité par CHARPENTIER Jehanne, *idem*, Page 106.
[1435] CHARPENTIER Jehanne, *id.*, Page 107. L'auteur constate que dans cette société, *si raffinée, où l'on manie à ravir l'urbanité et le cynisme, une sorte de complaisance tacite des pouvoirs publics et de l'opinion favorise le dérèglement moral.*
[1436] Sur la filiation naturelle de d'Alembert, *cf.* CHARPENTIER Jehanne, *id.*, Pages 110 et 116 à 118.
[1437] HOLBACH, S*ystème social ou Principes naturels de la morale et de la politique, avec un examen de l'influence du gouvernement sur les mœurs*, III, VIII, cité par CHARPENTIER Jehanne, *id.*, Page 107.
[1438] *Encyclopédie méthodique*, *Jurisprudence*, Tome neuvième, *op. cit.*, « Abandon », Page 2.
[1439] En particulier, les articles « Abandon », « Bâtard », et « Enfant trouvé », dont l'auteur était PEUCHET (plus précisément, il était l'auteur des tomes IX et X de l'*Encyclopédie méthodique*, partie *Jurisprudence*), *cf.* BERTHE Léon-Noël dans ROBESPIERRE Maximilien de, *Les droits et l'état des bâtards*, Arras, Académie des sciences, lettres et arts, 1971, Pages 49-50 et 93, note 60.

intérêts.[1440] Une argumentation étayée soulevait l'*injuste rigueur* de lois *dictées sans doute par l'erreur* : *Les bâtards sont incapables de succéder à leurs père et mère ? Pourquoi cela ? Est-ce qu'un homme n'est plus tenu de remplir les devoirs de père envers un enfant, dès qu'il l'a produit hors des liens d'une union civile ? Les lois civiles sont-elles donc un moyen de violer impunément celles de la nature ?* […] *est-ce la permission civile, le contrat qui fait le titre de père, qui en établit les devoirs, qui en constitue les droits ? S'ils sont indépendans de l'acte civil ou religieux qui unit l'homme et la femme, comment peut-on concevoir qu'on ait pu priver le bâtard, des droits de partager les biens du père avec les autres enfans, droits qui découlent de son titre de naissance ?*[1441] L'encyclopédiste allait jusqu'à nier le concept d'illégitimité : *nous ne pouvons pas concevoir ce que c'est qu'un homme illégitime, quelqu' explication qu'on en donne*.[1442] En outre, était soulevée une inégalité de traitement entre les enfants nés hors mariage ; en effet, ceux dont les parents étaient issus des milieux favorisés *jouissent par la douceur de nos mœurs, des mêmes égards dans la société, que ceux qu'on appelle enfants légitimes, à quelques exceptions près dans les transactions civiles, les alliances etc*.[1443] *La privation du droit de famille, que l'on prononce injustement* contre les bâtards était attaquée ; leur stigmatisation apparaissant être à l'origine de nombre d'abandons d'enfants devait disparaître aussi pour cette raison : *une chose, sans laquelle tout ce qu'on pourroit faire ne produira qu'un bien imparfait, c'est la destruction du préjugé de bâtardise, de cette étrange idée qui flétrit un homme innocent, le punit d'une espèce de mort civile, et le force, en quelque sorte, d'être un ennemi de la société, parce qu'on l'y prive des droits qu'il tient de la nature, et que personne ne devroit pouvoir lui ôter.*[1444] On constate, avec cette référence à la *mort civile*, la véhémence toute particulière caractérisant ces articles de l'*Encyclopédie Méthodique.*

A la veille de la Révolution, la condition des enfants nés hors mariage devenait une question de société. En 1784, la Société Royale des Sciences et des Arts de Metz proposa (avec une adjudication de prix prévue en 1786) une dissertation dont le sujet était le suivant : *Quels seroient les moyens compatibles avec les bonnes mœurs d'assurer la conservation des bâtards et d'en retirer une plus grande utilité pour l'État ?* Robespierre ne prit pas part au

---

[1440] *Encyclopédie méthodique*, *Jurisprudence*, Tome neuvième, *op. cit.*, « Bâtard », Pages 407-408.
[1441] *Ibidem*.
[1442] *Encyclopédie méthodique*, *Jurisprudence*, Tome dixième, *op. cit.*, « Enfant trouvé », Page 143.
[1443] *Idem*, Tome neuvième, « Bâtard », Page 409.
[1444] *Id.*, Tome dixième, « Enfant trouvé », Pages 141 et 143.

concours de l'Académie de Metz, il se servit de ses observations pour faire l'ouverture de la séance de l'Académie d'Arras dont il était alors directeur.[1445] Il opta pour une position nettement moins impétueuse (que celle prise dans l'*Encyclopédie Méthodique)* lorsqu'il aborda ce sujet du statut des bâtards en juriste, en avocat ; et qu'il fit part dans un discours, le 27 avril 1786, de ses *Observations sur cette partie de la législation qui règle les droits et l'état des Bâtards*. Voici les termes, quelques peu flatteurs, dans lesquels il exposa le sujet : *Travailler à la conservation et au bonheur d'une portion intéressante de l'humanité, arracher à la misère et au trépas des milliers d'hommes que leur foiblesse et la dureté des auteurs de leurs jours condamne à périr ; présenter à la fois au gouvernement l'idée et les moyens de tarir une des sources des misères publiques, attacher son nom à un des plus beaux monumens de la législation et s'élever au rang des bienfaiteurs de l'humanité, sans autre autorité que celle de la raison, sans autre puissance que celle du génie, ces idées sont faites sans doute pour élever l'âme et pour enflammer l'imagination.* (A cet égard, il signalait aussitôt qu'il n'avait pas *eu la folle présomption d'oser prétendre à une si haute destinée*, et s'il ne pouvait *résoudre cette importante question*, il était du moins *glorieux de s'en occuper*.) D'abord, Robespierre constatait que les bâtards *sont citoyens*, et que *tout impose à la patrie le devoir sacré de veiller efficacement à leur conservation*. Il émettait quelques *idées générales* mais non négligeables ; il fallait identifier *la source du mal* pour l'anéantir. Et, à cet effet, il pensait que *la manière la plus satisfaisante de résoudre l'important problème* (…) *seroit sans doute de trouver les moyens de diminuer le nombre des unions illicites.* Dans cette optique, *la réforme des mœurs* était primordiale. Mais Robespierre disait aussitôt que ce n'était pas réalisable, car *ces idées sont étrangères à l'esprit de la politique moderne*. Par contre, la religion pouvait ici s'avérer plus efficace que les gouvernants étant donné que si *la loi abandonne le citoyen à lui-même au moment où il se renferme dans l'intérieur de sa propre maison ; la religion seule a droit d'y rentrer avec lui ; elle le suit jusque dans l'enceinte de ses murs impénétrables qui le dérobent aux regards de la société*. Les deux causes principales *des dangers auxquels les bâtards sont exposés* étaient *la honte et la misère*, lesquelles poussaient les mères à l'abandon. S'agissant de la première cause, *il faut bien se garder de l'affoiblir*, conseillait Robespierre. C'était à la seconde, qu'il fallait s'attaquer, car *la misère corrompt les mœurs du peuple*, et notamment *elle le force à fuir le joug du mariage*, *tandis que la nature l'entraîne vers le but de cette union et l'invite à donner le jour à des êtres malheureux* (…).

[1445] BERTHE Léon-Noël, *Introduction* dans ROBESPIERRE Maximilien de, *op. cit.*, Page 12.

Robespierre relevait que *l'un des moyens les plus salutaires* pour parer aux abus en matière de mœurs était *d'encourager les citoyens au mariage*. Il dénonçait alors le célibat (principalement celui des domestiques) et attachait de considérables vertus au mariage. Puis, revenant à l'objet même de sa dissertation, il blâmait (comme Montesquieu) l'édit d'Henri II, en raison des *maux* qu'il avait engendré et suggérait *qu'on la laisse dans l'oubli* et qu'en substitution, la fille-mère choisisse une proche parente pour lui faire part de sa grossesse ou témoigner de son accouchement, et ainsi lui éviter *de faire inscrire son déshonneur dans les registres publics*. Il préconisait des moyens visant à amoindrir la rigueur de la condition des bâtards, la loi relative à la légitimation lui apparaissait emplie d'un *esprit de justice et de sagesse*, et offrant *le plus puissant motif de renoncer à la funeste liberté d'un commerce illicite* […]. Bien que favorable à la légitimation des enfants adultérins, il ne comptait pas sur sa légalisation compte tenu des objections sur le plan moral. L'un des moyens *de pourvoir à la sûreté des bâtards*, était de leur rendre *l'appui d'un père*, sans envisager des lois le contraignant à reconnaître son enfant en raison de *l'incertitude qui accompagne toujours la paternité* mais plutôt en comptant sur *la force de l'opinion* et sur les mœurs attachées aux *principes de l'humanité* et aux *lois de l'honneur*, et en condamnant le père ayant refusé de pourvoir aux besoins de son enfant naturel à *une amende arbitraire* (Robespierre précisait que *cette condamnation n'emporteroit point infâmie*). Ensuite, il proposait la solution de l'adoption pour les enfants délaissés, avec un droit à l'héritage contenant des restrictions pour les adoptés. Par ailleurs, il mettait en avant la nécessité d'améliorer le système des hospices destinés aux enfants abandonnés, entre autres en diminuant l'étendue des hôpitaux et en en multipliant le nombre, ainsi les parents une fois unis *par des nœuds légitimes* pouvaient espérer retrouver et récupérer leurs enfants (ce qui était tragiquement impossible dans de trop vastes établissements) et par là même il revenait encore à son objectif d'*exciter au mariage*. Pour conclure, après avoir évoqué l'établissement d'*une législation sage et humaine* pour *fixer en général les droits et l'état des bâtards dans la société et dans les familles* dans l'avenir ; Robespierre confessait la faiblesse de ses réflexions, son *impuissance* quant à solutionner *la conservation* de tous les enfants naturels.[1446] Le positionnement de Robespierre était modéré, il dénonçait la situation sociale déplorable des enfants naturels, et voulant améliorer leur sort, il envisageait le versement d'une pension alimentaire par le père, sans aller jusqu'à l'obtention des droits de famille donc sans leur accorder aucun droit de succession. Donc, il se contentait

---

[1446] ROBESPIERRE Maximilien de, *op. cit.*, Pages 55 à 100.

de régulariser la pratique des aliments. Il ne prévoyait pas l'égalité totale entre enfants légitimes et enfants illégitimes (il mettait toujours en avant la valeur primordiale de l'institution matrimoniale).

Le capitaine de Bousmard fut le lauréat désigné par l'Académie de Metz pour son *Mémoire sur cette question : Quels seroient les moyens compatibles avec les bonnes mœurs, d'assurer la conservation des Bâtards et d'en tirer une plus grande utilité pour l'État ?* [1447] Tout comme Robespierre, il traita ce sujet des enfants nés hors mariage en abordant celui des enfants abandonnés. Il blâmait d'emblée les hospices qualifiés de *prisons infectes et mal-saines*. Et analysant la condition sociale de ces infortunés, il haranguait en ces termes : *Les préjugés de cette société, pires pour eux encore que ses loix, vont leur déclarer la guerre, et après les avoir marqués du sceau de l'ignominie, dès le berceau, les abreuveront d'opprobre pendant toute leur vie, leur refuseront les droits du citoyen et même de l'homme!* Il jugeait que la nature les avaient fait naître égaux aux autres hommes, c'était *un concours* (…) *des loix, des mœurs, des usages et des préjugés civils et religieux* qui les avaient placés au dernier rang de la société.[1448] La solution préconisée par Bousmard était l'adoption.[1449]

En 1789, parmi les cahiers de doléances, quelques-uns relevaient la sévérité excessive du traitement infligé aux bâtards, ils proposaient que leurs biens (dans le cas où ils étaient décédés sans héritier direct) ne fussent plus octroyés au roi ou au seigneur (afin que ces biens profitassent aux fabriques des paroisses ou à des bureaux de charité), ou même que les bâtards bénéficiassent d'*une existence civile et politique* (suivant l'exemple de ce qui se pratiquait, entre autre, dans les États de l'Empereur, *attendu que la nation française ne doit le céder à aucune autre en humanité*).[1450] Plusieurs cahiers de doléances (en Bretagne, dans les pays de Loire et en Provence) se préoccupèrent du statut défavorable des enfants nés hors mariage, notamment en requérant qu'on leur conférât le droit d'hériter mais seulement des biens

---

[1447] BOUSMARD de, *Mémoire sur cette question : Quels seroient les moyens compatibles avec les bonnes mœurs, d'assurer la conservation des Bâtards et d'en tirer une plus grande utilité pour l'État?* Metz et Paris, chez Prault, 1788, dans ROBESPIERRE Maximilien de, *op. cit.*, Page 113.
[1448] BOUSMARD de, *op. cit.*, Pages 101-102.
[1449] *Idem*, Page 110.
[1450] *Cf.* SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 317.

maternels.[1451] La noblesse de Touraine réclamait une loi *qui assurerait à jamais l'état et la subsistance des bâtards*.[1452] Le cahier du Tiers État de Dijon sollicitait *un moyen d'améliorer le sort des bâtards en les rendant utiles à l'État* et ajoutait *qu'à l'avenir ils pourront être admis comme tous les autres citoyens à tous les emplois de la société*.[1453] *Les bâtards n'ayant pas moins de droits que les autres enfants à l'humanité et à la protection des lois et devenant presque toujours les innocentes victimes de la honte des auteurs de leurs jours, il est juste que ces mêmes lois veillent pour eux au défaut de la nature, et qu'à cette fin n'en soit plus reçu dans ces asiles de mort connus sous le nom d'hôpitaux ; mais qu'aux soins et à la diligence des procureurs du roi, le père de l'enfant et à défaut la mère soient tenus de les faire nourrir et d'en rendre compte*, c'était de cette façon que le cahier de Beaumont-de-Lomagne (Tarn et Garonne) soulignait l'extrême précarité de l'état de ces enfants tout en proposant d'y remédier.[1454] Le cahier du district des Théatins (Paris) suggérait qu'on *détruise pour jamais ce préjugé honteux qui flétrit les bâtards et ce, en les admettant indistinctement dans toutes les fonctions publiques et privées*.[1455] Néanmoins, dans l'ensemble, les doléances en leur faveur furent très peu nombreuses et ne révélaient pas une conception particulièrement progressiste de leurs droits. Par ailleurs, les cahiers des députés aux États généraux ne contenaient pas de réflexions marquant une désapprobation vis-à-vis des actions en recherche de paternité, qui avaient soulevé quelques récriminations à la fin l'Ancien Régime.[1456]

L'impérieuse nécessité d'une amélioration des droits des bâtards ne faisait absolument pas l'unanimité, en témoigne le *Nouveau Code civil* que présenta, en 1789, un juriste, d'Olivier, à l'Assemblée nationale constituante. Il y consacrait l'appréhension du statut des enfants nés hors mariage par l'ancien droit : *Les enfants illégitimes ne succèdent point « ab*

[1451] BURGUIÈRE André, « La famille et l'État, Débats et attentes de la société française à la veille de la Révolution », *op. cit.*, Page 155.
[1452] Cité par BART Jean, « Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille », *op. cit.*, Page 189.
[1453] Cité par GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 111, note 10.
[1454] Cité par GOUBERT Pierre, DENIS Michel (présentés par), *op. cit.*, Page 185.
[1455] Cité par CHARPENTIER Jehanne, *op. cit.*, Page 115.
[1456] *Cf.* AYRENX Jacques d', *op. cit.*, Pages 38 à 41. Cet auteur remarquait que *les jurisconsultes les plus éminents de la fin de l'ancien droit, tels que Pothier, Domat, Lebrun et des spécialistes du sujet tels que Papon, Poullain-Duparc, Fournel, Bacquet, les philosophes et les encyclopédistes du dix-huitième siècle ne mentionnent point les critiques qu'auraient soulevé les procédés de notre ancienne jurisprudence.* (…) *il n'en est pas moins acquis que des protestations émanant d'hommes mêlés à la vie judiciaire de leur temps s'étaient élevées.*
GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 111.

intestat » aux biens de leurs parents paternels ni maternels et ne peuvent demander sur ces biens que des aliments convenables.[1457]

Malgré les réticences, le mouvement d'opinion était enclenché et il restait dès lors aux membres des assemblées révolutionnaires, dans l'esprit d'égalité qui les guidait, à réformer la législation relative aux bâtards.

§ 2 : Des droits pour les enfants naturels et une certaine reconnaissance de la légitimité de ceux nés de *mariages privés*

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, en énonçant, à l'article 1er, l'égalité en droits, contrariait l'état d'infériorité dans lequel avait été relégué jusque là tout être né d'une union illégitime. Et en énonçant, à l'article 6, l'égalité devant la loi, et par conséquent que tous les citoyens *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*, elle abrogeait le principe de l'incapacité des bâtards à exercer des charges publiques. Les bâtards furent déclarés *enfants naturels* par l'Assemblée Nationale Constituante.[1458] En 1790, quelques projets de lois soumis à l'Assemblée Constituante comptaient abolir la condition défavorable de l'enfant illégitime en matière de rapports successifs. Par exemple, le 31 décembre 1790, J.-B. Oudet père et fils soumirent leur projet sur les successions testamentaires et les substitutions, dans lequel l'évolution de la condition des bâtards était encore mince : il attribuait *une moitié des biens du père ou de la mère aux enfants naturels, pour leur légitime entre eux tous, s'il n'y a aucun enfant légitime*.[1459]

Quant l'Assemblée Nationale n'aurait point fait une loi positive de l'égalité de tous les hommes ; quand elle n'aurait point établi sur les bases de la raison des moyens de bonheur et de liberté sociale, la justice naturelle, la religion, la philosophie se réuniraient pour demander la proscription de la bâtardise, […] *pour effacer de la législation française ces*

[1457] D'OLIVIER, *Nouveau Code civil proposé à la nation française et soumis à l'Assemblée nationale*, 1789, cité par GARAUD Marcel, *op. cit.*, Pages 111-112.
[1458] BURGUIÈRE André, « La Révolution et la famille », *op. cit.*, Page 164.
[1459] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 112.

distinctions insensées et barbares qui privent l'homme en naissant de ses droits les plus chers et le frappent d'une excommunication qu'il n'a point méritée, ce fut ainsi que s'exprima Peuchet (écrivain, juriste réformateur), qui, soucieux de ce que les législateurs traitassent la question de la condition des bâtards, établit un projet de législation afin de secourir une *classe persécutée, méconnue de la loi civile*.[1460] Il fit paraître deux articles dans le *Moniteur* le 2 juillet 1790 et le 24 janvier 1791. Dans son dessein, les enfants naturels devaient obtenir tous les droits de famille, par rapport à leur mère, et par rapport à leur père dans l'hypothèse où ils étaient reconnus par celui-ci. Peuchet, introduisant une différenciation entre filiation maternelle et paternelle, considérait qu'il était facile *de supprimer la distinction des mères naturelles et des mères légitimes, et de donner à tous les individus les mêmes droits, quelque soit l'état civil de la femme qui les a engendrés* ; alors qu'il restait *difficile de concilier la paix domestique avec l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes d'un homme marié*. C'était, selon lui, ce que l'humanité exigeait, et ce que la division des biens conseillait.[1461] Néanmoins, il n'envisageait pas une assimilation complète des enfants naturels aux légitimes car les enfants naturels ne pouvaient ni succéder à leurs collatéraux, ni à leurs ascendants autres que leur père et mère, et les enfants adultérins étaient privés de tous droits successoraux.[1462] Son projet n'eut aucune suite.

En avril 1791, à l'occasion de la discussion du projet de décret sur les successions *ab intestat* du comité de Constitution de l'Assemblée nationale, Le Chapelier dévoila, à l'article 14, un dispositif qui eut amélioré significativement l'état d'une partie des enfants naturels : *Le droit des enfants légitimes ne pourra être contesté, lorsqu'ils auront la possession de leur état ou lorsque leurs père et mère auront vécu en possession de l'état de mari et de femme, sans que les enfants soient tenus de rapporter la preuve du mariage. Mais ceux qui auront été privés de fait de l'état d'enfants légitimes seront admis à s'y établir en prouvant ou rapportant le titre de l'état de leurs père et mère.* Le principal rédacteur de ce projet était Tronchet et Merlin en était le rapporteur (empêché, il fut remplacé par Le Chapelier).[1463] Relativement à

[1460] PEUCHET cité par GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 112.
[1461] PEUCHET cité par SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 318.
[1462] GARAUD Marcel, *ibidem*.
[1463] MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », dans *La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, Tome I, Paris, PUF, 1988, Pages 380 et 393, notes 59 et 61. L'auteur

cet article, des contestations s'élevèrent dans l'assemblée, dont celle du député Martineau : *Un homme et une femme viennent s'établir dans la ville de Paris ; ils s'annonceront comme mari et femme ; les voisins ne les connaissant pas les croiront mariés ; mais si au bout d'un an ou de six mois l'homme vient à mourir et laisse sa femme enceinte, croyez-vous que l'enfant de ce concubinage ait le droit de réclamer les biens du père ? C'est renverser toutes les bases sociales. Je soutiens que vous ne pouvez décréter cet article*.[1464] Certains, plus enclins à saisir la réelle signification de cette disposition, y étaient favorables, tels Garat (futur ministre de la Justice puis de l'Intérieur en 1792-1793) qui admettait que *les enfants nés sous les auspices extérieurs d'un légitime mariage deviennent et soient regardés en effet comme des enfants légitimes* ; ou Prieur, selon qui, *l'article* [doit être adopté il] *n'est que la conséquence des principes d'égalité établis pour tous les citoyens*.[1465] La mesure envisagée n'eut aucun écho puisque le projet dont elle faisait partie échoua dans son entier. Une disposition légale établissant qu'un enfant était réputé légitime s'il était né d'une union ne revêtant pas les formes légales mais contractée dans le but de procréer et d'élever ensemble les fruits de cette union,[1466] s'avéra relever d'une conception trop avant-gardiste des droits des enfants naturels pour l'assemblée en place. L'Assemblée constituante légiféra en faveur des enfants nés hors mariage en abolissant le droit de bâtardise qui s'était maintenu en divers endroits du royaume par le décret du 13-20 avril 1791.[1467] Ce fut la seule loi édictée en la matière, l'Assemblée constituante ne régla pas davantage le sort des enfants naturels.

Le 25 mars 1792, par une pétition à l'adresse de l'Assemblée législative, Mme Grandval suggéra que l'on érigeât une loi grâce à laquelle les enfants naturels auraient obtenu

---

relève les propos erronés attribuant le projet à Le Chapelier, et la mauvaise interprétation du texte par GARAUD Marcel et SZRAMKIEWICZ Romuald, *op. cit.*, Pages 112-113.

[1464] Cité par SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 318, note 2.

[1465] Cités par MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », *op. cit.*, Page 380.

[1466] MULLIEZ Jacques, *ibidem*. Selon cet auteur, *toute union contractée dans cette vue, quelle qu'en soit la forme, est un mariage-contrat, parfaitement valable et cela est conforme à l'article 7 titre II de la Constitution de 1791*. [...] *tout enfant voulu est un enfant légitime.*

[1467] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome second, Pages 357-358. Le décret *concernant l'abolition de plusieurs droits seigneuriaux, notamment de ceux qui étaient ci-devant annexés à la justice seigneuriale, et le mode de rachat de ceux qui ont été déclarés rachetables* énonçait, à l'article 7 du titre Ier, que *Les droits de déshérence, d'aubaine, de bâtardise, d'épaves, de varech, de trésor-trouvé, et celui de s'approprier les terres vaines ou vagues* […] *n'auront plus lieu en faveur des ci-devant seigneurs, à compter pareillement de la publication des décrets du 4 août 1789, les ci-devant seigneurs demeurant, depuis cette époque, déchargés de l'entretien des enfans trouvés.*

de pouvoir succéder à leur mère et de pouvoir recevoir des legs universels (cette idée était assez semblable à celle formulée par Peuchet).[1468] En voici les termes : *Permettez qu'une femme, une mère appelle votre attention sur une classe d'infortunés qui ont été jusqu'ici les victimes déplorables de l'orgueil et de l'avarice des familles auxquelles ils n'appartiennent que par les droits sacrés de la nature* […]. *La nouvelle constitution a déjà rendu citoyens ces enfants* […]. *Elle leur doit encore un bienfait. Elle leur doit la possibilité d'hériter avec leurs frères et sœurs nés en légitime mariage, au moins de leur mère*.[1469] Mme Grandval accusait : *Quel est donc cet orgueil de l'enfant que donne la loi, en opposition avec l'abaissement où l'on réduit l'enfant que donne la nature ? Quelle est donc la source de cet orgueil barbare ? N'est-ce pas la féodalité ?* [1470] De plus, elle citait les exemples de l'Espagne et du Portugal où leur condition était moins désastreuse ; et elle songeait aux mères naturelles : *Celles qu'un moment d'erreur aura séduites sauront se respecter pour se rendre estimables*.[1471] Sa pétition reçut un accueil favorable à l'Assemblée, dont le président convint que *Les droits de la nature, sont, pour un peuple libre, la première de toutes les lois*. Et il s'engagea à ce que l'Assemblée donnât *toute son intention à l'intéressante pétition*. Et le sujet fut soumis au Comité de législation.[1472] Le 20 septembre 1792, un membre du Comité, Léonard Robin, exposa un rapport assorti d'un projet de décret, il s'insurgeait contre des *mœurs absurdes, gothiques, tyranniques et perverses*.[1473] Néanmoins, il ne comptait pas pour autant disculper totalement ceux qui procréaient hors des liens du mariage : *comme toute loi positive emporte une peine contre ceux qui l'enfreignent, il a bien fallu et il faut bien porter des peines sur l'infraction de la loi civile sur les mariages*,[1474] et il indiquait que la *sanction de l'infraction absolue à la loi civile, se doit d'être la plus grave*,[1475] mais elle ne devait pas se répercuter sur les enfants nés d'un couple ayant enfreint cette loi. Et pour revendiquer des droits successoraux pour ces enfants, il soutenait que *Toutes les fois qu'il y a eu attachement, unité*

[1468] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 318.
[1469] Pétition de Mme GRANDVAL, cité par GRIMMER Claude, *op. cit.*, Page 249.
[1470] Pétition de Mme GRANDVAL, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Page 126.
[1471] Pétition de Mme GRANDVAL, cité par GRIMMER Claude, *ibidem*.
[1472] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 113.
[1473] ROBIN, *Opinion et projet de décret sur les enfants naturels*, 20 septembre 1792, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Page 124.
[1474] ROBIN, *op. cit.*, cité par FORTUNET Françoise, « Sexualité hors mariage à l'époque révolutionnaire : les mères des enfants de la nature », *op. cit.*, Pages 192-193.
[1475] ROBIN, *op. cit.*, cité par FORTUNET Françoise, « De l'égalité dans la différence : les enfants dans le droit révolutionnaire », *op. cit.*, Page 342.

de conjonction et paternité reconnue, l'objet principal du mariage se trouve rempli.[1476] Robin assignait une utilité d'ordre politique à l'intégration des enfants nés hors mariage dans une sphère familiale : *Donnons-leur une famille, intéressons leurs parents à en faire de bons citoyens*.[1477] Il projetait de leur accorder la moitié de la part de la succession de leurs père et mère à laquelle ils auraient eu droit s'ils eussent été légitimes, les adultérins ne recevant que des aliments.[1478] Le rapport ne put être discuté par l'Assemblée car elle se sépara.

Quant à la refonte du droit de la filiation naturelle, des pétitions à l'attention de la Convention, manifestèrent de fortes sollicitations. Parmi celles-ci, celle (non datée) du citoyen Meunier, dans laquelle il soumettait une théorie plutôt innovante : *Le mariage n'est qu'une attestation plus solennelle de l'union de deux êtres et conséquemment de la paternité ; aujourd'hui que le divorce est établi, qu'est-il de plus qu'une union de deux êtres qui veulent vivre ensemble et avoir des enfants ; l'union simple et sans acte peut durer plus longtemps que celle attestée par un acte de mariage.* Sa pétition contenait un projet de décret, l'article premier disposait que *toutes les distinctions inhumaines, d'enfants illégitimes, bâtards simples, adultérins, incestueux, enfants trouvés, enfants de la Pitié, sont et demeurent supprimés ; tous les enfants sont naturels, légitimes et enfants de la Patrie.* L'article 2 prescrivait que *tous les enfants indistinctement hériteront de leurs père et mère connus par portion égale, sans qu'on puisse, sous quelque prétexte que ce soit, avantager l'un plus que l'autre* et l'article 3 que *la filiation se prouve ou par un acte de mariage des père et mère et l'acte de naissance de l'enfant ou par des déclarations des père et mère, ou par la preuve faite par l'enfant, ou qu'on fait pour lui.*[1479] Des pétitions émanant de sans-culottes vinrent soutenir le mouvement en faveur de l'égalité des droits des enfants naturels.[1480] D'autre part, malgré ses observations sur le sort des bâtards effectuées quelques années avant la Révolution, on ne relève aucune intervention de Robespierre devant la Convention sur ce sujet.[1481]

[1476] ROBIN, *op. cit.*, cité par RONSIN Francis, *op. cit.*, Page 142.
[1477] ROBIN, *op. cit.*, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Pages 126-127.
[1478] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 319.
[1479] Pétition du citoyen MEUNIER, cité par RONSIN Francis, *op. cit.*, Pages 142-143.
[1480] SOBOUL Albert, *op. cit.*, Page 231.
[1481] BERTHE Léon-Noël, *Introduction* dans ROBESPIERRE Maximilien de, *op. cit.*, Page 49.

Le Comité de législation s'était déjà penché sur la question lorsque, le 7 mars 1793, la Convention chargea le Comité d'élaborer un projet de loi sur les enfants appelés naturels.[1482] Durand de Maillane, qui siégeait à la Convention, présenta un projet, le 9 avril 1793, dans lequel il était prévu un droit à l'héritage en faveur des enfants adultérins, plus précisément en leur accordant la moitié d'une part.[1483] Dans un discours devant le Comité, Berlier exposa un projet de décret, le 23 mars 1793.[1484] *Qu'on ne nous oppose donc plus ni la sainteté du mariage ni l'honnêteté publique : l'une et l'autre n'en seront que plus respectées, les mœurs auront un ennemi de moins, et la passion un frein de plus lorsqu'on saura qu'il n'est plus permis de se jouer des premiers sentiments de la nature*,[1485] chassant dans ces termes les réticences quant à une dégradation des institutions matrimoniale et familiale, Cambacérès présenta son rapport le 4 juin. Dans celui-ci, les enfants naturels recueillaient la succession de leurs père et mère lorsqu'ils étaient reconnus par ceux-ci. C'était, d'après le rapport, ce que la nature réclamait et ce qu'exigeaient *les devoirs de la paternité*. Néanmoins, l'assimilation entière des enfants naturels aux enfants légitimes n'était pas prévue car il fallait *favoriser l'institution du mariage*. Des différences entre les enfants naturels étaient organisées selon qu'ils étaient nés avant ou après les enfants légitimes : ceux nés avant n'avaient droit qu'à la moitié d'une part d'enfant légitime, et ceux nés après, au tiers d'une part. En présence d'ascendants, la moitié de la succession revenait aux enfants naturels. *Par toutes ces attentions, par ces scrupules, le législateur aura comme environné le mariage d'une garde d'honneur*, soulignait Cambacérès.[1486] Les enfants adultérins n'avaient droit qu'à des aliments ;[1487] et *ceux dont l'existence est le fruit de la débauche et de la prostitution* n'étaient admis qu'à la succession maternelle.[1488] Le même jour, après avoir entendu le rapport de son Comité

[1482] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome cinquième, Page 232.
[1483] BURGUIÈRE André, « La Révolution et la famille », *op. cit.*, Page 164.
[1484] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 319, note 2.
[1485] CAMBACÉRÈS, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Page 131.
[1486] CAMBACÉRÈS, cité par SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 319.
[1487] On observe que certains citoyens souhaitaient que les enfants adultérins fussent mieux traités. Par exemple, le maire de Montbard adressa une lettre à Cambacérès, le 7 juin 1793, dans laquelle il lui annonçait qu'il venait d'avoir un enfant naturel qu'il avait reconnu. Il félicitait *le citoyen* Cambacérès pour son rapport sur les enfants naturels et espérait l'égalité successorale entre son fils naturel adultérin et ses enfants légitimes. Au bas de cette lettre, Cambacérès écrivit : *Citoyen, le suffrage des hommes de bien est la plus douce récompense de ceux qui se dévouent au service de leur pays. J'attache un prix infini aux applaudissements que vous donnez à mon rapport sur les enfants naturels et au décret qui en a été la suite. Le principe est consacré, et c'est déjà un grand pas.* […] *Je félicite le jeune citoyen qui vous doit le jour de n'être pas la victime de nos vieilles erreurs et de nos atroces préjugés.* Lettre citée par SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Pages 429-430.
[1488] CAMBACÉRÈS, cité par GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 114.

de législation, la Convention décréta *que les enfants nés hors le mariage succéderont à leurs pères et mères dans la forme qui sera déterminée*.[1489] Il s'agissait là d'une reconnaissance de principe de la vocation des enfants naturels à la succession de leur père et mère.

Une théorie particulièrement audacieuse qui ébranlait les principes de la filiation fut soutenue par Oudot, l'un des membres du Comité : *La loi ne connaîtra que des enfants légitimes, les uns nés de mariages légalement constatés avant leur naissance et qui n'auront pas besoin d'autres titres pour hériter de leurs parents que l'acte de mariage de leur père et mère* […]. *Les autres enfants nés de mariages privés ou présumés tels* [c'est-à-dire du concubinage]*, et qui seront toujours supposés pouvoir être solennisés par la loi dans la suite, succéderont à ceux de leurs parents qui les reconnaîtront postérieurement à leur naissance.*[1490] Sachant que l'existence d'un mariage privé devait être juridiquement présumée lorsque naissait un enfant,[1491] le risque engendré était celui de la polygamie (coexistence d'un mariage solennel et d'un mariage privé).[1492] Oudot était lucide sur ce problème inhérent à cette conception du mariage seulement conditionné à la procréation ; il réprouvait, comme la majorité de ses collègues, la polygamie,[1493] cependant, il ne voulait pas que les enfants souffrissent des errements de leurs parents. Pour autant, Oudot ne souhaitait pas aligner le statut des enfants adultérins et incestueux sur celui des enfants légitimes : *Il est évident que c'eût été l'y autoriser* [la polygamie] *que de lui* [à l'homme] *laisser la faculté de reconnaître les enfants qu'il aurait eu pendant son mariage avec une autre femme que la sienne, c'eût été fournir un moyen de tromper une épouse qui d'après la foi qu'elle a promise est en droit d'attendre qu'aucun étranger ne puisse partager l'affection, les soins et la fortune de son époux, tant que durera son mariage avec lui. Il fallait donc pour l'honneur du mariage, pour l'intérêt des mœurs empêcher qu'un homme pût valablement reconnaître des enfants qui*

[1489] Décret du 4-6 juin 1793 dans DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome cinquième, Page 389.

[1490] OUDOT Charles-François, *Essai sur les principes de la législation des mariages privés et solennels, du divorce et de l'adoption qui peuvent être déclarés à la suite de l'Acte constitutionnel*, *op. cit.*, cité par RONSIN Francis, *op. cit.*, Pages 143-144.

[1491] *Cf.* MULLIEZ Jacques, « Droit et morale conjugale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux », *op. cit.*, Pages 98-99. L'auteur souligne l'*étonnante modernité* des théories d'Oudot ; et que *cette modernité tient au primat de la liberté individuelle consacrée dans le mariage contrat*.

[1492] *Cf.* RONSIN Francis, *op. cit.*, Pages 145-146. L'auteur fait la remarque suivante : *La Déclaration des Droits de l'homme, la philosophie du droit naturel et de la liberté, impliquaient-elles qu'après celle du divorce on ait dû s'acheminer vers la législation de l'union libre, de l'inceste et de la polygamie?*

[1493] *Cf.* MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », *op. cit.*, Pages 381 et 393-394, note 70.

naîtraient dans de telles circonstances.[1494] Le député anéantissait la notion d'illégitimité : *la loi ne connaît plus de bâtards d'aucune espèce ;* […] *tous les enfants sont légitimes et ils ont tous les mêmes droits à l'égard de leurs parents connus* […] *et pour les confondre tous sous une même dénomination* […] *ceux qui ne connaissent pas leurs parents seront appelés « orphelins » comme ceux qui les ont perdus.*[1495]

Quant à Berlier, lui aussi membre du Comité, son argumentation était proche de celle d'Oudot. Dans un discours, il s'appesantit sur un angle terminologique afin de proscrire les appellations dévalorisantes : *Comment nommerai-je les individus jusqu'à présent appelés bâtards et qui n'ont contre eux que l'absence d'un contrat ? Les appellerai-je « enfants naturel » ? Tous les hommes ne sont-ils donc pas les enfants de la nature ? Les appellerai-je « enfants illégitimes ou bâtards » ? Mais je ne connais d'illégitime que ce qui est opposé à la loi et défendu par elle! Or, la loi ne défend pas la procréation sans contrat* […]. *Que le nom d'« enfant illégitime » disparaisse donc : ceux qui connaissent l'influence des mots dans une matière, surtout où l'on est environné des vestiges du préjugé, ne trouveront pas cette discussion inutile ; d'ailleurs, et pour bien traiter d'une chose, il convient avant tout de la bien définir. Enfants « hors mariage » ; voilà la qualification qui me semble convenir à ceux dont je m'occupe* […]. Dans la suite de son discours, il s'insurgeait en disant que *Le pire état de l'homme en société est de n'avoir point de famille.*[1496] Dans l'hypothèse où il était né hors du mariage (solennel ou privé), l'enfant, n'était, d'après les conceptions de Berlier, légitime que de sa mère : *il n'a qu'un demi état.*[1497] Le député comptait ainsi réformer la matière dans le sens d'une assimilation totale entre les enfants naturels et les légitimes.

Ce fut ce qui ressortit du projet de Code présenté le 9 août 1793, plus précisément des articles qui réglaient la condition des enfants naturels pour l'avenir et des articles d'appendice destinés à leur faire bénéficier de la loi nouvelle depuis le 14 juillet 1789. Donc, dans ce

---

[1494] OUDOT Charles-François, *Essai...*, *op. cit.*, cité par MULLIEZ Jacques, *op. cit.*, Page 382.
[1495] OUDOT Charles-François, *Convention nationale, Exposé des motifs qui ont déterminé la section du Comité de législation chargée du code civil à adopter les bases qui lui ont été présentées sur les titres, I, II, III, IV, V, VI, et VII du premier livre de l'état des personnes*, Paris, Imp. Nationale, s. d., cité par RONSIN Francis, *op. cit.*, Page 144.
[1496] BERLIER, *Opinion sur les droits à restituer aux enfants nés hors du mariage, jusqu'à présent appelés bâtards*, 9 août 1793, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Pages 122-123.
[1497] BERLIER, *Opinion...*, cité par MULLIEZ Jacques, *op. cit.*, Pages 381 et 394, note 75.

projet de Code, en premier lieu, les enfants illégitimes nés d'un adultère étaient mis à part, ils ne pouvaient prétendre à obtenir les mêmes droits successoraux que les enfants légitimes. Le projet prévoyait qu'un enfant adultérin, *conçu* au moment où le père était engagé dans le mariage, ne pouvait être reconnu, après la dissolution de l'union, qu'à la condition que le père épousât la mère *avant* la naissance de l'enfant. Cette disposition empêchait, en pratique, la reconnaissance de l'enfant adultérin, puisque le laps de temps (de la conception à la naissance) dont disposait le père pour dissoudre son mariage et en contracter un nouveau était bien court. La Convention se rendant compte de la rigueur de cette proposition (d'ailleurs deux députés avaient demandé à ce que l'enfant adultérin pût être reconnu même après sa naissance ou légitimé par un mariage subséquent) ou pensant qu'elle n'était pas assez claire, la renvoya pour être examinée à nouveau. En second lieu, l'assimilation complète aux enfants légitimes quant aux droits successoraux ne se réalisait que si les enfants naturels étaient reconnus publiquement, devant l'officier civil, par leur père, et par leur mère, en étant avoués. La reconnaissance devait être volontaire puisqu'aucun moyen légal de la réclamer ne fut accordé aux enfants, la recherche de paternité non avouée était interdite.[1498] La Convention discuta des dispositions du projet, et les articles d'appendice furent renvoyés à l'examen du Comité de législation.[1499]

Il était prévu que l'assimilation des enfants naturels reconnus produisît ses effets à compter du 14 juillet 1789. L'étendue de l'effet rétroactif fit l'objet de diverses pétitions, notamment celle des enfants naturels de Lagrave (Haute-Garonne) du 10 septembre 1793.[1500] Par ailleurs, dans une pétition qui fut adressée aux législateurs de la Convention nationale *en faveur des enfants naturels*, le décret du 4 juin était d'abord salué pour avoir *pour toujours anéanti les loix barbares et inhumaines rendues contre cette portion intéressante de l'humanité* ; le pétitionnaire anonyme prévenait alors : *vos intentions bienfaisantes manqueront leur principal objet, si lorsque le comité de Législation s'occupera de la discussion sur le mode d'exécution du principe consacré par votre décret* […], *il ne vous*

[1498] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Pages 320-321.
HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, Pages 125-126.
[1499] HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Pages 131-132.
[1500] *Si votre justice a pu remonter à cette époque, la nature ne vous dictera-t-elle pas encore qu'en remontant à une époque plus éloignée vous assurerez l'existence à un grand nombre d'individus qui, étant dans la vigueur de l'âge, peuvent former des établissements utiles à la République?* Pétition citée par SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Pages 321-322, note 4.

propose pas de décréter la nullité de tous les actes qui pourraient réduire à rien les droits que ce décret donne aux enfants naturels, sur les successions de leur père et mère et, s'il n'étend pas à ces enfants les dispositions de l'article 39 de l'ordonnance du mois de Février 1731 qui annulle toutes donations pour cause de survenance d'enfants. Par la suite, le pétitionnaire exhortait : *aujourd'hui que la nature a repris tous ses droits disparus depuis si longtemps, aujourd'hui que par le décret bienfaisant du 4 Juin les enfans naturels n'ont plus à rougir de leur naissance,* [...] *toutes donations même indirectement faites à leur préjudice, doivent pareillement être anéanties*. Et, tout particulièrement, il requérait l'annulation de *toutes les dispositions en vertu desquelles un particulier assure à un collatéral, ou à un étranger, le droit de jouir après son décès, au préjudice de ses enfans naturels, des rentes viagères, qu'il a acquises sur la nation, quand le survivancier ne pourra justifier avoir acquis du défunt ces droits à la jouissance de la rente viagère* ; car il considérait que *ces sortes de stipulations* étaient assimilables à des donations indirectes. Les législateurs étaient apostrophés en ces termes : *Un frère, un parent, un ami, un simple étranger sera-t-il préféré pour jouir de la succession d'un défunt, aux propres enfans de ce défunt ? Ces malheureux enfans n'ont pas demandé à naître, et la vie ne peut être qu'un fardeau pour eux, s'ils voyent passer en des mains étrangères, les débris de la fortune de leurs père et mère.*[1501] Dans un discours aux Jacobins, le 20 septembre 1793, Chabot, autre membre du Comité, approuva que la loi fût rétroactive au 14 juillet 1789, estimant que c'était à cette date que les enfants naturels avaient recouvré leurs droits. En outre, son discours mettait en avant l'optique révolutionnaire de fractionnement des fortunes par le morcellement des héritages : *La société a intérêt à diviser les fortunes et ce n'est pas en les abandonnant à des muscadins collatéraux que l'on parviendra à ce but, mais bien en les livrant à des enfants que des lois bizarres condamnaient à l'opprobre et à la misère et à qui nous devons rendre tous leurs droits*.[1502] Lors de la séance du 24 août 1793, un membre de la Convention suggéra même que la loi rétroagît à trente années au delà du 14 juillet 1789.[1503] Le 9 brumaire an II (30 octobre 1793), à l'occasion de la présentation d'un nouveau rapport, Cambacérès, probablement influencé par les concepts de ses collègues, n'hésita pas à faire part de son avis personnel : *tous les enfants indistinctement*, y compris les adultérins, *ont le droit de succéder à ceux qui leur ont donné l'existence* ; tout en admettant, au nom du Comité, que *le respect des mœurs, la foi du mariage, les*

[1501] *Pétition à la Convention nationale en faveur des enfants naturels*, Paris, Imp. Poliglotte, 1793.
[1502] CHABOT, cité par GARAUD Marcel, *op. cit.*, Pages 114-115.
[1503] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 321, note 4.

convenances sociales ne le permettent pas.[1504] La question du statut de ces enfants ne pouvant attendre, ce fut ainsi que les articles d'appendice, qui avaient été quelque peu remaniés, fondèrent le décret du 12 brumaire an II (2 novembre 1793).[1505] Suite à la séance de l'Assemblée du 13 brumaire an II, le premier projet de Code civil fut abandonné ; et le 22 brumaire (12 novembre 1793), la Convention résolut de ne pas ajourner l'appendice du Code dont les dispositions devinrent ainsi applicables immédiatement.[1506]

Le décret du 12 brumaire an II, *relatif aux droits des enfants nés hors du mariage*, édictait à l'article 2 : *Leurs droits de successibilité sont les mêmes que ceux des autres enfants*. L'article 1er enjoignait : *Les enfans actuellement existans, 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, sous la réserve portée par l'article 10 ci-après.* Et, cet article 10 précisait : *A l'égard des enfans nés hors du mariage, dont le père et la mère seront encore existans lors de la promulgation du Code civil, leur état et leurs droits seront en tout point réglés par les dispositions du Code.* Les tensions que pouvait engendrer la loi nouvelle au sein des familles furent solutionnées par des mesures transitoires. En effet, il était édicté à l'article 3 que *ces enfants ne pourront néanmoins déranger de leur chef les partages faits ; mais ils prendront leur portion sur les lots existans* ; à l'article 5 qu'ils […] *seront tenus de recevoir les biens en l'état où ils se trouveront, à compter de ce jour, et de s'en rapporter, sur la consistance de ses biens, à l'inventaire qui en aura été dressé à la mort de leur père ou mère* ; et à l'article 6 que *les héritiers directs ou collatéraux qui ne pourront pas représenter en nature les effets et biens compris dans l'inventaire,* leur *feront état* [...] *du prix qu'ils en ont tiré, ou de leur valeur au temps de la mort de leurs père ou mère* et que, *de leur côté,* ils feront état à ces héritiers, *des impenses utiles ou nécessaires que ceux-ci ont faites dans les biens, et ils rapporteront aux héritiers directs ce qui leur a été donné par leur père ou mère, les fruits et revenus exceptés*. L'article 4 permettait à des héritiers collatéraux ou étrangers de *retenir le sixième de ce qui leur est échu, ou de ce qui leur a été donné*. L'article 7 prévoyait de ne pas porter préjudice *aux droits acquis, soit à des tiers possesseurs, soit à des créanciers hypothécaires ou autres ayant titre authentique*. A défaut d'être reconnus, selon l'article 8 :

[1504] CAMBACÉRÈS, cité par SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 320.
GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 115.
[1505] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 321.
[1506] HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Pages 134 et 146.

Pour être admis à l'exercice des droits ci-dessus, dans la succession de leur père décédé, les enfants nés hors du mariage seront tenus de prouver leur possession d'état. Cette preuve ne pourra résulter que de la représentation d'écrits publics ou privés du père, ou de la suite des soins donnés, à titre de paternité et sans interruption, tant à leur entretien qu'à leur éducation. La même disposition aura lieu pour la succession de la mère. La loi permettait donc l'établissement de la filiation par possession d'état pour les enfants dont les parents étaient morts du 14 juillet 1789 au 2 novembre 1793. Et surtout elle attribuait à la possession d'état des effets beaucoup plus importants que sous l'ancien droit où les bâtards n'en retiraient qu'un droit aux aliments, alors qu'ici ils obtenaient des droits successoraux. Une restriction quant à ces effets était posée par l'article 9 : *Les enfans nés hors du mariage dont la filiation sera prouvée de la manière qui vient d'être déterminée, ne pourront prétendre aucun droit dans les successions de leurs parens collatéraux, ouvertes depuis le 14 juillet 1789.* Toutefois, à la suite, cet article prescrivait qu'*à compter de ce jour, il y aura successibilité réciproque entre eux et leurs parens collatéraux, à défaut d'héritiers directs*. Donc, la loi n'accordait pas aux enfants naturels le droit de succéder à leurs aïeux mais seulement celui de succéder à leurs collatéraux pour l'avenir. L'article 11 ajoutait à ce qui avait été édicté dans l'article 10 qu'*en cas de mort de la mère avant la publication du Code, la reconnaissance du père faite devant un officier public suffira pour constater à son égard l'état de l'enfant né hors du mariage et le rendre habile à lui succéder* ; et l'article 12 énonçait qu'*il en sera de même dans le cas où la mère serait absente, ou dans l'impossibilité absolue de confirmer, par son aveu, la reconnaissance du père*. Ainsi, cela induisait qu'il fallait une reconnaissance authentique par le père, doublée d'une confirmation par la mère, pour établir la filiation paternelle des enfants naturels dont les parents étaient encore vivants lors de la promulgation du futur code. L'article 13 disposait que les enfants *dont le père ou la mère était, lors de leur naissance, engagé dans les liens du mariage*, étaient *exceptés* du champ de la loi, et qu'*il leur sera seulement accordé, à titre d'aliments, le tiers en propriété de la portion à laquelle ils auraient droit s'ils étaient nés dans le mariage.* Donc, les enfants adultérins n'avaient pas droit à une part successorale. Néanmoins, cette exclusion des droits de successibilité était levée, par l'article 14, pour ceux nés *de personnes séparées de corps par jugement ou acte authentique* postérieurement à la demande en séparation.[1507] La loi ne mentionnait pas les enfants incestueux, la doctrine les

---

[1507] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome sixième, Pages 331 à 333.
SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Pages 321-322.

assimila aux enfants naturels simples.[1508] L'hypothèse des successions ouvertes avant le 14 juillet 1789 était traitée dans l'article 15 qui décidait, eu égard aux *enfans nés hors du mariage, qui sont en instance avec des héritiers directs ou collatéraux, et dont les réclamations n'auraient pas été terminées par jugement en dernier ressort*, qu'*il leur sera accordé le tiers de la portion qu'ils auraient eue, s'ils étaient nés dans le mariage*. L'article 16 prescrivait : *Les enfans et descendans d'enfans nés hors du mariage, représenteront leurs père et mère dans l'exercice des droits que la présente loi leur attribue*.[1509] En outre, les enfants nés de mariages secrets n'étaient plus privés de la succession de leurs père et mère.[1510] L'amélioration du sort des enfants nés hors mariage qui résultait de cette nouvelle législation amenait le professeur Proudhon à analyser la reconnaissance légale constatant leur filiation : *Cette reconnaissance opère une véritable légitimation pour les enfants, puisqu'elle leur ouvre l'entrée de la famille des père et mère, leur donne une parenté civile, et les rend successibles tant à leurs ascendans qu'à leurs collatéraux.*[1511] Au surplus, puisque que l'enfant naturel était assimilé à l'enfant légitime, il était désormais apte à recevoir des libéralités entre vifs ou à cause de mort en prouvant sa qualité de successible par rapport au donateur ou au testateur.[1512]

Quant à la question de la légitimation, elle fut peu traitée par les législateurs révolutionnaires. A l'occasion des débats relatifs au premier projet de code civil, eut lieu une controverse quant à la possibilité d'une légitimation par mariage subséquent d'un enfant adultérin. Certains députés (parmi lesquels figurait Oudot) approuvaient cette possibilité, et certains autres (dont Cambacérès) la rejetait en invoquant la protection de l'institution matrimoniale.[1513] La légitimation, par mariage subséquent, ou par lettres du prince ne fut jamais décrétée dans le droit de la Révolution ; d'autant plus que l'intérêt de la légitimation

---

[1508] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 117.
[1509] DUVERGIER Jean-Baptiste, *ibidem*.
[1510] *Idem*, Tome sixième, Page 332, note 1. Il était rapporté que *L'art. 5 de la Déclaration de 1639, touchant les mariages secrets, et qui excluait les enfants nés de ces mariages de la succession de leurs père et mère, a été abrogé par la loi du 20 septembre 1792 et par la loi du 12 brumaire qui, admettant les enfans naturels à succéder, ne comportent pas l'exclusion d'enfans nés de mariages secrets*. Ce que confirma un arrêt de la Cour de cassation du 16 pluviôse an XIII.
[1511] PROUDHON, *op. cit.*, Tome second, Page 68.
[1512] AYRENX Jacques d', *op. cit.*, Pages 212-213.
[1513] *Cf.* MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », *op. cit.,* Page 383.

paraissait bien moindre en raison de l'assimilation presque entière des enfants naturels aux enfants légitimes par la loi de l'an II, et que la légitimation par rescrit semblait incompatible avec la Constitution.[1514] La loi du 12 brumaire an II ne contenant aucune disposition expresse relative à cette question, il fallut déterminer si la légitimation par mariage subséquent de l'ancien droit subsistait tacitement. A l'égard de la légitimation par mariage subséquent, le professeur Proudhon, faisant valoir que *d'un côté, il est de principe en législation, qu'une loi reste en vigueur tant qu'elle n'a pas été abrogée par une autre plus récente*, et *que d'autre part, les lois nouvelles de France n'ont aboli ce mode de légitimation ni expressément, puisqu'elles n'en parlent pas, ni tacitement, puisqu'elles n'ont rien établi de contraire*, concluait *qu'il existe encore aujourd'hui*. Et il rappelait que *l'ordre public et la pureté des mœurs ont fait introduire cette espèce de légitimation, afin que les avantages qu'elle procure aux enfans, portassent ceux qui auraient vécu dans le concubinage, à couvrir ce désordre par une association légale.* La légitimation étant *une action de la loi elle-même*, la reconnaissance des pères et mères suffisait, sans qu'il fût besoin de procéder à une déclaration de leur volonté de légitimer leurs enfants. Les enfants adultérins ne pouvaient accéder aux avantages de la légitimation.[1515] La cour d'appel de Nîmes, dans un arrêt du 15 juillet 1819, jugea que l'enfant naturel né sous l'empire du décret de brumaire an II, de père et de mère mariés sous l'empire de ce décret et décédés depuis la publication du Code civil, ne pouvait se prétendre légitimé par mariage subséquent, s'il n'avait pas été reconnu par acte authentique avant ou au moment de la célébration du mariage, conformément à l'article 331 du Code civil. La Cour rendait applicables les dispositions du Code civil à cette matière, sa décision ne fut qu'une exception, la position jurisprudentielle la plus communément adoptée y étant contraire. La date du mariage déterminait le droit applicable. La Chambre des requêtes de la Cour de cassation rendit un arrêt le 5 mai 1836, dans lequel elle décida que le décret du 12 brumaire an II n'avait apporté aucun changement aux principes de l'ancien droit, et que les conditions imposées par l'article 331 du Code civil ne s'appliquaient pas aux unions antérieures à la promulgation du Code de 1804. Un arrêt de la cour d'appel de Dijon, du 30 juillet 1840, statua dans le même sens. En outre, un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 20 mars 1830, puis un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 27 décembre 1831 jugèrent que l'article 10 du décret du 12 brumaire an II n'avait pas entendu régler les conditions et les effets de la

---

[1514] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 126.
[1515] PROUDHON, *op. cit.*, Tome second, Pages 60 à 67.

légitimation par mariage subséquent.[1516] Les enfants naturels dont l'un des auteurs se trouvait engagé par des vœux religieux pouvaient désormais être légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère. La Cour de cassation statua dans ce sens dans un arrêt du 22 janvier 1812.[1517]

En considérant l'union libre comme un mariage non solennisé (selon le concept fondé par Oudot) qui produisait des effets quant à la filiation (sous la condition de la volonté de l'homme), la frontière entre légitimité et illégitimité s'atténuait ; dés lors, n'étaient plus relégués en dehors de la sphère familiale tous les enfants nés hors mariage, mais uniquement ceux qui n'étaient pas issus d'une union ayant pour but la procréation.[1518] Au regard des termes de la loi de brumaire, la portée du progressisme des conventionnels fut toute relative.

Section 2 – Les limites de l'assimilation des enfants nés hors mariage

De la loi du 12 brumaire an II, découlait surtout l'interdiction de la recherche de paternité non avouée ; et certaines incohérences étaient dues à ses lacunes et à son caractère transitoire. Les tribunaux se chargèrent d'interpréter la nouvelle législation, et des lois postérieures cherchèrent à la corriger (§ 1). Parallèlement, les enfants abandonnés furent pris en charge par la nation à travers les réformes engagées par les révolutionnaires (§ 2).

§ 1 : Les restrictions quant à l'accès aux droits de famille par les dispositions législatives et les exigences des juges

Dans sa *Déclaration des droits de la femme*, à l'article XI, Olympe de Gouges revendiquait le libre exercice de la recherche en paternité, affranchi de toute appréciation négative envers la fille-mère : *La libre communication des pensées et des opinions est un des*

[1516] AYRENX Jacques d', *op. cit.*, Pages 136 à 140.
[1517] *Idem*, Pages 141-142.
[1518] *Cf.* MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », *op. cit.*, Pages 379-380. L'auteur établit que les juristes révolutionnaires *distinguent non pas entre les enfants légitimes et les autres (ce qui était la position de l'ancien droit, ce qui sera celle des rédacteurs du Code civil) mais entre les enfants nés pendant le mariage-contrat quelle que soit la forme juridique revêtue par ce contrat, et les autres, qui n'ayant pas été voulus ne peuvent prétendre à avoir un père.*

droits les plus précieux de la femme, puisque cette liberté assure la légitimité des pères envers les enfants. Toute citoyenne pourra donc dire librement, je suis mère d'un enfant qui vous appartient, sans qu'un préjugé barbare la force à dissimuler la vérité [...].[1519] Elle faisait dériver la liberté de penser vers une liberté d'aimer.[1520] Le droit nouveau ne prit aucunement en compte cette conception de la liberté.

Sur le plan pénal, les décrets des 19-22 juillet et des 25 septembre-6 octobre 1791 instituant le Code pénal abolirent la constatation de la filiation naturelle par le ministère public ou par la partie privée agissant au criminel.[1521] En matière civile, la recherche de la paternité fut implicitement interdite, consécutivement à la loi du 12 brumaire an II. Les protestations à l'encontre des actions en déclaration de paternité, qui s'étaient développées à la fin de l'Ancien Régime trouvèrent leur conclusion avec leur prohibition par les juristes révolutionnaires.[1522]

La difficulté insoluble pour déterminer la paternité hors mariage, puisqu'*il n'y a pas de contrat préalable qui désigne le père*, fut soulignée par Berlier.[1523] Le député observait que si la maternité présentait *des caractères certains*, il n'en était pas de même pour la paternité : *S'il y avait un signe certain auquel la paternité pût être reconnue, la nature et la justice invoqueraient en faveur de l'enfant l'exercice de l'action qui pourrait conduire à la découvrir ; mais il n'y a rien de semblable, et ce sont les secrets mêmes de la nature qui en ce cas restreignent l'exercice de ses droits*.[1524] En 1793, les conventionnels ne concevaient pas qu'il fût possible d'autoriser les procédures en recherche de paternité. Berlier les dénigra ostensiblement (avec le même mépris envers la parole des filles-mères que ceux qui avaient précédemment blâmé les démarches de ces femmes devant la justice) en exposant : *Et quelle idée peut-on se faire d'une administration qui alimenterait le libertinage par les actions*

[1519] GOUGES Olympe de, *op. cit.*, Pages 9-10.
[1520] *Cf.* MOUSSET Sophie, *op. cit.*, Page 92.
[1521] AYRENX Jacques d', *op. cit.*, Page 226.
[1522] *Cf.* PHAN Marie-Claude, « La séduction impunie, ou La fin des actions en recherche de paternité », *op. cit.*, Pages 60 à 62.
[1523] BERLIER, *Opinion sur les droits à restituer aux enfants nés hors du mariage, jusqu'à présent appelés bâtards*, 9 août 1793, *op. cit.*, cité par MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », *op. cit.*, Page 379.
[1524] BERLIER, *op. cit.*, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, « Des droits pour les bâtards, l'enfant naturel dans les débats révolutionnaires », dans THÉRY Irène et BIET Christian (dir.), *op. cit.*, Page 133.

mêmes qu'il lui accordait et qui permît à plus d'une fille impudique de spéculer sur sa fécondité ? Et il insistait sur les conséquences d'une paternité reconnue par la justice en demandant *quels liens pourront jamais s'établir entre un enfant qui n'entrera chez son père que sous les malheureux auspices d'un procès et l'homme qui sera père parce qu'un tribunal l'aura dit lorsque sa propre conscience lui dira qu'il ne l'est point.*[1525] L'opinion d'Oudot était semblable à celle de Berlier : *L'intérêt des mœurs exigeait* [...] *qu'on ne permît plus à une femme de poursuivre le salaire de sa faiblesse et de son vice. Assez et trop longtemps nos tribunaux avaient retentit de ces querelles scandaleuses nous n'avons pas hésité à refuser toute espèce d'action soit à la mère soit à l'enfant, contre un homme qui n'avouerait pas sa paternité.*[1526] Oudot ne comptait pas davantage contraindre les mères à déclarer leur maternité, et excluait la recherche en paternité : *Quelque sacrés que soient les devoirs de la paternité, nous n'avons pas pensé pouvoir admettre qui que ce soit à les vérifier, pour contraindre un homme à en remplir les obligations. Ce fait, nous l'avons dit, n'est pas susceptible d'être constaté ; et s'il pouvait l'être, il ne procurerait qu'un faible avantage à un enfant qui n'entrerait dans la famille que malgré le père.*[1527] L'attribution de droits aux enfants naturels ne devait donc pas être effective pour tous, pour justifier cela, Berlier prévenait du risque de provoquer des désordres dans les familles : *Gardons-nous de prendre pour des droits naturels ceux, qui, ne pouvant être attestés par rien d'essentiellement positif, nous conduiraient à la lésion de l'ordre social.*[1528] L'affirmation de la paternité hors mariage était exclusivement placée sous la dépendance de la volonté individuelle des géniteurs. En fait, en admettant sa paternité, le père montrait qu'il avait contracté un engagement, non solennel, avec la mère de l'enfant ; comme le disait Berlier : *cette reconnaissance faite par le*

[1525] BERLIER, *op. cit.*, cité par MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », *op. cit.,* Page 392, notes 50 et 51.

[1526] OUDOT Charles-François, *Exposé des motifs qui ont déterminé la section du Comité de législation chargée du code civil à adopter les bases qui lui ont été présentées sur les titres, I, II, III, IV, V, VI, et VII du premier livre de l'état des personnes*, *op. cit.*, cité par MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », *op. cit.,* Page 392, note 50.
OUDOT Charles-François, *Exposé des motifs...*, *op. cit.*, cité par MULLIEZ Jacques, « Droit et morale conjugale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux », *op. cit.*, Page 92, note 207.

[1527] OUDOT Charles-François, *Essai sur les principes de la législation des mariages privés et solennels, du divorce et de l'adoption qui peuvent être déclarés à la suite de l'Acte constitutionnel*, *op. cit.*, cité par RONSIN Francis, *op. cit.*, Pages 143-144.

[1528] BERLIER, *op. cit.*, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Page 132.

père [...] *a tous les effets d'un vrai mariage ; si le pacte n'a pas précédé, il a suivi*.[1529] Du côté de la mère, dans l'optique du mariage-contrat, elle devait corroborer la réalité de ce mariage sans formes en avouant la paternité de l'auteur de la reconnaissance.[1530] En effet, pour Berlier, la reconnaissance n'était *complète et valide que par le concours et l'aveu de la mère* ;[1531] de même, Oudot disait : *Nous avons cru que la reconnaissance du père devait être absolument confirmée par l'aveu de la mère*.[1532] Pour la plupart des législateurs, la reconnaissance devait revêtir la forme d'un acte solennel ; le projet de décret du 4 juin 1793 prévoyait une reconnaissance volontaire devant un officier public et l'inscription sur les registres d'état civil.[1533] Cambacérès avait aspiré à permettre de recourir à la possession d'état dans l'hypothèse où la mère avait reconnu l'enfant et qu'elle avait contracté un mariage privé avec l'homme avec lequel elle vivait et qui s'occupait de l'enfant, ce dernier possédant de cette façon le titre et la possession d'état, sa filiation était prouvée.[1534] Dans le système échafaudé par ces juristes, les enfants dont la mère avait été séduite, et dont la filiation paternelle n'avait pas fait l'objet d'une reconnaissance, étaient légitimes quant à leur mère ; et cette dernière ne pouvait exercer aucune action pour obtenir le paiement des frais de gésine ou des dommages-intérêts.[1535] *Si un homme abandonne la femme qu'il a rendue mère, c'est à celle-ci chez qui la nature a manifesté des preuves de maternité à nourrir et à élever son enfant et à remplacer le père lâche auquel elle s'est trop imprudemment confiée*, disait Oudot à ce propos.[1536] Puisque, comme le disait Berlier, il était attribué à la maternité *des effets certains*,[1537] la légitimité était dés lors acquise uniquement vis-à-vis de la branche maternelle. Ainsi, selon ce schéma de pensée, puisque la nouvelle législation permettait à l'enfant naturel, une fois sa filiation établie, de prétendre à l'introduction dans la famille et à l'accès aux droits successoraux et non plus à une simple créance alimentaire comme sous l'ancien droit, la reconnaissance devait être consentie et non pas imposée. De plus, un idéal d'amour paternel fut prôné par les

---

[1529] BERLIER, *op. cit.*, cité par MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », *op. cit.,* Page 381.
[1530] MULLIEZ Jacques, *ibidem*.
[1531] BERLIER, *op. cit.*, cité par MULLIEZ Jacques, *op. cit.*, Page 393, note 67.
[1532] OUDOT Charles-François, *Exposé des motifs...*, *op. cit.*, cité par MULLIEZ Jacques, *ibidem*.
[1533] BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Page 133.
[1534] MULLIEZ Jacques, *op. cit.*, Page 394, note 80.
[1535] *Cf.* MULLIEZ Jacques, *op. cit.*, Pages 382 et 384.
[1536] OUDOT Charles-François, *Essai...*, cité par MULLIEZ Jacques, *op. cit.*, Page 395, note 82.
[1537] BERLIER, *op. cit.*, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Page 133.

révolutionnaires, et l'avènement de cet amour était tributaire de *la liberté du géniteur de se reconnaître père*.[1538]

Au cours des mois précédents la loi du 12 brumaire an II, des informations relatives aux mesures législatives envisagées au sein de la Convention se propageaient dans les tribunaux. Des juges n'hésitèrent cependant pas à continuer à contraindre des pères présumés à assumer leur responsabilité, certains statuèrent encore d'après *ce principe de la raison qui veut qu'un père paie pour l'enfant et pour la fille qu'il a déflorée*. Pour quelques magistrats, il resta admis que *la simple déclaration d'une fille n'est pas suffisante mais qu'une déclaration authentique sous serment est une présomption*. Et même dans le mois qui suivit la promulgation de la loi, on observe que les juges du tribunal du Mans indiquèrent qu'*aucune loi n'interdit aux filles de rechercher le père de leur enfant*. Il est donc notable que des juges provinciaux persistèrent à nier la nouvelle prohibition découlant de la loi du 12 brumaire an II, tant cette disposition leur semblait déraisonnable.[1539] Pour les affaires relatives aux enfants naturels, la Convention avait imposé, le recours à la procédure d'arbitrage forcé[1540] (qui différait de l'arbitrage rendu par les tribunaux de famille, et qui eut une existence brève puisqu'il disparu en même temps que ces derniers[1541]) pour laquelle seule la voie de la cassation était autorisée. Le nombre de décisions rendues par des arbitres concernant des enfants naturels semble peu important ; et on constate que quelques arbitres, reprenant l'ancienne jurisprudence, condamnèrent des prétendus pères à payer des frais de gésine et des aliments.[1542]

[1538] *Cf.* MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », *op. cit.*, Pages 375-376.
[1539] FILLON Anne, *op. cit.*, Pages 306-307.
[1540] Le décret du 12 brumaire an II, à l'article 18, disposait : *Des arbitres choisis par les parties, ou, à leur refus, par le juge de paix du lieu de l'ouverture de la succession termineront toutes les contestations qui pourront s'élever sur l'exécution de la présente loi, notamment dans le cas où il n'aurait pas été fait inventaire à la mort du père ou de la mère des enfans nés hors mariage. En aucun cas, les jugements de ces arbitres ne seront sujets à l'appel.* DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome sixième, Pages 331 à 333.
Sur cet arbitrage, *Cf.* JALLAMION Carine, « Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », dans *Annales historiques de la Révolution française*, N° 350, octobre-décembre 2007, Pages 80-81 ; HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, Pages 177-178 ; et HALPÉRIN Jean-Louis, « La composition des tribunaux de famille sous la Révolution ou « les juristes, comment s'en débarrasser? » », *op. cit.*, Page 298.
[1541] Loi du 9 ventôse an IV (28 février 1796) qui *ordonne que les affaires dont la connaissance était attribuée à des arbitres forcés, seront portées devant les juges ordinaires*. DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome neuvième, Page 61.
[1542] HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, Page 197.

La recherche de paternité n'était pas interdite dans les procès encore pendants, et l'ancienne jurisprudence y était admise.[1543] En effet, ce fut ce qu'il ressortit d'un décret du 4-10 pluviôse an II (23-29 janvier 1794) *relatif au jugement des procès en déclaration de paternité*, dans lequel *la Convention nationale, après avoir entendu le rapport de ses comités de législation sur la pétition de la citoyenne Bertrand, tendant à ce qu'il soit rendu un décret qui autorise les tribunaux à juger définitivement les procès en déclaration de paternité, dans lesquels la preuve testimoniale a été ordonnée et faite antérieurement aux lois nouvelles sur les enfants nés hors mariage*, rappela *que les lois n'ont pas d'effet rétroactif.*[1544] Donc, les enfants naturels qui étaient en cours d'instance pour faire reconnaître leur filiation à l'époque de la publication de la loi, pouvaient encore prouver leur filiation selon les moyens issus de l'ancienne jurisprudence, ainsi la prohibition de la preuve par témoins consécutive à la loi du 12 brumaire an II ne rétroagissait pas.

Au cours des mois qui suivirent le 9 thermidor an II (27 juillet 1794) jusqu'en 1795, une remise en cause de la loi de brumaire ne semblait pas d'actualité au sein du Comité de législation. Néanmoins, en apportant des éclaircissements sur cette loi, dans un projet exposé par Oudot, le 1er jour complémentaire de l'an II (17 septembre 1794), le Comité voulut encadrer limitativement la portée de la loi, il précisa, entre autres, que *l'intention de la Convention était de ne jamais étendre les effets de la loi du 12 brumaire au-delà du 14 juillet 1789.*[1545] Après avoir entendu le rapport du Comité sur les pétitions qui lui furent renvoyées relativement à l'interprétation de la loi du 12 brumaire, la Convention répondit, à diverses questions dans le décret *explicatif* du 1er jour complémentaire de l'an II. Elle décida notamment que les enfants nés hors mariage représentaient leurs pères et mères décédés depuis le 14 juillet 1789, pour venir à la succession de leurs aïeux aussi décédés depuis cette époque.[1546]

Lors de sa séance sur l'élaboration du Code civil, le 19 frimaire an III (9 décembre 1794), il fut discuté la disposition suivante : *la loi n'admet pas la recherche de paternité non*

[1543] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 321.
[1544] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome septième, Page 15.
[1545] HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Pages 203-204.
[1546] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome septième, Pages 345-346.

avouée, *elle réserve à l'enfant méconnu par sa mère la faculté de prouver contre elle sa filiation*. Cette proposition de loi ne convenait pas à Pons de Verdun (membre du Comité de législation), il suggéra qu'*il présente des inconvénients graves, il exposerait une mère à être chargée seule de son enfant, le père s'en débarrasserait par une dénégation*. A l'opposé, Mailhe (membre du Comité de législation) soutenait *que l'on doit exiger des preuves de paternité écrites, qu'il serait contraire aux bonnes mœurs de donner trop de latitudes aux recherches inquisitoriales de la paternité*.[1547] L'article de loi fut ainsi adopté.[1548] Berlier (qui était à cette époque président du Comité de législation et de la Convention), dans une circulaire adressée aux tribunaux, le 6 floréal an III (25 avril 1795), indiqua que *l'intérêt des bonnes mœurs et la tranquillité des familles exigeait qu'on n'admît plus ces demandes scandaleuses en déclaration de paternité qui, à la honte de l'ancienne jurisprudence, retentissaient tous les jours devant les tribunaux*.[1549] Il signala également que *L'article 10 du Code civil, décrété dans la séance du 19 frimaire dernier, a comblé, à cet égard, les vœux de tous les amis de l'ordre social et de la vertu* [...],[1550] l'article évoqué par Berlier, était celui issu du second projet de Code civil, de fructidor an II, qui spécifiait que *la loi n'admet pas la recherche de paternité non avouée*. D'ailleurs, le troisième projet de Code civil conserva ce principe de l'interdiction.[1551] Par la suite, cette injonction fut renouvelée à diverses reprises. Le 15 prairial an III (3 juin 1795), par une circulaire aux tribunaux et aux juges de paix, la commission des Administrations civiles, Police et Tribunaux, rappela que *La Convention nationale (n'avait) pas entendu faire revivre ces procédures immorales qui avaient pour objet la recherche d'un secret sur lequel la nature a jeté un voile impénétrable, et dans lesquelles s'égarait le plus souvent la prudence du magistrat*. Et la commission dénonça des jugements relatifs à des demandes en déclaration de paternité au Tribunal de cassation.[1552] Considérant *combien il est facile de répandre des soupçons d'une paternité qui n'a jamais existé* au risque de troubler *la tranquillité domestique des familles*, le professeur Proudhon jugeait que *la*

[1547] Cités par GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Page 61.
[1548] *Cf.* HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Pages 211-212.
[1549] BERLIER cité par GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 119.
[1550] BERLIER cité par PHAN Marie-Claude, « La séduction impunie, ou La fin des actions en recherche de paternité », *op. cit.*, Pages 55-56.
[1551] HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Page 236.
[1552] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 118, note 41.

convention nationale a sagement aboli l'ancien mode de recherche sur la paternité non avouée.[1553]

L'abandon des réformes progressistes en faveur des enfants naturels se produisit sous la Convention thermidorienne avec la suppression du caractère rétroactif de la loi du 12 brumaire an II. Des pétitions furent adressées à l'Assemblée pour s'insurger contre les droits successoraux accordés aux enfants nés hors mariage,[1554] et contre l'effet rétroactif de la loi.[1555] Selon ses détracteurs, cette loi *démoralisant tous les rapports sociaux et légalisant la dépravation des mœurs*, devait être réformée.[1556] Le décret du 3 vendémiaire an IV (25 septembre 1795), à l'article 13, restreignit l'exercice du droit de succéder aux successions ouvertes depuis le 12 brumaire an II.[1557] Peu de temps après, le décret du 26 vendémiaire an IV (18 octobre 1795) annonça que l'exécution de cet article 13 était suspendue, et renvoya la question au Comité de législation.[1558] Ensuite, en 1796, sous le Directoire, l'effet rétroactif de la loi du 12 brumaire an II fut reporté. Certains députés s'évertuaient à soutenir les mesures rétroactives, comme Lanthenas qui souligna, lors de la séance du 24 prairial an IV (12 juin 1796), qu'elles avantageaient les *amis de la Révolution* et avaient *pesé, au contraire, sur ceux qui la détestent, sur ces aristocrates qui corrompent les filles du peuple et les abandonnent ensuite dans l'opprobre.*[1559] Ces députés souhaitaient le maintien des transactions et des jugements passés en vertu de l'effet rétroactif.[1560] Leurs arguments ne suffirent pas pour contrecarrer l'objectif visé par leurs adversaires. L'article 13 du décret du 3 vendémiaire an IV et le décret du 26 de ce même mois furent abrogés par la loi du 15 thermidor an IV (2 août 1796). Cette loi disposa, à l'article 1er, que le droit des enfants naturels de venir à la succession de leur père et mère s'ouvrait à partir de la date du 4 juin 1793, et elle abolit l'effet

---

[1553] PROUDHON, *Cours de législation et de jurisprudence françaises*, *op. cit.*, Tome premier, Pages 201-202.
[1554] Pour exemple, *cf. Adresse à la Convention nationale, au nom d'une infinité des pères et mères chargés des familles, et dont plusieurs sont à la veille d'être ruinés par des enfants nés hors mariage,* et un pamphlet du citoyen Auguste réfutant les attaques à l'encontre des droits des enfants nés hors mariage intitulé *Réponse d'un enfant naturel à l'adresse présentée à la Convention nationale par cinquante collatéraux de feu Messire de Boulogne*, cités par DESAN Suzanne, « Qu'est-ce qui fait un père ? Illégitimité et paternité de l'an II au Code civil », dans *Annales Histoire, Sciences sociales*, 2002, Volume 57, N° 4, Pages 943-944.
[1555] *Cf.* GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 127.
[1556] HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Page 223.
[1557] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome huitième, Pages 354 à 356.
[1558] *Idem*, Tome huitième, Page 404.
[1559] Cité par GARAUD Marcel, *op. cit.*, Pages 127-128.
[1560] *Cf.* HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Pages 240-241.

rétroactif attribué par la loi du 12 brumaire an II. Elle prévit, à l'article 3, pour les enfants déchus par cette résolution, l'attribution d'une pension alimentaire prise sur les successions de leurs père et mère et égale au revenu du tiers de la portion qu'ils y eussent pris s'ils étaient nés légitimes. La loi établissait une nouvelle rétroactivité puisque les enfants naturels devaient rapporter ce qu'ils avaient recueilli dans les successions de leurs père et mère ouvertes du 14 juillet 1789 au 4 juin 1793 pour ne conserver que le revenu du tiers.[1561] Et à l'article 4, elle décréta que *le droit de successibilité réciproque entre les enfants nés hors le mariage et leurs parens collatéraux et celui donné à ces enfans et à leurs descendans de représenter leurs père et mère, n'auront d'effet que par le décès de ces derniers, postérieur à la publication de la loi du 4 juin 1793, et seulement sur les successions ouvertes depuis la publication de celle du 12 brumaire.*[1562] Cette loi emportait donc également un effet rétroactif s'appliquant aux successions collatérales ouvertes depuis le 12 brumaire an II jusqu'au 15 thermidor an IV. La loi *interprétative* du 2 ventôse an VI (20 février 1798) le fit cesser en déclarant, à l'article 1er que les enfants nés hors mariage pouvaient recueillir les successions directes et collatérales ouvertes du 12 brumaire an II au 15 thermidor an IV, *quoique leurs père et mère fussent morts avant le 4 juin 1793*.[1563] Ces nouvelles dispositions conduisaient à une minimisation conséquente de la portée de la loi du 12 brumaire an II.[1564]

[1561] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 357.

[1562] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome neuvième, Page 153.

[1563] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome dixième, Page 237.

[1564] *Cf.* PROUDHON, *op. cit.*, Tome second, Pages 69 à 76. Proudhon établit un état des droits successoraux accordés aux enfants nés hors mariage en tenant compte de cette évolution législative. *Il faut en conséquence*, disait-il, *tenir pour règle constante, que moyennant une reconnaissance légale, les enfans nés hors le mariage succèdent immédiatement de leur chef : 1- A leur père et mère décédés après la publication de la loi du 4 juin 1793. 2- A leurs collatéraux morts depuis la publication du décret du 12 brumaire an II, jusqu'à celle de la loi du 15 thermidor an IV, et ce, à quelque époque que leurs père et mère soient décédés. 3- Depuis la publication de la loi du 15 thermidor an IV, et pour toutes les successions collatérales postérieurement ouvertes, les enfans nés hors le mariage n'y sont appelés qu'autant que leurs père et mère ne seraient pas morts avant la publication de celle du 4 juin 1793 ; parce qu'antérieurement à cette époque, le principe de cette successibilité n'existant pas, le prédécès des père et mère enlève aux enfans le milieu successible, requis par cette dernière loi, pour joindre les extrêmes de leur parenté avec ceux auxquels ils prétendraient succéder.* Et, s'agissant de la successibilité par droit de représentation, Proudhon faisait résulter de son analyse : *1- Que le fils légitime a droit de représenter son père dont il aurait été suffisamment reconnu, dans la succession de son aïeul ou bisaïeul mort dans l'intervalle de la publication du décret du 12 brumaire, à celle de la loi du 15 thermidor an IV, à quelque époque qu'on suppose que son père soit décédé, parce que la loi du 12 brumaire lui ayant donné droit de représentation, sans fixer aucun temps pour le décès du représenté, lui avoit par-là même accordé la qualité d'héritier, sans autre condition à cet égard, que celle de la preuve de sa filiation ; 2- Qu'à dater de la publication de la loi du 15 thermidor, le droit de représentation ne peut plus avoir lieu, à moins que le père de l'enfant né hors le mariage, ne soit décédé après celle de la loi du 4 juin 1793 ; parce que la loi du 15 thermidor, plus stricte sur le principe, ne veut plus qu'il puisse succéder en entrant aux lieu et place d'une personne*

Les législateurs révolutionnaires prônaient désormais une remise en cause du principe de l'égalité des enfants naturels qu'ils avaient défendu. Dans le troisième projet de Code civil qu'il présenta au Conseil des Cinq Cents, le 16 prairial an IV (4 juin 1796), Cambacérès proclama que *la meilleure législation est celle qui favorise l'intérêt général de la société et les progrès de la morale publique. Qu'importe que quelques individus soient privés de leurs droits de famille et élevés aux dépens de l'Etat, si par ce sacrifice le libertinage est proscrit, la tranquillité domestique assurée, les unions légitimes encouragées*.[1565] Ainsi furent définitivement enterrées les conceptions liées à la notion de mariage privé. Le revirement idéologique était frappant chez Cambacérès.[1566] En outre, dans ce projet de Code, une régression fut opérée quand à l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes, ainsi que le confirma le retour de la qualification de bâtards.[1567] Seuls les enfants naturels reconnus avant le mariage bénéficiaient de droits égaux à ceux des enfants légitimes. Quant à ceux reconnus dans le mariage, ils n'avaient droit qu'à la moitié d'une part d'enfant légitime *car*,

---

insuccessible, et obtenir par représentation, un droit dont le représenté ne fût jamais revêtu ; 3- Qu'il en est de même et par identité de raison, dans l'une et l'autre hypothèse, lorsque la représentation s'exerce en collatérale, soit par l'enfant né hors le mariage, soit par ses propres descendants, et qu'il faut tenir pour règle constante, qu'on n'examine point l'époque du décès du représenté, à l'égard des successions ouvertes entre les lois des 12 brumaire an II et 15 thermidor an IV ; mais que pour celles ouvertes ou à ouvrir depuis cette dernière loi, la représentation ne peut avoir lieu, en aucune ligne, si le père, par représentation duquel le fils né hors le mariage doit venir, ou ce fils lui-même que ses descendans voudraient représenter, est décédé avant la loi du 4 juin 1793, parce que dans l'un comme dans l'autre cas, on ne pourrait rejoindre les extrêmes, ainsi que l'exige la loi du 15 thermidor.

[1565] CAMBACÉRÈS, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Page 136.

[1566] BURGUIÈRE André, « La Révolution et la famille », dans *Annales*, Volume 46, N° 1, 1991, Page 166. Afin d'expliquer *l'instabilité* des révolutionnaires, cet auteur s'appuie notamment sur le livre de Michael Waltzer, *La révolution des saints* (Paris, 1987) qui porte sur la Révolution anglaise mais dont le modèle d'interprétation *est applicable pratiquement à toutes les révolutions*. André Burguière s'arrête sur *l'importance* que Michael Walzer *accorde à la phase la plus radicale de la Révolution, celle qui implique violence et terreur. C'est le moment*, souligne l'auteur, *où les acteurs, ayant voulu changer la société pour lui donner une assise nouvelle qui la réconcilie avec elle-même, découvrent avec angoisse l'écart existant entre l'ordre qu'ils espèrent et le désordre dans lequel le mouvement qu'ils ont provoqué plonge la société réelle. Ils surmontent provisoirement la contradiction par un emportement* [...]. *Mais au delà de cet emportement, ils doivent résoudre* [...] *la contradiction entre leur attachement à l'ordre et leurs rêves de changement. C'est la contradiction que nos élus de la Révolution, braves bourgeois et bons pères de famille, ont vécu entre leur désir de justice, d'émancipation de l'individu, de bonheur et leur attachement à un ordre familial où seraient préservées leur autorité et leur prééminence de père et d'époux.*

[1567] BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Page 137.

disait Cambacérès, *leur apparition soudaine ne doit pas faire éprouver de retranchements trop considérables à ceux qui ne les attendaient pas*.[1568]

Sans pour autant vouloir ressusciter le statut de l'enfant naturel de l'ancien droit, les législateurs du Directoire revinrent sur les mesures décrétées par les conventionnels de 1793 pour protéger l'institution familiale qu'ils estimaient fragilisée. Dans un rapport aux Cinq Cents, le député Siméon affirma que *Depuis longtemps de justes réclamations se sont élevées contre ces lois qui, pour corriger la dureté du droit ancien, ont été injustes elles-mêmes envers les mères de famille, leurs époux et les fruits de leur union légitime*.[1569] D'après lui, *les enfants nés hors du mariage furent trop favorisés sous le nouveau* (régime), et ceux qui avaient *en leur faveur* [...] *la sainteté du mariage, le lien et le pacte des familles*, s'en trouvaient lésés. Il défendit la prohibition de la recherche de paternité, car même s'il se rendait compte que *des libertins iront jetant impunément sur la terre des êtres auxquels ils auront imposé le fardeau de la vie, sans daigner le leur adoucir par les secours les plus nécessaires*, il estimait que *cette rigueur est juste, une fois le principe posé que hors du mariage il n'y a de paternité certaine que la reconnaissance de l'homme qui veut en goûter les sentiments et en remplir les devoirs*.[1570] Il suggéra que les droits successoraux des enfants naturels vis-à-vis de leur père et mère fussent systématiquement moindres que ceux des enfants légitimes, en leur attribuant une quote-part héréditaire (limitée à un tiers en présence d'enfants légitimes, et à la moitié en présence de collatéraux),[1571] n'osant proposer d'aller jusqu'à *réduire les enfants à de simples aliments*. Siméon n'hésita pas à analyser que l'Ancien Régime *dans des vues qui ne manquent ni de profondeur ni de philosophie, avait voulu, en affligeant le cœur des pères sensibles dans la personne de leurs enfants naturels, détourner les hommes de donner la vie à des êtres envers qui il ne leur sera pas permis de s'abandonner à leur tendresse, qui ne seraient les héritiers ni de leur nom, ni de leurs biens*,[1572] soutenant ainsi l'idée que le mariage était la seule union qui pouvait produire des effets patrimoniaux. Le projet de cette Commission, qui était représentatif de la mutation conservatrice de l'état d'esprit des

---

[1568] CAMBACÉRÈS, cité par SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Pages 358-359.
Cf. HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Page 238.
[1569] SIMÉON, *Rapport au nom d'une commission spéciale, sur la successibilité des enfants naturels*, 18 messidor an V, cité par OLIVIER-MARTIN François, *op. cit.*, Page 143, note 2.
[1570] SIMÉON, *op. cit.*, cité par SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 359.
[1571] HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Pages 253-254.
[1572] SIMÉON, *op. cit.*, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Pages 136 et 138.

révolutionnaires, ne fut pas voté.[1573] Dans le même sens, le député Pollart exposa qu'*il est impossible qu'un enfant naturel naisse avec les droits d'un enfant issu d'un mariage* [...]. *Vouloir, dans l'ordre social, que l'enfant naturel vienne se mêler avec l'enfant du mariage* [...], *c'est intervertir toutes les idées politiques, c'est proscrire le mariage, le nerf des États, l'antipode de la prostitution et du désordre.*[1574] Les discussions au sein des Conseils sur les enfants naturels continuèrent, et des partisans de la cause des enfants naturels se firent encore entendre. Par exemple, le 16 floréal an VI (5 mai 1798) le député Desmolin suggéra, dans un rapport, de permettre aux enfants naturels de prétendre aux successions ouvertes depuis brumaire an II sur la preuve de leur possession d'état ; son projet fut adopté par les Cinq-Cents, puis rejeté par la majorité des Anciens.[1575] Puis, le 26 frimaire an VII (16 décembre 1798), Jacqueminot, en exposant le programme d'une commission spéciale chargée de réformer la législation civile,[1576] énonça vouloir attribuer des préférences aux enfants légitimes sans vouer les autres à un abandon cruel.[1577]

Les tribunaux ne furent qu'assez peu sollicités par des enfants naturels réclamant de faire valoir leurs droits successoraux, parce que ceux-ci ne pouvaient bien souvent aspirer à aucun héritage du fait de la condition misérable de leurs géniteurs, ou bien en raison de la complexité pour établir la preuve de la paternité.[1578] Il semble que peu de procédures d'arbitrage concernèrent des enfants naturels.[1579] La compétence pour statuer sur ce type de litiges fut confiée, en 1795, aux tribunaux de district, et ensuite aux tribunaux civils départementaux.[1580] Les juges de la période postérieure à la Terreur s'avérèrent particulièrement sévères quant à l'admission des preuves légales du lien paternel permettant l'exercice des droits de successibilité.[1581] A travers les confrontations judiciaires entre les

---

[1573] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 360.
[1574] POLLART, *Motion d'ordre faite au Conseil des Cinq-Cents sur les enfants nés hors mariage*, 26 vendémiaire an VI, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Page 137.
[1575] HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Pages 255-256.
[1576] HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Page 257.
[1577] JACQUEMINOT cité par HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Page 258.
[1578] *Cf.* DESAN Suzanne, *op. cit.*, Pages 938 à 941.
[1579] HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Page 197.
[1580] DESAN Suzanne, *op. cit.*, Page 958.
[1581] Sur la définition restrictive de la paternité hors mariage initiée par le Tribunal de cassation (surtout après 1797), *cf.* DESAN Suzanne, *op. cit.*, Pages 958 à 961.

enfants illégitimes et les défendeurs apparaissent des visions différentes de la paternité et de la famille.[1582]

S'agissant des modes de preuves de leur filiation, les enfants nés hors mariage, dont les parents étaient décédés avant le 12 brumaire an II, en fournissaient la preuve grâce à une reconnaissance expresse par un aveu contenu dans un acte sous-seing privé ou dans un acte authentique, ou grâce à une reconnaissance tacite par la possession d'état, selon l'article 8 de cette loi. Une simple lettre missive, ou une promesse de pourvoir aux besoins de l'enfant, ou encore des marques d'attachements donnés par un couple de concubins lié par une vie commune sous le même toit (*Pater is est quem concubinatus demonstrant*) pouvaient établir la filiation naturelle.[1583] Les juges appréciaient si la reconnaissance était libre, volontaire et personnelle, si les soins prodigués à l'enfant avaient été constants.[1584] Pour l'établissement de la possession d'état par la preuve testimoniale, le tribunal de cassation exigea, dans un arrêt du 13 frimaire an X, un commencement de preuve par écrit.[1585] La reconnaissance d'un enfant naturel par un prêtre était permise, ce fut ce que jugea le tribunal d'appel de Grenoble, le 14 ventôse an XII : *Considérant que les nouvelles lois civiles ne s'occupent point des vœux religieux, les actes qu'a pu faire l'ex-chanoine Brunel, depuis la promulgation de ces lois, sont régis par les mêmes principes que ceux passés entre les autres citoyens*.[1586] Le cumul des deux types de preuves contenus dans l'article 8 n'était nullement exigé, la reconnaissance volontaire indépendamment de la possession d'état suffisait à établir la filiation, de même pour la possession d'état seule. Cette interprétation de la loi fut confirmée par la

---

[1582] Sur les argumentations des plaideurs, *cf.* DESAN Suzanne, *op. cit.*, Pages 938 et 944 à 958. L'auteur constate notamment que du côté des enfants illégitimes (*qui se présentaient comme le fruit de l'amour plutôt que de la faiblesse ou du libertinage*) et de leurs défenseurs, *la véritable paternité, la vraie famille, la seule force de cohésion sociale ne résidaient pas seulement dans le mariage mais dans l'affinité, les liens naturels entre parent et enfant, entre père et mère* ; et que pour les parties adverses c'est-à-dire les membres légitimes de la famille, la loi de brumaire avait mis en péril *l'unité des familles*, et selon eux, *l'union légale, et non la nature, faisait les vrais pères*, de plus, ils associaient parfois la promulgation de cette loi à l'atmosphère de désorganisation sociale générée par la Terreur d'autant plus qu'ils percevaient cette période *comme une force culturelle d'immoralité et de chaos*.

[1583] AYRENX Jacques d', *op. cit.*, Page 70.

[1584] Sur les conditions que devaient remplir la reconnaissance et la possession d'état, *cf.* AYRENX Jacques d', *op. cit.*, Pages 80 à 102.

[1585] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 118.

[1586] AYRENX Jacques d', *op. cit.*, Pages 90-91.

jurisprudence, dans un arrêt de la section des requêtes de la Cour de cassation rendu le 26 février 1823.[1587]

La situation faite par la loi du 12 brumaire an II aux enfants naturels dont les parents viendraient à mourir après cette date était défavorable en comparaison de celle faite à ceux qui avaient perdus leurs parents avant le 12 brumaire an II. La preuve par la simple possession d'état ne leur était pas permise, une reconnaissance volontaire et par acte authentique était exigée pour prouver leur filiation paternelle.[1588] Pour les enfants naturels dont les parents étaient morts après la promulgation de la loi de brumaire et avant celle du Code civil, la question fut de déterminer si, à défaut d'un acte de reconnaissance, ils pouvaient tout de même fonder la preuve de leur filiation sur la possession d'état. Les imprécisions qui ressortaient de la loi de brumaire amenèrent des difficultés pour la pratique judiciaire. Ce fut ainsi que le tribunal de Saône et Loire dut sursoir à statuer, dans un jugement du 12 nivôse an V, pour questionner le Corps législatif afin de savoir si *l'enfant né hors du mariage dont le père est décédé depuis la promulgation de la loi du 12 brumaire an II doit , pour avoir droit à la succession, avoir été par lui reconnu par-devant l'officier public, ou s'il lui suffit de représenter des actes privés et d'offrir la preuve des soins qui lui ont été donnés à titre de paternité.* Un arrêté du Directoire du 12 ventôse an V (2 mars 1797) rapporta la réponse du ministre de la Justice, Merlin, qui défendait la nécessité d'une reconnaissance authentique.[1589] L'interprétation très restrictive de Merlin fut transmise au Conseil des Cinq Cents. La

---

[1587] *Idem*, Pages 80-81.

[1588] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Pages 322-323.

[1589] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome neuvième, Pages 361 à 365. Le ministre répondit de la façon suivante : (…) *Pour les pères morts avant la loi, le législateur n'exige qu'une preuve supplétive résultant soit d'écrits publics ou privés, soit des soins donnés à titre de paternité et sans interruption, pour l'éducation et l'entretien. Pour les pères encore existants, le législateur exige une reconnaissance authentique, puisqu'il entend que les droits de leurs enfants soient, en tous points, réglés par les dispositions du Code civil* (…). *Il suffit de rapprocher les articles 1, 10, 11, 12, de la loi du 12 brumaire an II, pour reconnaître qu'on a en vue, dans l'art. 8, que les enfants dont les pères n'existaient plus, que c'est pour eux que la loi a fixé, dans cet article, un mode de reconnaissance, et que ce mode ne saurait s'appliquer à ceux dont les pères existaient encore, et avaient par conséquent la faculté de les reconnaître* (…) *On a donc exigé, pour cette classe d'enfants, dont les pères se trouveraient exister au moment de la publication de la loi, une reconnaissance faite devant un officier public. C'est dans les art. 11 et 12 que se trouve cette disposition. Elle paraît d'abord ne s'appliquer qu'à des cas particuliers, mais, en y réfléchissant, en se rappelant que le législateur a voulu abolir la recherche de paternité non avouée, et fonder sur une reconnaissance positive les rapports des enfants naturels avec leurs parents, il est facile de voir que la loi du 12 brumaire a institué la formalité de la reconnaissance devant l'officier public, pour les pères survivants. (...)* Et il conclut que *Les enfants naturels qui n'ont pas été reconnus par leurs pères, demeurent dans l'état d'indétermination où les avait placés le décret du 4 juin 1793, et ils n'ont que des aliments à prétendre jusqu'au moment où le Code civil aura été décrété.*

Déclaration du 16 floréal an VI (5 mai 1798), résuma la position dominante au sein de ce Conseil : *Les enfants hors mariage dont les pères sont morts depuis la publication de la loi du 12 brumaire an II, et ceux dont les parents mourront jusqu'à la publication du Code civil ne sont tenus à prouver leur possession d'état que de l'une des manières indiquées par l'art. 8 de la dite loi.*[1590] En outre, le même jour, le Conseil des Cinq Cents décida que les actes portant reconnaissance volontaire de paternité, quoique provoqués et déterminés par des poursuites judiciaires, suffisaient pour constater l'état des enfants nés hors mariage, et les rendre habiles à succéder.[1591] Mais, le Conseil des Anciens dans un décret du 12 thermidor an VI (30 juillet 1798) rejeta *la résolution sur la reconnaissance des enfans nés hors mariage* ; puis, par un décret du 13 thermidor an VI (31 juillet 1798), il repoussa *la résolution relative aux jugemens sur le genre de preuve de possession d'état que les enfans nés hors mariage doivent rapporter*.[1592] Ainsi, la reconnaissance explicite et librement consentie (du fait de *l'affection* portée à l'enfant)[1593] par le père était exigée depuis le 12 brumaire an II. Cependant, du fait du désaccord entre les deux assemblées, les tribunaux restèrent embarrassés pour statuer à cet égard.[1594] Dans un arrêt de rejet du 4 germinal an X, le tribunal de cassation jugea que la recherche de la paternité avait été proscrite par l'article 8 de la loi du 12 brumaire an II, à l'égard des pères morts après la publication de cette loi.[1595] Les controverses sur ce sujet cessèrent avec la loi du 14 floréal an XI.

Le Code civil devait régler les droits des enfants naturels dont les parents étaient morts après la promulgation de la loi du 12 brumaire an II. En attendant l'avènement du Code, des tribunaux statuèrent en considérant que les articles 1 et 2 de cette loi s'appliquaient, certains

---

[1590] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 120.
[1591] PROUDHON, *op. cit.*, Tome second, Page 84, note 1.
[1592] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome dixième, Pages 379-380.
[1593] *Cf.* CHABOT de l'ALLIER, *op. cit.*, Tome second, Pages 133 à 139 et spécialement page 138.Sur le rejet de la résolution concernant les reconnaissances faites après des poursuites judiciaires, Chabot de l'Allier analysait que *les raisons qui déterminèrent ce rejet ne tenaient pas seulement aux grands motifs d'intérêt et d'ordre publics qui repoussaient cette nouvelle extension d'une loi dont les dispositions pouvaient déjà devenir si funestes aux mœurs et au droit sacré de propriété. Le Conseil des Anciens vit encore très clairement qu'une reconnaissance, déterminée par des poursuites judiciaires, ne pouvait porter le caractère d'une reconnaissance libre et spontanée, que ces deux idées impliquaient même contradiction, et que le vœu littéral, comme l'esprit de la loi du 12 brumaire, repoussaient également la reconnaissance qui n'aurait pas pour cause l'intime conviction du père, manifestée librement, sans le concours d'aucun autre motif que l'affection paternelle*.
[1594] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 121.
[1595] BARET Paul, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger,* Paris, Marescq, 1872, Page 62.

accordèrent une successibilité à titre provisoire, comptant sur un règlement définitif avec la promulgation du Code. Après avoir régulièrement cassé les arrêts jugeant dans ce sens, le Tribunal de cassation rendit un arrêt, le 24 prairial an VII, dans lequel il jugea que la loi de brumaire réglait uniquement les droits des enfants nés hors mariage dans les successions ouvertes avant la publication de cette loi. Sa décision fut consacrée par la loi du 14 floréal an XI.[1596] Par ailleurs, le tribunal de cassation, dans un arrêt du 23 messidor an X, précisa que les enfants naturels étaient renvoyés au Code civil pour le règlement de leur état et de leurs droits relativement aux successions maternelles comme aux successions paternelles.[1597] La loi du 14 floréal an XI, postérieure à la loi du 2 germinal an XI qui formait le titre VII du Code civil relatif à la paternité et à la filiation, régla un certain nombre de conflits jurisprudentiels.[1598] L'article 1 disposa : L'état et les droits des enfans nés hors mariage, dont les pères et mères sont morts depuis la promulgation de la loi du 12 brumaire an II, jusqu'à la promulgation des titres du Code civil sur la Paternité et la Filiation et sur les Successions, sont réglés de la manière prescrite par ces titres. Et l'article 3 prescrivit que Les conventions, et les jugemens passés en force de chose jugée, par lesquels l'état et les droits desdits enfants naturels auraient été réglés, seront exécutés selon leur forme et teneur.[1599] Ainsi, la tendance favorable à une mise en application particulièrement restrictive des droits des enfants naturels l'emporta.

La loi du 12 brumaire an II n'avait réglé que la question successorale, elle ne contenait aucune prescription quant aux actions en demandes d'aliments qui pouvaient être formulées à l'encontre de parents naturels. Dés lors, la question se posa de savoir si l'obligation alimentaire qui existait sous l'empire de l'ancien droit subsistait. D'autant plus que des actions en déclaration de paternité formées pour obtenir des aliments continuèrent, après la loi du 12 brumaire, à être portées devant les tribunaux. Par exemple, une demande de la part de la mère d'un enfant naturel à l'encontre du père présumé fut portée devant le Tribunal de Toulouse, qui statua, en appel, le 6 germinal an III.[1600]

[1596] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 123.
[1597] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome sixième, Page 333, note 4.
[1598] BARET Paul, *op. cit.*, Page 60.
GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 121.
[1599] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome quatorzième, Pages 237-238.
GARAUD Marcel, *op. cit.*, Pages 121 et 125.
[1600] *Cf.* SICARD Germain, « Les femmes devant la justice à Toulouse », dans *Les femmes et la Révolution française*, *1-Modes d'action et d'expression, Nouveaux droits-Nouveaux devoirs*, Actes du colloque international, 12-13-14 avril 1989, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1989, Page 388.

Proudhon souleva, dans son Cours, la question de savoir si *les enfans illégitimes ont encore indifféremment une action ouverte, pour exiger des alimens de leurs pères et mères*, et il distingua trois hypothèses. D'abord, s'agissant de ceux reconnus par leurs pères et mères, et dont la paternité était établie suivant les formes prescrites par la loi du 12 brumaire an II, *nul doute qu'ils n'aient droit à actionner leurs pères et mères*, répondait-il. Ensuite, concernant ceux dont la paternité n'était ni prouvée, ni avouée par leurs pères, il analysait qu'*ils ne peuvent être fondés à intenter aucune action semblable contre leurs pères ; car les droits d'alimens présupposent la paternité dans celui contre lequel on en forme la demande* [...] ; *on ne pourrait plus aujourd'hui en France, intenter cette action contre le père qui désavouerait un enfant, quand celui-ci n'aurait pas de preuves antérieurement acquises de sa filiation*. Enfin, étudiant le cas de ceux dont la paternité était prouvée ou avouée, mais sans que les titres la constatant fussent authentiquement revêtus des formes prescrites par la loi, pour les rendre successibles à leurs parents, il posait la question suivante : *Un père actionné par son fils naturel pour obtenir de lui des alimens, serait-il recevable à les lui refuser, en ne déniant pas la paternité ?* Et il enseignait que le droit de successibilité était totalement différent du droit d'aliments, *d'où il résulte qu'on ne peut pas arguer d'un de ces droits à l'autre, en disant au fils : je ne vous dois point d'alimens, parce que vous n'avez pas droit de me succéder* ; il ajoutait que *la nouvelle législation Française ayant voulu améliorer le sort des enfans nés hors le mariage, ce serait aller directement contre son esprit, que de prétendre qu'elle les a privés d'un droit qu'ils avaient auparavant lorsqu'elle ne le dit pas*.[1601] De cette manière, Proudhon prenait acte des acquis de la législation de l'an II.

La jurisprudence en la matière fut particulièrement controversée. Ce qui pouvait apparaître comme *le véritable esprit* de la loi de brumaire,[1602] c'est-à-dire que pour obtenir des aliments, l'enfant né hors mariage n'était pas tenu d'utiliser les modes de preuves imposés à l'article 8 de cette loi, et qu'il pouvait se référer à l'ancien droit et utiliser toute sortes de preuves (entre autres, la preuve testimoniale), ne fut pas toujours pris en compte par les tribunaux. D'un côté, des demandes à fin d'aliments furent parfois accueillies lorsque le demandeur avait apporté les preuves exigées au moment de l'ouverture de la succession à

[1601] PROUDHON, *op. cit.*, Tome premier, Pages 198 à 205.
[1602] AYRENX Jacques d', *op. cit.*, Pages 204-205.

laquelle il prétendait. Dans un arrêt du 3 floréal an III, le tribunal de cassation considéra que la loi de brumaire n'avait aboli la recherche de paternité que relativement aux droits successifs. Et le tribunal de cassation, dans un arrêt du 14 thermidor an VIII, jugea que le demandeur ne pouvait pas être assujetti à fournir des titres et des actes imposés par une loi publiée postérieurement à l'exercice de son action (plus précisément, l'enfant naturel qui réclamait des aliments sur la succession de son père, décédé en 1780, fut admissible à la preuve par témoins). Des tribunaux d'appel suivirent cette ligne jurisprudentielle qui admettait la recherche de paternité tendant à la simple prestation d'aliments. Le tribunal d'appel de Paris, dans un arrêt du 13 ventôse an X, admit que l'écrit sous seing-privé par lequel un homme s'était reconnu père de l'enfant dont une femme était enceinte et la procuration qu'il avait donné afin de faire inscrire cet enfant sous son nom sur les registres de l'état civil, pouvaient servir de fondement à la demande d'aliments de l'enfant (bien qu'en l'espèce la procuration avait été révoquée avant d'avoir été suivie d'effet). La juridiction d'appel confirmait le jugement qui avait condamné le père au paiement d'une pension alimentaire en statuant de la façon qui suit : *Considérant qu'il n'était point question, quant à présent, du droit de successibilité mais d'une demande d'aliments ; que dans le silence de la législation présente il fallait remonter à l'ancienne jurisprudence qui était encore en vigueur,* [...]. De plus, le tribunal de cassation jugea, le 21 prairial an X, que le décret du 12 brumaire an II, relativement à son interdiction de la recherche de la paternité, n'avait pas entendu viser les actions déjà formées n'ayant pour seul objet des aliments. D'un autre côté, certains tribunaux statuèrent selon les dispositions du Code civil (en s'appuyant sur la loi du 14 floréal an XI qui le rendit applicable à partir du 12 brumaire an II) sans établir de distinction entre les demandes d'aliments et les demandes à visée successorale, ainsi l'enfant naturel ne pouvait intenter l'action que s'il possédait une reconnaissance authentique (la preuve par des écrits privés ou par des soins ininterrompus ne pouvait être utilisée). En effet, un revirement jurisprudentiel s'était produit. Le tribunal de cassation, dans un arrêt du 19 vendémiaire an VII, estima que la femme qui devenait mère en dehors du mariage n'avait pas conservé le droit de demander des dommages-intérêts à l'homme qui déniait la paternité ; ainsi il fut décidé que la paternité n'était pas divisible et que toutes les actions relevant d'une recherche en paternité étaient irrecevables. Par la suite, il confirma cette position dans un arrêt du 3 ventôse an XI, en jugeant que la recherche de la paternité était abolie de façon absolue. Puis, dans un arrêt du 26 mars 1806, la Cour de cassation renforça l'interdiction de la recherche de paternité : elle était prohibée même lorsqu'elle n'avait pas pour but d'attribuer à l'enfant des droits de successibilité, et qu'elle était formée par la mère pour obtenir des frais de gésine et

des aliments.[1603] Donc l'abolition de la recherche de paternité s'était répercutée également sur les actions en frais de gésine ou en dommages-intérêts intentées par des mères naturelles au lendemain de la loi de brumaire.[1604] On peut d'ailleurs noter que dès que les nouvelles dispositions législatives avaient commencé à se diffuser, des pères présumés comptèrent sur leur application pour échapper aux poursuites des tribunaux qui persistaient à accueillir des actions aux fins de faire déclarer leur paternité.[1605] De surcroit, dans cette ligne jurisprudentielle prônant le rejet de la recherche de paternité aux fins de recevoir des droits successoraux ou des aliments, la Cour de cassation rendit un arrêt de rejet, le 6 janvier 1808, qu'elle motiva en déclarant que *Depuis la loi de brumaire, nul n'a pu être contraint à reconnaître un enfant naturel qu'il ne jugeait pas à propos d'avouer*.[1606] En outre, l'enfant naturel, même s'il était reconnu, ne pouvait pas former de demandes d'aliments à l'encontre des ses aïeux ou de ses collatéraux, en ligne paternelle comme en ligne maternelle.[1607]

On constate que les reconnaissances établissant une filiation naturelle étaient intégrées parmi les moments marquants de la vie familiale. En effet, d'après la loi du 13 fructidor an VI (30 août 1798) *relative à la célébration des décadis*, les reconnaissances d'enfants nés hors

---

[1603] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome sixième, Page 332, notes 2 et 3.
AYRENX Jacques d', *op. cit.*, Pages 72 à 78 et 204 à 207.
GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 118, note 41.

[1604] MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, *op. cit.*, Tome sixième, « Fornication », Pages 776-777. Merlin soulevait l'hypothèse où *l'homme actionné en dommages-intérêts et en paiement des frais de couche, reconnaissait ou avait précédemment reconnu par écrit, qu'il est effectivement l'auteur de la grossesse de la fille ou veuve qui se pourvoit contre lui. Les lois nouvelles*, disait-il, *sont muettes sur cette question ; mais elle paraît devoir être résolue par le principe, qu'il ne peut être exigé de dommages-intérêts qu'à raison, ou de l'inexécution d'un contrat, ou d'un délit, ou d'un quasi-délit. Ainsi, un homme, pour triompher de la vertu d'une femme honnête, a-t-il fait briller à ses yeux une promesse de mariage, et celle-ci en rapport-t-elle la preuve par écrit? Alors nul doute que des dommages-intérêts ne soient dus à la femme, non pas précisément parce que cet homme l'a rendue mère, mais parce qu'il a violé sa foi.* (…) *Mais n'y a-t-il eu ni promesse de mariage, ni violence, et la femme n'allègue-t-elle qu'une vaine séduction? Dans cette hypothèse, qui est la plus ordinaire, point de dédommagement. Il n'y a point de délit caractérisé par les lois ; et si l'on peut dire qu'il y a un quasi-délit, on peut dire aussi que la faute qui le constitue, existe de la part de la femme tout aussi bien que de la part de l'homme ; qu'il est contre l'équité naturelle, contre la saine raison, que, pour une faute commise par deux personnes, on indemnise l'un des coupables aux dépens de l'autre* (…).

[1605] *Cf.* FILLON Anne, *op. cit.*, Pages 307 à 310. Par exemple, en janvier 1794, le tribunal de La Flèche (Sarthe) condamna un père présumé à décharger la mère de l'enfant à naître, à le nourrir et à l'entretenir, et à verser à la mère 300 livres pour réparation de *son honneur et de la flétrissure de sa réputation* et 60 livres pour les frais d'*accouchement*. Le prétendu père avait décidé de ne pas comparaitre. La mère n'obtint plus que 100 livres en tout devant les seconds juges. Le prétendu père finit par comparaitre et il réclama la nullité des deux décisions de justice, au motif qu'il ne reconnaissait plus être le père de l'enfant et que de nouvelles lois avaient été décrétées.

[1606] BARET Paul, *op. cit.*, Page 63.

[1607] AYRENX Jacques d', *op. cit.*, Page 207.

mariage étaient communiquées publiquement chaque décadi, comme, entre autres, les naissances et les adoptions.[1608]

Par ailleurs, concomitamment à la prohibition de la recherche de paternité, le ministre de l'Intérieur, François de Neufchâteau, prescrivit, dans une circulaire, le 21 ventôse an VII (11 mars 1799), que lors de la rédaction de l'acte de naissance d'un enfant naturel, le nom du père ne devait être inscrit ni en l'absence de celui-ci, ni dans l'hypothèse où le mariage n'était pas *constant*, parce qu'*il n'y a de père aux yeux de la loi que celui que désigne une union légitime, ou sa propre déclaration*.[1609]

Dans l'ensemble, le nombre des reconnaissances d'enfant naturel était bien faible par rapport au nombre d'enfants abandonnés.[1610] L'intégration dans une famille des enfants nés hors mariage ne s'imposait donc pas comme un impératif, elle dépendait de la volonté de leurs auteurs, et ceux qui n'étaient ni reconnus par leur père ni avoués par leur mère, étaient censés bénéficier de l'assistance de la patrie.

§ 2 : Le sort des *enfants de la Patrie*

Les filles-mères qui devaient assumer seules l'entretien et l'éducation *des enfants de la nature*,[1611] en étaient parfois réduites, par la misère, à une seule alternative : l'abandon. Outre

---

[1608] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome dixième, Page 398. L'article 5 de cette loi prescrivait : *Le décadi, il est donné connaissance aux citoyens des naissances et décès, ainsi que des actes ou jugemens portant reconnaissance d'enfans nés hors mariage, des actes d'adoption et des divorces qui ont eu lieu durant la décade. A cet effet, chaque agent municipal ou officier public remettra ou fera parvenir au président de l'administration municipale, la notice des actes ci-dessus énoncés qu'il aura reçus pendant la décade. Le secrétaire en donnera récépissé.*
Cf. LAIDIÉ Frank, « Parents, enfants, la famille dans la fête révolutionnaire. Images et symboles d'une régénération juridique », *op. cit.*, Page 495.
CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 2004, Page 1045. L'auteur analyse que la reconnaissance était devenue, *dans les rêves révolutionnaires,*(un) *acte de volonté joyeuse et d'une gravité antique*.
[1609] Cité par PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Page 56.
[1610] HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, Page 197.
[1611] Cette expression fut usitée lors d'une audience du 21 avril 1792 du tribunal du 3e arrondissement de Paris : *enfants de la nature, uniques fruits de l'amour, c'est à l'amour seul qu'il faut les confier, c'est donc à celui des auteurs de leurs jours qui leur a témoigné une tendresse plus pure* (…), cité par DOUARCHE Aristide, *Les tribunaux civils de Paris pendant la Révolution*, Paris, 1905, Tome 1, Page 288, cité par FORTUNET Françoise, « Sexualité hors mariage à l'époque révolutionnaire : les mères des enfants de la nature », *op. cit.*, Page 191.

cela, dans les couples de concubins des milieux populaires, des pères qui partageaient toujours l'habitation commune ne voulaient pas donner leur nom à leur descendance (néanmoins, le plus souvent les hommes reconnaissaient la paternité des enfants issus du couple). Ils projetaient de se défaire de leur progéniture, toutefois, les concubines n'étaient pas forcément d'accord pour abandonner leurs enfants.[1612]

Dès le début de la Révolution, la situation des enfants abandonnés fut prise en considération. En 1790, le Comité pour l'extinction de la mendicité se pencha sur ce sujet (principalement dans le but de réduire la mortalité élevée de cette population). Les enfants abandonnés étaient pour beaucoup d'entre eux, nés hors mariage.[1613] Globalement, ceux qui étaient désignés par les termes d'enfants trouvés furent souvent apparentés à des bâtards, et dénigrés de la même façon ; ce rejet fut souligné dans l'*Encyclopédie Méthodique* : *non-seulement nous frappons d'infâmie l'enfant né d'un mariage simplement naturel, mais encore nous supposons que tous ceux que le hasard, le malheur, des circonstances fâcheuses, ont privé de leurs parens, sont dans le même cas ; et, par crainte de n'être pas assez injustes, nous enveloppons le connu et l'inconnu dans la même proscription.*[1614] Et l'opinion selon laquelle ces enfants devaient être réputés légitimes fut soutenue de cette manière : *nous pensons seulement que les enfans-trouvés devroient* [...] *être censés tous légitimes, jusqu'à ce qu'enfin on ait détruit toutes ces distinctions ridicules et oppressives, qui n'ont d'autre origine que les erreurs et les prétentions du despotisme des familles*.[1615]

Par un décret du 10-21 septembre 1790, la charge des secours accordés aux *hôpitaux d'enfans trouvés*, qu'assumait le trésor public, fut transférée aux municipalités et aux départements à compter du 1er janvier 1791 (article 7).[1616] Puis, l'État s'engagea à se charger des enfants trouvés. D'une part, les seigneurs hauts-justiciers furent déchargés de toute obligation de nourrir et d'entretenir les enfants exposés et abandonnés dans leur territoire, par

---

[1612] GODINEAU Dominique, *op. cit.*, Page 35.
[1613] PHAN Marie-Claude, *op. cit.*, Page 56.
CHARPENTIER Jehanne, *op. cit.*, Pages 182 à 184.
[1614] *Encyclopédie méthodique*, *Jurisprudence*, Tome dixième, *op. cit.*, « Enfant trouvé », Page 143.
[1615] *Ibidem*.
[1616] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome premier, Pages 414-415.

le décret du 29 novembre-10 décembre 1790.[1617] Et d'après le décret du 13-20 avril 1791, les seigneurs demeuraient déchargés de l'entretien des enfants trouvés depuis la publication des décrets du 4 août 1789 (titre Ier, article 7).[1618] D'autre part, il incombait désormais au Trésor public de financer les dépenses des hôpitaux pour l'entretien des enfants trouvés en vertu des décrets du 29 mars-3 avril 1791 et du 28 juin-11 septembre 1791.[1619] En outre, la Constitution du 3 septembre 1791 plaça la sauvegarde de ces enfants au rang des mesures fondamentales en décrétant, au titre premier : *Il sera créé et organisé un établissement général de Secours publics, pour élever les enfants abandonnés* [...].

Les conventionnels de 1793 se préoccupèrent du problème de l'enfance délaissée. Dans leur politique d'assistance aux indigents,[1620] fut prévue la prise en charge des enfants abandonnés car ceci relevait de la *dette nationale*. Selon l'article 8 du décret du 19-24 mars 1793, les fonds de secours fournis par la République étaient destinés, entre autres, à des hospices pour les enfants abandonnés ; et l'article 11 prescrivit l'établissement d'*officiers de santé* pour ces enfants.[1621] Dans son projet du 9 avril 1793, Durand de Maillane, envisagea que l'État assumât la charge des enfants des *filles notoirement publiques*.[1622] Par la suite, lors de la séance du 26 juin 1793, Maignet, rapporta à la Convention que la responsabilité des enfants abandonnés incombait impérativement à la société : *c'est une adoption parfaite qu'on lui demande et qu'elle ne peut refuser*.[1623] Il souligna que *la patrie a besoin d'enfants sains et robustes que leur mère élèvera dans les saints principes d'une éducation républicaine*.[1624] Selon les principes de cette politique les mères pouvaient choisir de garder leurs enfants auprès d'elle pour les allaiter, en contrepartie d'une aide financière. L'accès libre et gratuit à des hospices devait éviter des expositions en facilitant l'acte d'abandon.[1625] Ainsi, dans le

---

[1617] *Idem*, Tome second, Page 72.
[1618] *Id.*, Tome second, Page 358.
[1619] *Cf. id.*, Tome second, Page 337, et Tome troisième, Page 79.
[1620] *Supra* Chapitre 1, Section 2, § 2.
[1621] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome cinquième, Pages 255-256.
[1622] BURGUIÈRE André, « La Révolution et la famille », *op. cit.*, Page 164.
[1623] MAIGNET, *Rapport au nom du Comité des secours publics*, cité par FORTUNET Françoise, « Sexualité hors mariage à l'époque révolutionnaire : les mères des enfants de la nature », *op. cit.*, Page 191.
[1624] MAIGNET, *op. cit.*, cité par FORTUNET Françoise, « Qui sont les mères de nos enfants? », dans *Les femmes et la Révolution française*, *1-Modes d'action et d'expression, Nouveaux droits-Nouveaux devoirs*, *op. cit.*, Page 404.
[1625] *Cf.* MURAT Daniel, « Mères et filles-mères dans le Gard durant la Révolution », dans *Les femmes et la Révolution française*, *2- L'individuel et le social, apparitions et représentations*, *op. cit.*, Pages 47-48. L'auteur

décret du 28 juin-8 juillet 1793, il fut ordonné que *La nation se charge de l'éducation physique et morale des enfants connus sous le nom d'« enfans abandonnés »* (titre Ier, § II, article 1er) ; et que *Ces enfans seront désormais désignés sous la dénomination d'« orphelins »* (article 2). La protection morale et physique de ces enfants était assurée par la nation, ils devaient être retirés à leur mère, le cas échéant (article 6).[1626] Le placement des orphelins était géré par une *agence de secours*, qui les confiaient à une nourrice, ou à des citoyens, *après avoir reconnu qu'il y a sûreté et avantage, soit pour les mœurs, soit pour l'éducation physique de l'enfant* ; ceux-ci pouvaient exiger une pension, accordée pour chaque enfant et en fonction de l'âge (articles 8 à 12). La fréquentation des *écoles nationales* et la mise en apprentissage de ces enfants faisaient partie des obligations des nourriciers (article 13).[1627] Un nouveau qualificatif pour nommer les enfants abandonnés ou exposés fut choisi par la Convention, qui, dans un décret du 4-5 juillet 1793, déclara *que les enfants trouvés porteront le nom d'Enfants naturels de la Patrie*.[1628] Puis, un décret du 19 août 1793 fixa le taux des indemnités accordées aux familles ou aux individus qui s'étaient chargés d'élever ces enfants.[1629] Et un décret du 7 germinal an II (27 mars 1794) alloua *des fonds pour les orphelins des hospices, et les enfans abandonnés ou allaités par leur mère*.[1630]

Selon les législateurs de cette époque, les filles-mères devaient être secourues, pour l'éducation de leurs enfants, par leur famille, ou à défaut, par la société.[1631] Ce fut, ce que Berlier, suggéra : *Si cependant la maison de l'aïeul devenait pour l'enfant de sa fille un séjour d'amertume,* [...]*, il faut qu'un hospice soit ouvert à cet enfant, sur demande de sa mère ; mais si elle veut le conserver avec elle,* [...] *que l'aïeul fournisse des aliments à l'enfant et à sa fille.*

---

relève que, jusqu'en 1792, l'admission des enfants illégitimes à hospice de Nîmes était payante dans plus de 60 % des cas.

[1626] Il fut décrété dans l'article 6 : *S'il y avait, dans quelques-unes des époques où ces enfans seront à la charge de la nation, des dangers, soit pour leurs mœurs, soit pour leur santé, à les laisser auprès de leur mère, l'agence, après en avoir référé aux corps administratifs supérieurs, et d'après leur arrêté, les retirera et les placera, suivant leur âge, soit dans l'hospice, soit chez une autre nourrice.*

[1627] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome cinquième, Pages 447 à 453.

[1628] *Idem*, Tome sixième, Page 5.

FORTUNET Françoise, « Sexualité hors mariage à l'époque révolutionnaire : les mères des enfants de la nature », *op. cit.*, Page 188.

[1629] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome septième, Page 149.

[1630] *Idem*, Tome sixième, Pages 125-126.

[1631] MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », *op. cit.*, Page 384.

En outre, Berlier envisagea que les établissements publics ayant pour mission de recevoir et d'assister les enfants fussent financés par les célibataires : *Hommes inutiles* [...], *la société a au moins le droit de lever sur vous cette taxe sacrée* [...].[1632] Dans le même temps où ils déniaient toute recherche en paternité non avouée, plaçant alors les mères naturelles et leurs enfants dans une situation critique, les conventionnels leur laissaient le recours à des secours. Dès lors, c'était sur la société qu'était transférée la charge des frais de gésine, de l'entretien et de l'éducation des enfants. A cet égard, on relève le cas, en 1794, d'un père naturel qui, refusant de se charger de son enfant et de payer des dommages-intérêts à la mère, se dédouana de cette responsabilité en invoquant la loi sur les secours ; les juges lui donnèrent raison, invitant la mère à jouir *des lois bienfaisantes de la Convention.*[1633] Néanmoins, les intentions des législateurs ne suffirent pas à résoudre les difficultés. Le nombre des abandons ne cessait de s'accroitre. La faillite du système mis au point en 1793 fut la conséquence de son *caractère tout théorique* ; la pénurie au niveau des structures censées recevoir les mères naturelles et leurs enfants était flagrante.[1634] L'œuvre de la Convention relative aux secours à accorder aux enfants abandonnés, qui pourtant visait clairement à la conservation de la vie de ces enfants,[1635] essuya des critiques en raison de la prise en considération des mères naturelles.[1636]

Sous le Directoire, le dispositif d'assistance fut révisé. La loi du 27 frimaire an V (17 décembre 1796), disposa, à l'article 1er, que *Les enfants abandonnés, nouvellement nés, seront reçus gratuitement dans tous les hospices civils de la République.*[1637] La condition des *enfants de la Patrie* suscitait toujours l'intérêt, puisque le Directoire établit un contrôle consistant à

[1632] BERLIER, *Opinion sur les droits à restituer aux enfants nés hors du mariage, jusqu'à présent appelés bâtards*, 9 août 1793, *op. cit.*, cité par MULLIEZ Jacques, *op. cit.*, Page 395, notes 96 et 99.
[1633] FILLON Anne, *op. cit.*, Pages 308-309.
[1634] FORTUNET Françoise, « Sexualité hors mariage à l'époque révolutionnaire : les mères des enfants de la nature », *op. cit.*, Page 192.
[1635] PROUDHON, *op. cit.*, Tome second, Pages 57-58. Le professeur justifiait cette législation : *Si d'une part, il est dangereux pour les mœurs publiques, d'accorder trop de faveur aux personnes du sexe qui auraient eu, quelques instans, la faiblesse d'oublier ce qu'elles doivent à la pureté des leurs ; il serait, d'autre côté, bien plus dangereux encore, de mettre en péril la vie de leurs enfans, en les exposant à manquer de secours ou à être victimes d'une honte trop tardive ; c'est par ces considérations, que les législateurs, en satisfaisant aux besoins des mères, ont voulu assurer le sort de ceux-ci et prévenir tout dessein de les perdre. C'est ainsi que, par de justes institutions, ils ont, au nom de la patrie, rempli un devoir de l'humanité.*
[1636] Par exemple, dans AYRENX Jacques d', *op. cit.*, Pages 59 et 211. On relève ces observations : *Le sensualisme de l'époque qui méprisait à tort l'institution du mariage et qui faisait accorder des récompenses aux filles-mères, contribuait à faire dépasser les limites.* [...] *des récompenses que la Convention ne craignit pas d'accorder aux filles-mères, ce qui était encourager officiellement le libertinage au détriment de l'union légale.*
[1637] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome neuvième, Page 280.

vérifier si ces enfants étaient traités *avec humanité* et un système d'indemnités en faveur des nourriciers (outre leur rétribution), par un arrêté du 30 ventôse an V (20 mars 1797) *concernant la manière d'élever et d'instruire les enfants abandonnés* (articles 7 et 8).[1638] Proudhon traitait des *enfans naturels de la Patrie* dans son chapitre intitulé *Des enfans illégitimes*.[1639] Il évoquait une *obligation nationale* à leur égard : *Tout homme appartenant par sa naissance à la patrie qui le reçut venant au monde, le droit naturel des sociétés veut que la grande famille dont il est né membre, lui fournisse les secours nécessaires à son existence, lorsqu'il ne peut les espérer de parens assez dénaturés, pour le rejeter de leur sein ; la législation Française a, par des lois multipliées, consacré ce principe.*[1640] Cette prise en charge par l'État fut peu à peu mise à mal, pour des raisons budgétaires due à l'augmentation du nombre des orphelins. La charge incomba aux départements de financer les dépenses engendrées pour l'entretien de ces enfants, ce qui conduisit ensuite à une rétribution décroissante des nourriciers en fonction de l'âge des enfants (fondée sur une idée, qui pouvait engendrer des abus : plus les enfants étaient grands, plus ils pouvaient être employés à diverses tâches).[1641] Ce désengagement de l'État se poursuivit sous le Consulat par un décret du 25 vendémiaire an X (17 octobre 1801).[1642] Parallèlement à l'instauration de cette *adoption publique*, *nationale*,[1643] l'organisation de l'adoption particulière fut abordée.

L'adoption était la solution préconisée par Bousmard dans son mémoire. A cet égard, il suggérait que *le législateur rende un édit par lequel il déclare qu'*[...] *il a résolu de rétablir, pour ces enfans seulement, l'adoption avec tous ses devoirs et tous ces droits* [...] *et que d'après ce principe, il a déterminé d'appliquer les sommes qui se dépensent annuellement dans les hôpitaux* [...], *à leur procurer les avantages d'une adoption* [...]. L'article premier de l'édit imaginé par Bousmard disposait : *Il sera payé à quiconque aura adopté un enfant abandonné, pour le nourrir et entretenir à l'égal de ses enfants légitimes, avec droit de succéder concurremment avec eux, et par portions égales, à ses meubles et acquêts, et en*

[1638] *Idem*, Tome neuvième, Pages 372 à 374.
[1639] PROUDHON, *op. cit.*, Tome second, Page 53. Il expliquait : *Quoique dans le droit, les enfants abandonnés ou exposés, puissent appartenir à des personnes mariées ; cependant, par le fait, leur sort est le même que celui des illégitimes, puisqu'on ignore entièrement leur descendance et leur parenté.*
[1640] *Idem*, Tome second, Pages 54-55.
[1641] KNIBIEHLER Yvonne, « L'enfant au sein de l'espace public », *op. cit.*, Page 80.
[1642] *Cf.* DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome treizième, Page 75.
[1643] FORTUNET Françoise, « De l'égalité dans la différence : les enfants dans le droit révolutionnaire », dans LÉVY Marie-Françoise (dir.), *op. cit.*, Page 347.

outre de porter son nom, la somme de 100 livres annuellement, et ce jusqu'à ce que ledit enfant ait l'âge de seize ans accomplis.[1644] Son projet s'appliquait à tous les enfants abandonnés et développait un système de placement nourricier et d'apprentissage.[1645] L'*Encyclopédie Méthodique*, à l'article *Adoption*,[1646] se référât aux thèses de Bousmard.[1647] Lors de la rédaction du cahier de la noblesse du bailliage de Saint-Mihiel (Lorraine), Bousmard était intervenu pour faire inclure ces lignes : *Une infortune plus grande encore et moins méritée est celle qui accable les fruits innocents de l'union illégitime des deux sexes, ou de la malheureuse fécondité des mariages des indigents. Nous enjoignons à nos députés de recommander spécialement le sort de ces infortunés à l'humanité, nous osons dire à la justice de la Nation assemblée, qui trouvera aisément sans doute, dans sa sagesse, les moyens d'acquitter la dette la plus sacrée, sans trop surcharger l'État et sans favoriser la dépravation des mœurs.*[1648] De surcroit, la dissertation de Bousmard eut une influence certaine sur les travaux du Comité de mendicité.[1649] Ce Comité, se pencha, en effet, sur l'adoption, et son président, La Rochefoucault-Liancourt, conçut un projet d'adoption des enfants abandonnés avec l'objectif d'effacer la bâtardise des enfants par leur insertion dans la famille adoptive.[1650] Au sein de l'Assemblée constituante, Bousmard ne parla jamais des bâtards, ni des enfants délaissés (Robespierre n'intervint pas non plus pour évoquer le cas des enfants abandonnés).[1651] En août 1791, le président de la Société de Paris des Amis de l'Union et de l'Égalité dans les familles, Lanthenas, rédigea une adresse à l'Assemblée pour solliciter l'accès

---

[1644] BOUSMARD de, *op. cit.*, Pages 110 à 112.
[1645] *Cf.* LEFAUCHEUR Nadine, « Des bâtards aux filles mères ou du modèle angélique au modèle patriotique », *op. cit.*, Pages 501 à 502.
[1646] Tome IX (publié en 1789), pages 223 à 231.
[1647] L'auteur de cet article qui était Peuchet, se montrait de façon générale en accord avec Bousmard, *cf.* BERTHE Léon-Noël, *Introduction* dans ROBESPIERRE Maximilien de, *op. cit.*, Page 50.
[1648] BERTHE Léon-Noël, *op. cit.*, Page 47.
[1649] LEFAUCHEUR Nadine, *op. cit.*, Page 502.
[1650] *Cf.* CHARPENTIER Jehanne, *op. cit.*, Pages 184 à 194 et spécialement page 190. La Rochefoucault-Liancourt assura que le projet de décret ne nuisait pas à l'institution familiale : *On nous opposera sans doute que cette loi, donnant aux pères et aux mères la facilité d'adopter un enfant qui ne sera pas né en mariage légitime, favorisera le libertinage ou du moins le célibat. Si nous ne pouvions pas détruire jusqu'à la plus légère probabilité de ces funestes conséquences, nous n'aurions pas la confiance de vous la proposer. Nous croyons, avec votre Comité de constitution, que le projet de décret et les développements qui l'accompagnent répondent à ces objections ; nous croyons que cette loi, revêtue de toutes les précautions dont nous avons cherché à l'envelopper, sera au contraire favorable aux bonnes mœurs autant qu'utile à l'espèce humaine, au bonheur de ces malheureux enfants.*
[1651] BERTHE Léon-Noël, *op. cit.*, Page 48.

à l'adoption pour ceux qui n'avaient pas d'enfants. Sa requête ne fut pas discutée par l'Assemblée qui se sépara.[1652]

Sous la Législative, quelques députés demandèrent que fût rétablie la faculté d'adopter ; et le 9 janvier 1792, le député Delivet de Saint-Mars, présenta un mémoire à ce propos au président de l'Assemblée.[1653] L'intervention, au cours de la séance du 18 janvier 1792, d'un député, Rougier-Labergerie, fut déterminante : *Tous les peuples libres ont eu des lois sur l'adoption ; nous devons tout au moins nous occuper à examiner si elles peuvent se concilier avec nos mœurs ; je demande que le Comité de Législation comprenne, dans ses lois générales, son plan sur l'adoption.*[1654] Sa proposition fut votée, et le principe de l'adoption fut ainsi décrété le 18 janvier 1792, le Comité de législation devant élaborer les lois relatives à ce sujet.[1655] Dans son discours aux Jacobins du 25 juin 1792, Oudot énonça qu'il souhaitait faire de l'adoption *un devoir sacré.*[1656] Les projets furent nombreux, toutefois, aucun ne se concrétisa ; il y eut pourtant quelques adoptions de fait.[1657] Au sein du Comité, un désaccord se dessina au cours de la préparation du premier projet de Code civil : d'un côté, Azéma, Durand de Maillane et Lanjuinais comptaient limiter le droit d'adopter aux couples sans enfants ; alors que, de l'autre, Oudot et Berlier, dans le but de diviser les fortunes, proposaient de permettre l'adoption plus largement.[1658] Il est notable que l'adoption d'un enfant naturel par son père fut envisagée, en effet, Azéma énonça qu'*il doit être permis à toute personne d'adopter son enfant naturel né hors mariage.*[1659] Il s'agissait de permettre au père naturel qui ne consentait pas à reconnaître sa paternité et par là même l'existence d'un mariage privé avec la mère, de créer le lien de filiation par l'adoption de son enfant, orphelin de mère, ou avec l'accord de la mère si elle était vivante.[1660] Finalement, Cambacérès se rangea aux opinions

---

[1652] Adresse imprimée le 11 août an II, Imprimerie du patriote français, citée par GARAUD Marcel, *op. cit.*, Pages 95-96.
[1653] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 96.
[1654] Cité par BERTHE Léon-Noël, *op. cit.*, Pages 48-49.
[1655] DUVERGIER Jean-Baptiste, *op. cit.*, Tome quatrième, Page 57.
[1656] OUDOT Charles-François, cité par GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 96.
[1657] Sur ce sujet, *cf.* DEJOB Lucien, *Le rétablissement de l'adoption en France*, Thèse droit, Paris, 1911, cité par GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 97.
[1658] HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, Page 120.
[1659] AZEMA, *Rapport et projet de décret sur l'adoption*, Convention, Séance du 4 juin 1793, cité par MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », *op. cit.*, Page 397, note 115.
[1660] MULLIEZ Jacques, *op. cit.*, Page 386.

d'Oudot et Berlier, et dans le texte exposé en août 1793, l'adoption était autorisée à toute personne majeure, de l'un ou l'autre sexe, mariée ou célibataire, et qu'elle eut ou non déjà des enfants. Puis, à l'occasion de l'examen du Code civil à la Convention, Danton proposa que seuls les couples sans enfants eussent la faculté d'adopter ; et l'ensemble du titre fut renvoyé à l'examen du Comité.[1661] Lors de l'élaboration du second projet de Code civil, il fut d'abord prévu de n'accorder le droit d'adopter qu'aux majeurs sans enfants ; puis dans le projet définitif présenté le 23 fructidor an II cette restriction ne fut pas retenue et les dispositions du premier projet furent reprises. Dans le troisième projet de Code du 16 prairial an IV, l'adoption ne fut plus permise aux parents ayant déjà des enfants ; elle s'avérait dès lors être uniquement *un substitut à la filiation naturelle.*[1662] Le caractère social qui avait été attribué à l'adoption disparut de l'esprit des législateurs, convaincus qu'il fallait éviter que des parents pussent retirer à leurs enfants légitimes, la partie du patrimoine familial à laquelle ils escomptaient, au profit d'enfants adoptés.[1663] Dans l'esprit des juristes de la Révolution, l'élément social de la paternité primait sur l'élément biologique (d'ailleurs Cambacérès parlait de *paternité civile* dans le troisième projet de Code civil), ce fut ce qui ressortit des dispositions relatives à la filiation hors mariage mais aussi de projets innovants concernant l'institution de l'adoption.[1664]

La législation de la Révolution n'amena aucunement *à la réhabilitation d'une liberté sexuelle prétendue naturelle*, elle n'institua pas *la reconnaissance implicite d'un état de famille « hors le mariage » ou naturelle.*[1665] Les législateurs révolutionnaires n'eurent pas pour dessein de mettre en péril le *lien sacré* du mariage.[1666] Les conventionnels de 1793

[1661] *Cf.* HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Pages 120, 126 et 132.
[1662] *Idem*, Pages 206 et 236.
[1663] SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 356.
[1664] MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », *op. cit.*, Page 376 ; MULLIEZ Jacques, « Droit et morale conjugale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux », op. cit., Page 99.
[1665] FORTUNET Françoise, « Sexualité hors mariage à l'époque révolutionnaire : les mères des enfants de la nature », *op. cit.*, Page 194.
[1666] Sur ce point, *cf.* H. HUUSSEN Jr. Arend, « La « crise » du mariage et de la famille pendant la Révolution française », dans *Aimer en France, 1760-1860,* Actes du Colloque international (20-22 juin 1977), Clermont-Ferrand, Faculté des lettres et sciences humaines, 1980, Tome 2, Pages 331 à 339.

n'opérèrent pas une destruction de la famille.[1667] Sans jamais contester la valeur de l'institution matrimoniale, quelques uns cherchèrent tout au plus à appréhender une forme d'union non officialisée pourvue d'effets juridiques. Ils cherchèrent toujours à préserver le mariage, *seule union des sexes au regard du droit*.[1668] Puis, le revirement de thermidor démontra significativement l'attachement à la famille légitime. A cet égard, Cambacérès, dans un discours du 3 pluviôse an V (22 janvier 1797), avait fustigé un droit familial qui était perçu comme encourageant le concubinage, le qualifiant d'*immoral* et de *funeste* quant *à la sociabilité*.[1669] Ainsi, les réformes relatives au droit de la famille entreprises par les juristes révolutionnaires fluctuèrent entre une période progressiste et la période de réaction conservatrice post-thermidorienne, qui annonçait les dispositions du Code civil ; et elles ne s'inscrivirent donc généralement pas dans la durée. Néanmoins, de 1795 à 1799, aucune loi ne remit en cause le mariage civil établi par la loi du 20 septembre 1792, donc à ce niveau, il y eut plutôt une stabilisation. D'autre part, si bien peu d'enfants naturels bénéficièrent, dans les faits, de l'égalité successorale décrétée par les conventionnels, l'apport symbolique de la loi du 12 brumaire an II reste indéniable. Les idéologies les plus progressistes consacrées dans le droit civil familial de cette époque révolutionnaire ne restèrent pas lettre morte.[1670] Elles réapparurent avec le rétablissement du divorce à la fin du XIXe siècle (par la loi du 27 juillet 1884) ; et avec les droits accordés aux enfants naturels au cours de la seconde moitié du XXe siècle (ceux-ci ne retrouvèrent le statut que leur avait conféré la loi de l'an II que le 3 janvier 1972). En attendant, l'avènement du Code civil allait établir un nouvel ordre juridique.

[1667] *La plupart des conventionnels de 1793 étaient des hommes peu exaltés qui, emportés dans la tourmente révolutionnaire, n'ont jamais adhéré à ces sentiments humanitaires excessifs qu'étaient l'amour libre et l'abolition du mariage*, telle est l'analyse dans BRINTON Crane, *French revolutionary Legislation on illegitimacy 1789-1804*, Cambridge, Harvard University press, 1936, cité par BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, *op. cit.*, Pages 135-136.

[1668] BART Jean, « Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille », *op. cit.*, Page 194.

[1669] CAMBACÉRÈS, cité par SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 355.

[1670] HALPÉRIN Jean-Louis, « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », dans *Annales historiques de la Révolution française*, N° 328, avril-juin 2002, Pages 135 à 151.

Titre II – L'ordre familial du Code civil

Était-il possible d'envisager une structure familiale en dehors de celle établie par le mariage ? Lors de l'élaboration du Code civil, l'existence de la famille naturelle fut d'emblée niée en raison de l'omnipotence du mariage éclipsant tout autre type d'union conjugale (chapitre 1). Peu à peu, à la fin du XIXe siècle et au cours du siècle suivant, une évolution se dessina au travers de réformes progressistes touchant principalement les enfants naturels ; et la possibilité d'appréhender juridiquement un autre modèle d'organisation familiale apparut comme acceptable (chapitre 2).

Chapitre 1 – Le concubinage mis hors du droit

L'ancrage du droit napoléonien sur la famille légitime eut pour corollaire le rejet des autres possibilités de former une famille. Le mariage constituant l'unique voie pour créer une famille, les couples de concubins et leurs enfants n'y pouvaient prétendre (section 1). Au cours du XIXe siècle, la montée de l'illégitimité rendue nécessaire de la prendre en considération, et d'y remédier en réformant certains aspects de la législation touchant à l'institution matrimoniale (section 2).

Section 1 – L'esprit du Code Napoléon : la dénégation de l'existence juridique de la famille naturelle

L'unicité du modèle familial fondé sur le mariage, qui transparait de l'esprit du Code, entraina la méconnaissance des couples qui ne solennisaient pas leur union (§ 1), et des dispositions marquant une infériorité par rapport aux enfants légitimes furent infligées aux enfants nés hors mariage (§ 2).

§ 1 : L'honneur préservé du mariage et l'illégitimité vilipendée

Au temps de la conception du Code civil,[1671] l'enjeu politique était clairement la défense du mariage, seule source de la famille. Tout le droit familial, répondant aux aspirations d'une société bourgeoise conservatrice, tournait autour d'un objectif : maintenir la cohésion de la famille. La sauvegarde de l'ordre étatique passait par l'ordre dans les familles, au terme de dix années de Révolution, qui, aux dires de ses détracteurs avait bouleversé l'institution familiale. D'ailleurs, l'orientation *réactionnaire* vis-à-vis du droit révolutionnaire ne fut pas combattue au sein des assemblées[1672] Le mariage était l'institution phare qu'il fallait honorer et préserver. Le concubinage n'apparait qu'une seule fois dans le corps du texte du Code civil,[1673] il ne fut jamais abordé avec l'objectif de lui conférer un statut, ou de réglementer ses effets.

Dans un discours qu'il avait prononcé devant le Conseil des Anciens, le 27 thermidor an V (14 août 1797), Portalis faisait déjà *l'apologie du mariage* à travers un programme consistant à remanier profondément la législation civile révolutionnaire relative au mariage et au divorce, où sans vouloir interdire le divorce, il comptait l'encadrer de façon limitative (en outre, il rejetait l'ambition de codification, pour lui préférer le vote de lois conservatrices portant sur le droit familial). Portalis s'inspira de ce discours lors de l'élaboration du Code civil.[1674] Pour Portalis, la législation civile de la Révolution avait ruiné l'institution familiale, elle avait transformé le mariage en concubinage[1675] ; et il fallait dès lors remodeler le droit en matière de divorce et de filiation naturelle.[1676] Lors de son exposé des motifs sur le titre *Du mariage*, devant le Corps Législatif, le 16 ventôse an XI (10 mars 1803), Portalis déclara d'emblée : *les familles sont la pépinière de l'État et c'est le mariage qui forme les familles.*[1677] Il expliqua que la société devait protéger les mariages. Pour cela, il était indispensable que les

---

[1671] *Code civil des Français*, *Édition originale et seule officielle*, Paris, Imprimerie de la République, An XII, 1804.
[1672] HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, Pages 274-275.
[1673] Article 230 du Code civil, *cf. infra.*
[1674] HALPÉRIN Jean-Louis, *op. cit.*, Pages 252 à 254.
[1675] *Cf.* SAGNAC Philippe, *op. cit.*, Page 396.
[1676] *Cf.* GASPARINI Éric, « Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire : la quête du juste milieu », dans *Annales historiques de la Révolution française*, N° 328, 2002, Pages 128 à 130.
[1677] LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Tome quatrième, Paris, Treuttel et Würtz, 1827, Page 478.

mariages fussent contractés dans les formes prescrites (publicité, présence de l'officier public, *témoin nécessaire* qui recevait les engagements des parties)[1678] afin de certifier de leur existence à la société. Il vilipenda *les unions vagues et incertaines* qui *compromettent les mœurs ;* [qui] *entraînent des désordres de toute espèce.* Les formalités attachées à la célébration des mariages devaient éviter la confusion avec *ces unions passagères et fugitives*.[1679] Le mariage solennel était la norme à respecter pour la constitution d'une famille.

Le Code civil consacra la sécularisation de la législation du mariage. Antérieurement à l'avènement du Code, le gouvernement consulaire avait déjà repris ce système. En effet, lors de la conclusion du Concordat, il avait décrété le principe de l'antécédence du mariage civil sur le mariage religieux dans l'article 54 de la loi organique de la Convention du 26 messidor an IX (15 juillet 1801).[1680] Puis, dans les articles organiques du 18 germinal an X (8 avril 1802) accompagnant la promulgation du concordat, fut énoncée l'interdiction aux prêtres de donner la bénédiction nuptiale à ceux qui n'avaient pas précédemment contracté un mariage civil.[1681] Bien entendu, aux yeux de la religion catholique, le mariage civil non suivi de la célébration religieuse, n'était qu'un concubinage.[1682] En outre, le principe d'une célébration civile du mariage qui avait été initié sous la Révolution, symbolisant la valeur de l'institution, perdura dans le Code civil.[1683]

La législation touchant à la célébration du mariage fut plutôt similaire à celle de 1792. Néanmoins, une modification notable du droit matrimonial par rapport à la période révolutionnaire fut opérée : la liberté de se marier devint beaucoup plus encadrée en raison du

---

[1678] L'article 165 édictait : *Le mariage sera célébré publiquement, devant l'officier civil du domicile de l'une des parties.* L'article 166 prescrivait : *Les deux publications ordonnées par l'article 63, au titre des Actes de l'état civil, seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile.* LOCRÉ, *op. cit.*, Tome quatrième, Pages 281-282.

[1679] LOCRÉ, *op. cit.*, Tome quatrième, Pages 497-498.

[1680] BASDEVANT Jules, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage du concile de Trente au Code civil*, Paris, Larose et Forcel, 1900, Page 199.

[1681] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 29.

[1682] *Cf.* BASDEVANT Jules, *op. cit.*, Pages 214 à 229.

[1683] L'article 75 prescrivait : *Le jour désigné par les parties* […], *l'officier de l'état civil, dans la maison commune, en présence de quatre témoins parens ou non parens, fera lecture aux parties, des pièces* […] *relatives à leur état et aux formalités du mariage, et du chapitre VI du titre « du Mariage », sur « les Droits et les Devoirs respectifs des époux ». Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur le champ.*

rétablissement de la puissance paternelle. D'une part, une majorité matrimoniale fut fixée, par l'article 148 du Code civil, vingt-cinq ans pour les fils, vingt-et-un ans pour les filles, âges jusqu'auxquels ils ne pouvaient passer outre le consentement de leur père et mère.[1684] D'autre part, la procédure des actes respectueux, résurgence du contrôle sur le mariage initié par la législation royale de l'Ancien Régime, fut mise en vigueur. *Il nous a paru utile aux mœurs de faire revivre cette espèce de culte rendu par la piété filiale* […], énonça Portalis (orateur du gouvernement), tout en précisant que le consentement parental n'était plus nécessaire pour la validité du mariage.[1685] De vingt-cinq à trente ans pour les fils, et de vingt-et-un à vingt-cinq ans pour les filles, ils devaient solliciter ce consentement par un acte respectueux. En cas de refus, ils ne pouvaient se marier qu'après deux autres actes respectueux signifiés de mois en mois. Passé l'âge de trente ans pour les fils, et de vingt-cinq pour les filles, la notification d'un acte respectueux était requise (articles 151, 152 et 153 du Code civil).[1686] Il fallait redoubler *de précaution pour conserver l'ordre des familles*, c'était ce motif qui inspirait, d'après Gillet (orateur du Tribunat), la capacité donnée aux aïeuls de se substituer aux pères et mères décédés ou dans l'impossibilité de donner leurs avis.[1687] Le Code civil ne retint pas la sanction de l'exhérédation. Ce fut le Tribunat qui suggéra d'établir une peine contre les enfants de famille ayant contracté un mariage avant l'âge de la majorité matrimoniale, sans le consentement exigé par la loi, ou ceux ayant contrevenus aux dispositions relatives aux actes respectueux ; et il rappela l'exhérédation usitée sous l'ancien droit.[1688] Cette proposition fut repoussée ; d'après Bigot de Préameneu, *ce moyen est inefficace*, et, les pères et mères *ne*

[1684] Cet article disposait : *Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt-et-un accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère : en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.* LOCRÉ, *op. cit.*, Tome quatrième, Page 273.

[1685] Exposé des motifs du titre *Du mariage*, dans la séance du Corps législatif du 16 ventôse an XI (10 mars 1803). *Idem*, Tome quatrième, Page 489.

[1686] L'article 151 énonçait : *Les enfans de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148, sont tenus, avant de contracter mariage, de demander par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeuls et aïeules, lorsque leur père et leur mère sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.* L'article 152 prescrivait : *Depuis la majorité fixée par l'article 148, jusqu'à l'âge de trente ans accomplis pour les fils, et jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis pour les filles, l'acte respectueux prescrit par l'article précédent, et sur lequel il n'y aurait pas de consentement au mariage, sera renouvelé deux autres fois de mois en mois ; et un mois après le troisième acte, il pourra être passé outre à la célébration du mariage.* Et l'article 153 édictait : *Après l'âge de trente ans, il pourra être, à défaut de consentement sur un acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage. Id.*, Tome quatrième, Pages 275-276.

[1687] Rapport fait au Tribunat, séance du 19 ventôse an XII (10 mars 1804). *Id.*, Tome quatrième, Pages 600-601.

[1688] Observations de la Section de législation du Tribunat, des 21, 22, et 23 thermidor an X (9, 10 et 11 août 1802). *Id.*, Tome quatrième, Page 452.

doivent pas être chargés de maintenir l'ordre public par des peines contre leurs enfants.[1689] Par ailleurs, il est notable que la puissance octroyée au chef de famille par le Code civil fut confortée par le Code pénal de 1810.[1690] Le contrôle sur les unions fut renforcé par l'incrimination de rapt de séduction qui réapparut dans l'article 356 du Code pénal.[1691] Et à l'article suivant,[1692] il fut prévu, *dans l'intérêt des familles*, une rémission du crime, sous certaines conditions, dans l'hypothèse du mariage entre le ravisseur et la fille séduite.[1693]

S'agissant des empêchements à mariage, le Code civil n'avait pas pris en compte l'affinité née du commerce hors mariage dans la liste des empêchements.[1694] Cependant, une partie de la doctrine considéra que l'empêchement du droit canonique, *ex copula illicita* avait été repris dans la législation ; elle estima que les législateurs ne l'ayant pas expressément abrogé, il subsistait, d'autant plus que la prescription d'un empêchement à mariage entre proches parents et alliés était fondée sur l'éventualité des liens de sang et du commerce entre l'une des parties et les parents de l'autre. Selon la doctrine opposée, les articles 161 et 162 ne s'appliquaient qu'à l'alliance légitime. Les tribunaux se prononcèrent rarement sur ce sujet ; et il ressort de cette jurisprudence restreinte, que l'interprétation juste du Code civil était celle qui ne faisait pas de l'affinité illégitime une cause d'empêchement à mariage.[1695]

[1689] Exposé des motifs, séance du Corps législatif du 17 ventôse an XII (8 mars 1804). *Id.*, Tome quatrième, Pages 588-589.

[1690] Sur le *droit pénal de la famille*, *cf.* LASCOUMES Pierre, « L'émergence de la famille comme intérêt protégé par le droit pénal, 1791-1810 », dans THÉRY Irène et BIET Christian (dir.), *La Famille, la Loi, l'État de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, Pages 344 à 347.

[1691] Cet article disposait : *Quand la fille au-dessous de seize ans aurait consenti à son enlèvement ou suivi volontairement le ravisseur, si celui-ci était majeur de vingt et un ans ou au-dessus, il sera condamné aux travaux forcés à temps. Si le ravisseur n'avait pas encore vingt et un ans, il sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans.*

[1692] L'article 357 prescrivait : *Dans le cas où le ravisseur aurait épousé la fille qu'il a enlevée, il ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui, d'après le Code Napoléon, ont le droit de demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que la nullité du mariage aura été prononcée.*

[1693] *Cf.* BOUGLÉ-LE ROUX Claire, « Tes père et mère honoreras! Code pénal de 1810 et Cour de cassation : une politique pénale au service du chef de famille (1811-1824) », dans PLESSIX-BUISSET Christiane (dir.), *Ordre et désordre dans les familles*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2002, Pages 77 à 79.

[1694] L'article 161 disposait : *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendans et descendans légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne.* Et l'article 162 prescrivait : *En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré.*

[1695] Sur la jurisprudence, *cf.* BOYER Laurent, « Concubinages et concubinats du code d'Hammurabi à la fin du XIXe siècle », dans RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique* , Tome I, Paris, Éditions du CNRS, 1986, Pages 155-156.

Les rédacteurs du Code civil se penchèrent également sur des situations particulières : le mariage des enfants naturels et le mariage des prêtres. En ce qui concerne le mariage des enfants naturels, ils cherchèrent à l'encadrer par les articles 158 et 159.[1696] Au nom de la section de législation, Réal proposa de donner un tuteur au mineur né hors mariage, dont le père est inconnu, pour autoriser ou refuser son mariage. *Ce mode couvre la trace de l'illégitimité de sa naissance*, estima-t-il. Deffermon s'opposa à cette mesure, en considérant qu'elle n'était pas commandée par l'intérêt de la société. Boulay dit que l'intérêt du mineur et l'intérêt des familles fondaient la nécessité du consentement des pères et des tuteurs ; et que *la société doit à l'enfant illégitime une protection plus spéciale, parce qu'il est privé de tout autre appui.* La proposition fut adoptée.[1697] Au cours de son exposé des motifs, Portalis jugea que *l'abandon absolu des enfants naturels serait contre l'humanité.* Il affirma qu'il était équitable que la loi accordât une protection aux enfants naturels en soumettant leur mariage au consentement paternel pour ceux qui ont été reconnus. Puisqu'ils n'entraient pas dans la famille de leurs auteurs, la mesure de recours aux aïeuls ne les concernaient pas. Pour le mariage des orphelins mineurs, l'accord d'un tuteur spécial, *chargé d'acquitter à leur égard la dette de la nature et de la patrie*, était nécessaire.[1698] On retrouve dans ces termes employés par Portalis, la notion révolutionnaire d'*enfants de la Patrie*, la perception d'un devoir de l'État envers ceux qui lui appartenaient. Suivant la même ligne que Portalis, Boutteville (orateur du Tribunat) dit que la législation leur devait l'assistance de ce tuteur *pour un contrat d'autant plus important, qu'il leur donne une famille qu'ils n'avaient pas le bonheur d'avoir*.[1699] Ainsi, les rédacteurs, en élaborant des règles de contrôle du mariage des enfants, ne rejetèrent pas les enfants nés hors mariage en dehors du champ de la loi ; il parut moralement acceptable de

---

Sur la doctrine, *cf.* BARRIÈRE Louis-Augustin, « Penser le(s) concubinage(s), La doctrine française et le concubinage depuis le Code civil », dans Mélanges RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé*, Paris, Litec 2002, Pages 149-150.

[1696] L'article 158 édictait : *Les dispositions contenues aux articles 148 et 149, et les dispositions des articles 151, 152, 153, 154 et 155, relatives à l'acte respectueux qui doit être fait aux père et mère dans le cas prévu par ces articles, sont applicables aux enfant naturels légalement reconnus.* Et l'article 159 prescrivait : *L'enfant naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt-et-un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur ad hoc qui lui sera nommé.* LOCRÉ, *op. cit.*, Tome quatrième, Page 278.

[1697] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 26 fructidor an XI (13 septembre 1801). *Idem*, Tome quatrième, Pages 330-331.

[1698] Exposé des motifs du titre *Du mariage*, dans la séance du Corps législatif du 16 ventôse an XI (10 mars 1803). *Id.*., Tome quatrième, Pages 487 à 489.

[1699] Discours, séance du Corps Législatif du 26 ventôse an XI (17 mars 1803). *Id.*, Tome quatrième, Page 555.

porter un intérêt au mariage des enfants naturels de façon assez similaire avec ce qui fut prévu pour les enfants légitimes. Cette ambivalence du Code, qui dans la plupart des articles concernant les enfants naturels, traita ceux-ci de façon nettement discriminatoire par rapport aux enfants légitimes, semble, se justifier par le maintien de l'ordre de la société.

En ce qui concerne le mariage des prêtres, la question s'était résolue sous la Révolution consécutivement à la sécularisation du mariage : l'engagement dans les ordres sacrés n'était plus une cause de nullité du mariage. Le Concordat de 1801 modifia la situation en rétablissant les règles prescrites par les canons reçus en France dont celle relative au célibat des ecclésiastiques.[1700] Portalis, lors de la présentation du titre *Du mariage* devant le Corps législatif, déclara *que l'engagement dans les ordres sacrés, le vœu monastique* […], *qui dans l'ancienne jurisprudence, étaient des empêchements dirimants, ne le sont plus.* […] *Ils ont cessé de l'être depuis que la liberté religieuse était devenue elle-même une loi de l'État.*[1701] Portalis soutint la doctrine selon laquelle la qualité ecclésiastique pouvait constituer un empêchement prohibitif, mais pas un empêchement dirimant.[1702] Napoléon 1er décida de normaliser la condition des prêtres abdicataires qui s'étaient mariés au cours de la Révolution. Par le décret impérial du 9 juillet 1806, les prêtres qui n'avaient pas repris leurs fonctions depuis le Concordat furent abandonnés *à leur conscience*, c'est-à-dire que le mariage leur était accessible. Pour les autres, le mariage civil était prohibé.[1703] En 1807, dans une circulaire, Portalis, qui était alors ministre des cultes, défendit aux officiers de l'état civil de prêter leur concours à la célébration du mariage des prêtres en fonction. Il s'agissait là d'une mesure de police publique, l'empêchement était seulement prohibitif puisque les mariages célébrés en passant outre cette mesure restaient valables sur le plan civil. L'Église était libre d'interdire le ministère aux prêtres qui violaient les canons en renonçant au célibat. Cette interprétation primitive des dispositions du Code civil fut remise en cause sous la Restauration où la Cour de cassation s'opposa absolument au mariage des prêtres, consécutivement à la loi du 8 mai 1816 qui privilégiait *l'intérêt de la famille sur le droit*

[1700] PIERRARD Pierre, *La vie quotidienne du prêtre français au XIXe siècle, 1801-1905*, Paris, Hachette, 1986, Pages 457-458.
[1701] Exposé des motifs, séance du 16 ventôse an XI (10 mars 1803). LOCRÉ, *op. cit.*, Tome quatrième, Page 497.
[1702] LAFERRIÈRE Firmin, *Essai sur l'histoire du droit français depuis les temps anciens jusqu'à nos jours, y compris le droit public et privé de la Révolution française*, Tome second, Paris, Guillaumin et Cie, 1859, Page 398.
[1703] *Cf.* PIERRARD Pierre, *op. cit.*, Page 458.

individuel. Dans un arrêt de 1833, la Cour de cassation jugea *qu'il résulte des articles 6 et 26 de la loi organique des cultes que les prêtres catholiques sont soumis aux canons qui étaient alors reçus en France, par conséquent à ceux qui prohibaient le mariage aux ecclésiastiques engagés dans les ordres sacrés ; et que le Code civil, ainsi que la charte constitutionnelle, ne renfermant aucune dérogation à cette législation spéciale, les tribunaux, en interdisant le mariage, ne violent aucune loi.*[1704] Ainsi, l'*ordre moral* de cette époque, soucieux d'une organisation familiale conforme aux dogmes religieux influa sur la législation du divorce en l'anéantissant, puis mit un terme à la liberté de se marier des ecclésiastiques ; cela aboutissait à un profond retour en arrière par rapport aux réformes issues de la Révolution de 1789. Les prêtres étaient de nouveau cantonnés au célibat, et pour certains, réduits à vivre une union hors mariage. Tout au long du XIXe siècle, la pratique du concubinage par des ecclésiastiques perdura, malgré les sanctions infligées par leur hiérarchie, et la réprobation populaire.[1705]

Quant à la rupture du lien matrimonial instituée par la Révolution corrélativement à l'avènement de la liberté individuelle, son maintien dans le Code civil n'était pas inhérent à ce principe (pour Portalis, c'était la liberté des cultes qui imposait la conservation du divorce dans la législation.) Le divorce fut minutieusement réglementé pour aboutir à une dissolution de l'union conjugale beaucoup moins largement autorisée que dans la législation révolutionnaire. Le divorce par consentement mutuel fut maintenu avec des restrictions ; le divorce pour incompatibilité d'humeur fut éliminé ; et le divorce pour motifs déterminés ne fut admis que pour trois causes seulement dont l'adultère. A travers ce motif d'adultère, fut conçue l'unique disposition du Code civil qui traitait du concubinage. Au cours des débats au Conseil d'État sur les causes du divorce, fut soumit un amendement visant à faire de l'adultère du mari une cause de divorce dans le cas où il tenait sa concubine dans la maison commune. Pour Roederer, le concubinage du mari ne devait pas permettre à la femme de divorcer. *Jamais la loi n'a puni ces sortes d'écarts, même civilement*, soutint-il. Tronchet démentit ses propos, en énonçant que les lois romaines autorisaient la femme à demander le divorce pour l'adultère du mari dans un seul cas, celui où le mari avait introduit sa concubine dans la maison. *Elles regardaient ce procédé*, exposa-t-il, *comme la plus grande injure qui pût être faite à une femme chaste et honnête ; et* […] *elles accordaient l'action en divorce* […] *pour*

[1704] LAFERRIÈRE Firmin, *op. cit.*, Pages 406-407.
[1705] *Cf.* PIERRARD Pierre, *op. cit.*, Pages 450 à 453.

donner une réparation à la femme. L'amendement fut adopté.[1706] Il fut décidé que le concubinage du mari *dans la maison commune* aggravait l'adultère commis par celui-ci. Hormis cette hypothèse, l'adultère du mari ne constituait pas une cause de divorce (contrairement à celui de la femme).[1707] L'adultère simple de l'épouse était une cause de divorce car il pouvait en résulter l'intrusion d'un sang étranger au sein de la famille légitime, alors que le mari adultère n'était inquiété que s'il mettait en péril la vie domestique. Ce système fut justifié par Gillet : *le mari adultère rompt le contrat lorsqu'il ose partager sa maison entre la compagne honorable de ses jours et la méprisable complice de ses propres débauches. Malheureux! Qui flétrit par une concurrence avilissante la dignité légitime de son épouse, qui convertit en affronts les hommages qui lui sont dus, et qui ose donner lui-même le scandaleux exemple de la foi violée.*[1708]

Si les possibilités de divorcer furent réduites, celles de se remarier furent également restreintes. L'article 295 interdisait aux époux qui divorçaient de se remarier ensuite ensemble. De surcroit, il fut initialement prévu de frapper la femme adultère de l'incapacité de se remarier. Au cours des débats, Bérenger s'opposa à l'idée de défendre indéfiniment le remariage à *celle qui a violé les lois de la pudeur et du mariage*, il exposa que la *condamner à un célibat éternel ; ce serait la condamner à persévérer dans ses déréglemens*. Et il interrogea ses collègues sur l'impunité du mari.[1709] Par la suite, il fut décidé d'étendre l'incapacité aux deux époux, et aussi de ne pas la rendre indéfinie mais de la borner au complice de l'adultère. A cet égard, Tronchet estima que la condamnation de la femme à ne plus se remarier pouvait avoir *une influence dangereuse sur les mœurs, en fournissant une excuse au libertinage de cette femme* ; et Bigot de Préameneu suivit cette opinion.[1710] Les rédacteurs du Code se rendaient donc compte des conséquences néfastes susceptibles d'être provoquées par une entrave au remariage ; néanmoins, ils tinrent à punir l'adultère et espérèrent même le prévenir,

---

[1706] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 24 brumaire an X (26 octobre 1801). LOCRÉ, *op. cit.*, Tome cinquième, Pages 159-160.

[1707] L'article 229 disposait : *Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme.* Et l'article 230 prescrivait : *La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune.*

[1708] Discours, séance du Corps Législatif du 30 ventôse an XI (21 mars 1803). LOCRÉ, *op. cit.*, Tome cinquième, Page 497.

[1709] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 16 nivôse an X (6 janvier 1802). *Idem*, Tome cinquième, Pages 241 à 243.

[1710] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 22 fructidor an X (9 septembre 1802). *Id.*, Tome cinquième, Page 255.

ce fut ce qu'exprima Savoye-Rollin, pour qui cette prohibition *salutaire* [...], *peut-être, en menaçant d'avance la femme prête à succomber, la retiendra par l'idée affreuse qu'elle ne sera jamais la compagne avouée de celui qui l'a séduite!*[1711] Au final, l'article 298 portait : *Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice.* […]. En interdisant le remariage de l'époux coupable d'adultère, avec celui avec qui il avait commis cet adultère, le Code civil limitait de manière conséquente la liberté de se marier. Ces divorcés, s'ils souhaitaient vivre en couple avec leur amant ou leur maitresse (plus exactement leur concubine), se retrouvaient dès lors réduits au concubinage ; avec les conséquences inhérentes à cette union hors mariage pour leurs enfants nés du concubinage, qui étaient condamnés à l'illégitimité.

La liberté de divorcer, telle qu'elle avait été réglementée dans le Code civil ne perdura pas, l'indissolubilité du mariage fut rétablie sous la Restauration. Le 21 décembre 1815, le vicomte de Bonald proposa, à la Chambre des députés, l'abolition du divorce.[1712] La loi du 8 mai 1816 disposait à l'article 1er : *Le divorce est aboli*. L'article 2 prescrivait la conversion de toutes les demandes et instances en divorce pour causes déterminées en demandes et instances en séparation de corps.[1713] En effet, la séparation de corps qui avait été intégrée dans le Code civil (elle était accordée pour les trois mêmes causes que le divorce) préservât tous ses effets. Si l'on se rapporte à ce qui fut dit, lors des travaux préparatoires du Code civil, pour décider si le divorce devait être maintenu et si la séparation de corps devait être rétablie, on relève qu'un inconvénient inhérent à la séparation de corps (qui *relâche seulement* le lien alors que le divorce le rompt), fut soulevé : celui *de livrer au concubinage des époux qui, tout à la fois, le sont encore et ne le sont plus.*[1714] En mettant fin à la possibilité de rompre une union légitime, la nouvelle législation conservatrice avait fait fi de cette considération.

Le concubinage, en tant que simple situation de fait, ne pouvait prétendre à s'inscrire dans l'ordre familial érigé par le Code, il fut donc délibérément placé hors du cadre légal. A cet égard, Bonaparte[1715] aurait proclamé la maxime suivante : *Les concubins se passent de la*

[1711] Rapport fait au Tribunat, séance du 27 ventôse an XI (18 mars 1803). *Id.*, Tome cinquième, Page 336.
[1712] *Id.*, Tome cinquième, Page 420.
[1713] *Id.*, Tome cinquième, Page 423.
[1714] *Id.*, Tome cinquième, Page 9.
[1715] A titre anecdotique, on relève que Bonaparte aurait obligé *dix de ses ministres et serviteurs à régulariser des unions libres.* Dans MICHON Lucien, « La famille et le mariage au temps de la Révolution », dans SENN Félix,

loi. La loi se désintéresse d'eux.[1716] Pourtant, le concubinage n'avait été pas ignoré dans l'avant-projet rendu en l'an XI par la commission en charge du Code civil, en effet, il avait été abordé à deux reprises. Le projet, dans une disposition qui évolua pour aboutir dans le Code civil à l'article 197[1717] (qui concernait la possession d'état d'époux[1718]) faisait référence au concubinage pour clarifier cette disposition.[1719] Et il contenait un article qui prohibait les donations de concubin à concubine.[1720] Cet article qui disposait : *Ceux qui ont vécu ensemble dans un concubinage notoire sont réciproquement incapables de se donner*, apparaît comme une résurgence de l'ordonnance de janvier 1629 avec une différence notable relative à la notoriété du concubinage qui était exigé pour entraîner la nullité des donations, alors que l'ordonnance de 1629 visait indifféremment *toutes donations faites à des concubines*. L'article fut retranché, sur les observations du Tribunal d'appel de Lyon.[1721] Le droit révolutionnaire avait été silencieux sur la validité des donations entre concubins, le Code civil le fut aussi. Il ne faisait pas mention d'une quelconque incapacité entre concubins. De surcroit, en matière de successions, le Code civil ne semblait pas comprendre le concubinage parmi les causes d'indignité, ceci ressortit de l'exposé des motifs du titre *Des Successions*, où Treilhard (conseiller d'État et orateur du gouvernement) exposa les causes d'indignité de succéder, et

---

KROELL Maurice, MICHON Lucien... [et al.], *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, Paris, Recueil Sirey, 1930, Page 75.

[1716] Cité par RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Analyse introductive », dans RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique*, Tome I, Paris, Éditions du CNRS, 1986, Page 22.

[1717] L'article 197 disposait : *Si néanmoins, dans le cas des articles 194 et 195, il existe des enfans issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfans ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance.*

[1718] Sur cet article 197, *cf.* CARBONNIER Jean, « Le droit entre le droit et le non-droit. Conclusion juridique pour un colloque de démographie sur la nuptialité », dans *Population*, 1992, Volume 47, N° 3, Pages 751-752. Selon l'auteur, *Portalis (qui n'était pas celui qu'on pense) avait délibérément accepté que des concubins puissent se glisser dans cette ouverture de la possession d'état.*

[1719] CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 2004, Page 1463.

[1720] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 64.

[1721] Ce tribunal ne se satisfit pas de l'ajout du caractère notoire du concubinage destiné à pallier les procès scandaleux ou les demandes de nullité fondées sur des témoignages peu probants, et il critiqua la disposition en ces termes : *Qui peut avoir le droit de scruter la conduite intérieure des individus, de s'immiscer dans le secret de leurs maisons, de leurs liaisons ou de leurs plaisirs, de diffamer deux êtres dont l'un ne vit plus ? Tout individu de quelque sexe qu'il soit, qui aura été lié d'amitié avec un individu d'un sexe différent, sera dès qu'il aura reçu une marque de sa reconnaissance, taxé de concubinage pour le dépouiller d'un bienfait mérité. On entassera dans un procès scandaleux la calomnie, la corruption des témoins, toutes les infamies que peut suggérer l'avidité. Dans l'ancien droit, cette action était extrêmement limitée ; rarement elle a produit des effets justes et utiles et toujours ils ont été funestes. Elle doit être abolie comme contraire à l'honnêteté publique et à la liberté civile.* Cité par BOYER Laurent, *op. cit.*, Page 150.

précisa : *Nous n'avons pas jugé convenable d'étendre davantage les causes d'indignité : il ne faut pas, sous le prétexte spécieux de remplir la volonté présumée d'un défunt, autoriser les inquisitions qui pourraient être également injustes et odieuses. C'est par ce motif que nous n'avons pas cru devoir admettre quelques causes reçues cependant dans le droit romain, comme, par exemple, celles qui seroient fondées sur des habitudes criminelles entre le défunt et l'héritier* [...].[1722]

Merlin affirma *comme un point de doctrine constant* que les donations entre concubins n'étaient plus frappées de nullité comme sous l'ancien droit. Il fonda son opinion, d'une part, sur l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII qui énonçait que *toutes les dispositions des lois romaines, des ordonnances et des coutumes relatives aux matières dont s'occupe le Code civil, ont cessé de faire loi à compter du jour de la promulgation des parties de ce Code qui y correspondent* ; et d'autre part sur l'article 902 du Code civil qui disposait que *toutes personnes peuvent donner et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables.* Il en déduisit qu'en l'absence de loi, la règle générale, selon laquelle *il y a capacité partout où il n'y a pas d'incapacité expressément prononcée par la loi*, s'appliquait. A l'appui de sa thèse, il relata que l'article qui prévoyait une incapacité de se donner entre des concubins notoires dans le projet de la commission, avait été délibérément supprimé, ce qui prouvait bien que la législation ne décrétait pas une telle incapacité.[1723] Merlin établissait une seule exception qui pouvait concerner le père et la mère d'un enfant naturel reconnu.[1724] Selon lui, *les donations entre concubinaires ne sont pas nulles par elles-*

[1722] Séance du Corps Législatif du 19 germinal an XI (9 avril 1803). LOCRÉ, *op. cit.*, Tome dixième, Page 182.

[1723] MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 1827-1828, Tome cinquième, « Concubinage », Pages 334-335.

[1724] Cette exception résultait de la combinaison des articles 908 et 911 du Code civil. L'article 908 disposait que *Les enfans naturels ne pourront, par donation entre vifs ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui leur est assigné au titre « des Successions »* ; et l'article 911 prescrivait : *Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. Seront réputées personnes interposées les pères et mères* [...] *de la personne incapable. Ainsi,* constata Merlin, *le père et la mère d'un enfant naturel qu'ils ont reconnu légalement, ne peuvent pas se faire de donations au-delà de ce qu'il leur est permis de retrancher sur les quotités de leurs biens respectifs qui sont assignés à cet enfant par l'art. 757 ; et par la même raison, celui qui, dans les cas rares où la paternité peut être déclarée par un jugement, a été jugé père d'un enfant adultérin ou incestueux, auquel l'art. 162 n'assigne que les alimens, ne peut faire à la mère de cet enfant aucune espèce de donation. Idem*, Page 335.

mêmes ; et, commentant la jurisprudence, il admit seulement leur annulation *dans quelques cas particuliers*.[1725] L'opinion de Merlin fut reprise par une partie de la doctrine.[1726]

La jurisprudence relative à la validité des libéralités consenties entre concubins fut fluctuante.[1727] Entre 1804 et 1830, beaucoup d'arrêts confirmèrent que la qualité de concubin n'était pas incompatible avec l'aptitude à recevoir à titre gratuit.[1728] Néanmoins, la sauvegarde des bonnes mœurs justifia de ne pas tenir pour valables toutes les donations entre concubins. Des juges prononcèrent la nullité des dispositions à titre gratuit sous le motif de la captation, c'est-à-dire d'une atteinte à la liberté du consentement du donateur ; ce moyen d'annulation s'appliquait surtout aux dispositions testamentaires.[1729] Parallèlement, la jurisprudence décida que la nullité de libéralités entre concubins pour cause illicite ou immorale, en vertu des articles 1131 et 1133 du Code civil[1730] pouvait être déclarée si elles avaient pour objectif d'obtenir l'établissement ou la continuation du lien illégitime. Par contre, les libéralités qui *ont pour raison déterminante le désir de réparer le préjudice causé par la rupture du concubinage, notamment en assurant la subsistance de l'ancienne concubine après cette rupture ou après la mort du donateur* furent jugées valables (la jurisprudence conclut à la validité des assurances sur la vie contractées au profit du concubin et des indemnités de rupture).[1731] La différenciation opérée par la jurisprudence entre les libéralités tolérées et celles prohibées s'avérait discutable car, souvent, les libéralités répondaient à plusieurs motivations.[1732]

[1725] *Cf. id.*, Pages 335 à 345.
[1726] Sur les diverses positions doctrinales, *cf.* BARRIÈRE Louis-Augustin, *op. cit.*, Pages 151 à 155.
[1727] Pour une étude détaillée de la jurisprudence, *cf.* FUZIER-HERMAN Ed., *Répertoire général alphabétique du Droit Français*, Tome treizième, Paris, Larose, 1895, Pages 58 à 60.
[1728] *Cf.* BOYER Laurent, *op. cit.*, Page 151.
[1729] *Cf.* BOYER Laurent, *idem*, Page 152.
[1730] L'article 1131 disposait : *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.* Et l'article 1133 édictait : *La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.*
[1731] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 65 ; pour une étude détaillée de la jurisprudence, *cf.* BOYER Laurent, *id.*, Pages 152 à 155.
[1732] DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) », dans *Pouvoirs*, N° 107, Le Seuil, 2003, Page 46, note 12.

Ainsi, fut opéré le rejet de toute reconnaissance d'une union autre que le mariage contracté dans le respect des solennités imposées par le Code civil. De ce précepte dériva le refus d'intégrer les enfants naturels dans la famille de leurs auteurs.

§ 2 : Le désintérêt proclamé à l'égard des enfants nés hors mariage

Les enfants naturels, qui avaient été fustigés de nouveau, dès l'époque de la Convention thermidorienne, sous l'ancien terme de *bâtards*, subirent la rigueur de la loi sans pour autant que le Code civil ne les replaçât dans leur situation de l'ancien droit. Ils furent totalement dénigrés : leur statut recouvrait une inégalité (plus accentuée encore pour les enfants adultérins et incestueux) par rapport aux enfants légitimes quant à la preuve de la filiation, et une inégalité quant aux effets de la filiation.

Le dessein de préserver la quiétude dans les familles légitimes se réalisa, sans état d'âme, au détriment de la condition des enfants naturels ; et le souci de ne surtout pas favoriser le concubinage, par telle ou telle disposition, fut l'une des caractéristiques des débats touchant à la filiation hors mariage. Il est notable qu'une mesure projetée particulièrement sévère, telle celle refusant la légitimation en cas de *mariage in extremis*, fut finalement repoussée, plus pour pallier l'accroissement du nombre de bâtards, que pour défendre les droits de ceux-ci. L'égalité prônée par les conventionnels de 1793 était bien loin. Toutefois, quelques membres du personnel politique, tels Duchesne et Duveyrier par exemple, plaidèrent en faveur des acquis législatifs de la Convention, au cours des travaux préparatoires.[1733] Inversement, plusieurs orateurs, par exemple Lahary, firent preuve d'une véhémence toute particulière à l'endroit des mères naturelles et de leurs enfants en épargnant le plus souvent les pères, ceux qui avaient fondé une famille légitime. Les vues de Napoléon sur les enfants naturels influèrent les travaux préparatoires ; et le postulat qu'il entérina selon lequel la paternité était exclusivement un effet du mariage sous-tendait toute la nouvelle législation sur la filiation.

La discussion sur les enfants naturels débuta au cours de l'examen du titre relatif aux actes de l'état civil. S'agissant de l'acte de naissance de l'enfant né hors mariage, lors de la

---

[1733] *Cf.* BURGUIÈRE André, « La Révolution et la famille », dans *Annales*, Volume 46, N° 1, 1991, Page 165.

séance du Conseil d'État du 2 frimaire an X (25 novembre 1801), il fallut déterminer s'il était permis à la mère de nommer le père, lorsque l'enfant était né hors mariage. Selon le conseiller d'État Regnaud, ce ne devait pas être autorisé, sans quoi, *on verrait encore des enfans, attribués par des déclarations malicieuses ou intéressées, à ceux sur la faiblesse ou sur la fortune desquels les mères auraient spéculé d'avance.* Pour Cambacérès et le premier Consul, la défense était *injuste*, toutefois la mention du père par la mère devait valoir comme une simple déclaration et ne constituait pas une preuve de la paternité. Leurs vues furent suivies et l'article additionnel, qui fut adopté, disposa : *Si l'on déclare que l'enfant est né hors mariage, et si la mère en désigne le père, le nom du père ne sera inséré dans l'acte de naissance qu'avec la mention formelle qu'il a été désigné par la mère.*[1734] La rédaction, ainsi préparée par le Conseil d'État, pouvait rappeler quelque peu la maxime *Virgini praegnanti creditur*. Dans le contexte, toujours prédominant, de stigmatisation des actions des filles-mères, l'article fut combattu au sein du Tribunat.

Plaidant en faveur des enfants naturels et de leurs mères, et niant tout danger pour la tranquillité dans les foyers, ce qui apparaît comme un positionnement assez original pour l'époque, le tribun Duchesne, au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi, répondit aux objections sur cet article. Pour ses détracteurs, l'article entrait en opposition avec l'exclusion de toute recherche en paternité, et l'autorisation qu'il donnait à la mère pouvait devenir abusive en ressuscitant *le faux adage Virgini praegnanti creditur*. Duchesne estima que la mesure ne portait pas atteinte à la prohibition de la recherche de la paternité car la déclaration de la mère ne pouvait pas être opposée comme un commencement de preuve au prétendu père qui refusait la reconnaître l'enfant. Il soutint *l'intérêt du malheureux enfant* ; et trouva chimérique de s'inquiéter pour *le repos des familles*, alors qu'il fallait plutôt craindre que la faculté laissée à la mère de désigner le nom du père ne suffît pas *pour inspirer un retour de justice à ces êtres corrompus qui se jouent impunément de la crédulité des faibles victimes de leur passion brutale, et qui dédaignent ensuite de porter un regard de pitié sur leurs enfants illégitimes*.[1735]

[1734] Procès-verbaux du Conseil d'État. LOCRÉ, *op. cit.*, Tome troisième, Page 130.
[1735] Rapport, séance du Tribunat du 2 nivôse an X (23 décembre 1802). *Idem*, Tome troisième, Pages 165 à 169.

Dans une communication officielle au Tribunat, le 4 nivôse an X (25 décembre 1801), Benjamin Constant s'opposa au projet de loi relatif aux actes de l'état civil, en raison de cet article qui permettait à une mère naturelle de déclarer le nom du père de l'enfant dans l'acte de naissance. Il dénonçait les contradictions de cet article, il relevait que cette déclaration était inutile puisque la recherche de paternité était prohibée. Il qualifiait de *très spécieux*, certains raisonnements conduisant à faire admettre la recherche de paternité et à accueillir comme un commencement de preuve la déclaration de la mère d'un enfant né hors mariage : *On peut dire qu'en séduisant une femme, en la rendant mère, on contracte, envers elle, des obligations que la loi doit nous forcer à remplir. L'on peut affirmer, avec plus de justice encore, qu'en donnant le jour à un enfant, l'on s'impose le devoir sacré de pourvoir à son existence ; enfin l'on peut regarder la possibilité des recherches de ce genre comme un frein salutaire à opposer aux passions désordonnées* […]. Et il faisait remarquer que l'opinion contraire était tout à fait recevable : *Une femme ne peut guère être admise en témoignage sur sa propre honte, surtout si l'on considère à quel degré de corruption une femme doit être parvenue, pour qu'il n'existe d'autres indices de ses liaisons avec un homme que sa déclaration personnelle, sans promesses antérieurs, sans preuves quelconques d'assiduité et de relations antécédentes*. Selon Benjamin Constant, l'article ne concernait pas les enfants naturels *issus d'un commerce ignoré des lois, mais néanmoins excusé par l'habitude*. Il est intéressant de constater que le tribun distinguait entre les enfants naturels, et ne fustigeait pas ceux qui étaient le fruit d'un concubinage stable : *ceux-là ont des droits, et je les défendrais s'ils étaient attaqués*. Pour lui, l'article visait le *très petit nombre d'enfants qui doivent le jour aux êtres les plus pervertis et les plus vils : je les plains. La société leur doit des secours, elle doit leur servir de famille, et réparer le malheur de leur naissance en les préparant à une vie utile et industrieuse.* On perçoit là de quelle façon le tribun appréhendait le sort de ces enfants susceptibles d'être abandonnés : la société les recueillait, et en contrepartie, ils devaient servir de main d'œuvre. *Mais*, poursuivit-il, *la législation peut-elle sacrifier à ces exceptions très rares le repos des mariages* […]. *Les femmes sans mœurs n'hésiteront jamais à couvrir leur opprobre d'un mensonge pour ainsi dire sollicité par la loi*. Et il prédit que la multiplication des déclarations mensongères porteront un discrédit sur les véridiques, et que la disposition qu'il incriminait ne pourra pas profiter aux enfants naturels. Il tint à ce que cet article *immoral, inutile et dangereux* fût repoussé.[1736] L'examen de l'article fut ajourné par la section de législation du

[1736] FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome VIII, Pages 130 à 140, dans

Tribunat, jusqu'à ce que la question de la recherche de paternité fût réglée dans le titre consacré aux enfants naturels.[1737] La disposition ne subsista pas dans la dernière rédaction. Devant le Corps Législatif, Chabot de l'Allier énonça que le gouvernement n'avait pas reproduit l'article dans le nouveau projet de loi. Il en déduisit, et le fit remarquer à l'attention *de diriger la jurisprudence des tribunaux*, que le nom du père qui voulait rester inconnu, même s'il était désigné par la mère, ne devait pas être inséré dans l'acte de naissance d'un enfant né hors mariage.[1738]

Le chapitre du Code civil, intitulé *Des enfans naturels*, commençait en organisant la légitimation par mariage subséquent des enfants naturels. Au cours de la séance du Conseil d'État du 24 brumaire an X (15 novembre 1801), fut discuté l'article portant qu'à la reconnaissance postérieure au mariage n'était pas attaché l'effet d'opérer la légitimation des enfants nés avant que leur père et mère fussent mariés (correspondant à l'article 331 du Code civil[1739]). Le ministre de la Justice contestait cet article, en objectant que *la légitimation est l'effet nécessaire du mariage.* Les partisans de l'article, répliquaient par le risque de reconnaissances frauduleuses par des époux envers un enfant qui leur était étranger, pour justifier ce refus de légitimation. Pour Tronchet, le ministre faisait une confusion avec les effets du mariage subséquent sous l'ancienne jurisprudence. *Autrefois,* disait-il, *le mariage subséquent légitimait de plein droit les enfans, sans qu'il fût besoin d'une reconnaissance antérieure ou faite lors de la célébration, parce que la filiation pouvait être prouvée, même à l'égard du père ; mais la recherche de la paternité étant abrogée, la filiation ne peut plus être prouvée que par la reconnaissance du père : or, l'article s'applique à l'enfant qui n'a pas été reconnu. Cette reconnaissance ne peut être constatée que par un titre. L'article veut que quand il n'en existe pas avant le mariage, il soit rédigé au moment de sa célébration.* En réponse, le ministre recentra le débat sur l'absence de raison suffisante pour refuser à la reconnaissance la même force légitimante après qu'avant ou au moment de la célébration. Par

---

EWALD François (dir.), *Naissance du Code civil, La raison du législateur, Travaux préparatoires du Code Civil rassemblés par P.A. FENET*, Paris, Flammarion, 1989, Pages 230 à 240.

[1737] Observations arrêtées les 7 et 8 thermidor an X (26 et 27 juillet 1802). LOCRÉ, *op. cit.*, Tome troisième, Pages 182-183.

[1738] Discours, séance du 20 ventôse an XI (11 mars 1803). *Idem*, Tome troisième, Pages 230 à 234.

[1739] L'article, tel qu'il fut inséré dans le Code civil, disposait : *Les enfans nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère, lorsque ceux-ci les auront également reconnus avant leur mariage, ou qu'il les reconnaîtront dans l'acte même de célébration. Id.*, Tome sixième, Page 17.

la suite, il compara le traitement rigoureux fait aux époux, privés de la faculté de conférer un état légitime à leurs enfants nés antérieurement au mariage, par rapport à ceux qui persistaient dans des liens illégitimes et qui pouvaient reconnaître, à tout moment, leurs enfants naturels. Selon l'opinion de Portalis, *la légitimation par mariage subséquent n'est pas l'effet naturel du mariage, mais un bénéfice de la loi*. Et il fit observer qu'elle n'avait pas été décrétée en Angleterre car elle y était considérée *comme favorisant le concubinage*. Et il jugeait que la reconnaissance conférant un état aux enfants nés hors mariage devait être *rendue dans un temps non suspect* parce que ces enfants, ne bénéficiant d'aucune présomption, *n'ont qu'une existence équivoque*. Pour le ministre de la justice, *la reconnaissance postérieure au mariage ne favorise pas plus le concubinage que celle qui est faite au moment de la célébration*. Il insista sur sa nécessité et ajouta qu'elle ne présentait *de danger ni pour les mœurs, ni pour les familles*. La discussion se poursuivit et l'idée fut soumise d'une *déclaration secrète* de reconnaissance postérieure au mariage. A cet égard, le premier Consul soutint que lui attribuer des effets, *ce serait laisser les familles dans l'incertitude, et donner la faculté de créer des enfans par consentement mutuel*. L'article finit par être adopté.[1740]

Le projet de loi contenait une disposition selon laquelle le mariage subséquent ne devait pas opérer la légitimation lorsqu'il avait été contracté *in extremis* par des personnes qui avaient vécu en concubinage. Le Conseil d'État dut se déterminer sur cet article dont le fondement était la crainte *que la facilité de légitimer les enfans au dernier moment de la vie, ne favorisât le dérèglement des mœurs, et ne portât à l'oubli du mariage*. Pour Roederer, c'était punir un crime par un autre, *car c'est un crime de faire des orphelins*. De son côté, Maleville qualifia le mariage *in extremis* de *simulacre vain*. Il soutint que dans ce cas, *l'intérêt des mœurs* s'opposait à la légitimation parce qu'il se trouvait *compromis par cette assimilation des effets du mariage ordinaire à celui contracté in extremis, avec une concubine.* Il voyait là *une prime accordée à la débauche, un encouragement à se délivrer pendant sa vie des gênes d'une union légitime*. Et il s'appesantit sur le danger que cette assimilation encourageât des concubins à se complaire dans l'illégitimité en comptant réparer leur *vie licencieuse* à la veille de leur mort. Il en conclut que le législateur devait prévenir les concubinages, pas en réparer les effets. Pour sa part, Berlier trouva déraisonnable *de croire que sous l'espoir souvent très fragile d'un mariage in extremis, on va faire du concubinage une affaire de calcul.* Berlier

---

[1740] Procès-verbaux du Conseil d'État. *Id.*, Tome sixième, Pages 86 à 98.

analysa que la législation du XVIIe siècle relative aux mariages *in extremis* (l'article 6 de la déclaration du 26 novembre 1639 et l'article 8 de l'édit de mars 1697) *dut évidemment sa naissance aux préjugés de l'orgueil et à la crainte des mésalliances* et que ces motifs n'étant plus d'actualité, *le système qu'ils enfantèrent* ne pouvait pas être conservé. De plus, sur un plan politique, Berlier souleva la question de savoir si la restriction du nombre des bâtards ne participait pas à l'intérêt de l'État. Ainsi, il réclama la suppression de l'article qu'il voyait comme *une disposition barbare*. S'opposant aux propos de Berlier sur le fondement de la législation refusant les effets civils au mariage *in extremis*, Portalis affirma qu'il s'agissait de protéger les intérêts des mourants. Il disait que ceci nécessitait une loi : *malheur au législateur qui prévoit les abus ; il les fait naître.* Ensuite, il prétendit que *les lois contre la légitimation par mariage in extremis ont produit un effet utile ; elles ont diminué les concubinages.* Réal releva que compte tenu de l'opposition relative à la rédaction de l'article au sein de la section du Conseil d'État, l'unanimité ne pouvait être obtenue ; et fit observer que l'assentiment unanime des tribunaux sur la disposition n'avait pas été obtenu (les tribunaux de Toulouse, de Nîmes, de Montpellier, de Lyon, de Liège et de Bruxelles en demandaient la suppression). Le conseiller d'État cita le tribunal de Lyon : *Sur quel fondement* […] *la législature pourrait-elle s'arroger le droit d'empêcher un citoyen de se marier à quelque époque de la vie qu'il veut, pourvu qu'il remplisse les formalités qu'elle a prescrites ; la morale, l'équité, bases nécessaires de toutes les lois, ne lui ordonnent-elles pas, au contraire, de réparer dans ses derniers momens, l'injustice et l'immoralité de sa vie antérieure ?* Il revint, lui aussi, sur l'historique de la législation touchant les mariages *in extremis*, et estima que la déclaration de 1639, *fut, dès qu'elle parut, rangée dans la classe des lois odieuses*. Observant que *pendant les cinq siècles qui s'écoulèrent* (de la décrétale d'Alexandre III à *l'innovation* de 1639), *des mariages in extremis ont été contractés*, il exposa : *s'ils étaient d'un aussi grand danger qu'on le pense pour le mariage, pour les mœurs, pour la population, croira-t-on que* […] *le législateur civil ou ecclésiastique aurait gardé un aussi profond silence!* Autrement dit, se posait la question de savoir s'il ne s'avérait pas plus judicieux de revenir au *principe philanthropique* du droit canonique, *si favorable à la légitimation, si concordant avec le vœu du mariage*. De surcroit, la conséquence de la loi s'avérait être la multiplication des bâtards, *une espèce d'homme qui, ne tenant à aucune famille, ne tiennent plus à aucune société ; qui sont jetés au milieu de la société en proie à tous les besoins, à tous les regrets, en butte à toutes les humiliations, exposés à toutes les tentations, ennemis nécessaires d'un ordre des choses qui les avilit.* Selon Réal, *Une pareille loi est donc en contradiction évidente avec l'institution du mariage, avec toute idée de*

sociabilité. Aux termes d'un long débat, l'article fut supprimé.[1741] Par la suite, le Conseil d'État adopta sans discussion l'article édictant que *Les droits des enfans légitimés seront les mêmes que ceux des enfants légitimes* (correspondant à l'article 333 du Code civil[1742]).[1743]

Bigot de Préameneu (conseiller d'État et orateur du gouvernement), au cours de l'exposé des motifs, lors de la séance du Corps Législatif du 20 ventôse an XI (11 mars 1803), rappela l'utilité de la légitimation par mariage subséquent : *L'ordre public est intéressé à ce que l'homme et la femme qui vivent dans le désordre, aient un moyen d'éviter l'un et l'autre de ces deux écueils, celui de se séparer par dégoût, ou celui de continuer un commerce illicite.* Pour défendre la décision de conférer aux mariages *in extremis* les mêmes effets que les autres mariages vis-à-vis de la légitimation, Bigot de Préameneu constata, à propos de la législation de l'Ancien Régime sur l'effet des mariages contractés à l'extrémité de la vie, que *la société n'en a pas retiré des avantages réels.* Tout en rappelant qu'*on a craint que le concubinage ne fût encouragé, si les femmes qui se livrent à ce désordre pouvaient se marier à l'époque où l'homme près du tombeau ne serait plus arrêté par aucune considération* ; il représenta *les scènes scandaleuses, sans utilité pour les mœurs*, causées en voulant démontrer le concubinage d'une femme antérieurement à son mariage alors que celui-ci couvrait sa conduite d'un *voile respectable*. Et il fit remarquer la rareté des mariages *in extremis*. Pour conclure, il motiva le rejet des anciennes lois par *le respect dû aux mœurs, la justice à rendre aux enfans, le désespoir d'un homme qui, surpris par les maux avant-coureurs de la mort, ne pourrait plus réparer ses torts ; le malheur d'une femme qui le plus souvent a été séduite par des promesses trop long-temps retardées.*[1744] L'échec de l'ancien droit quant à la prévention du concubinage fit préférer la conception de réparation de la faute par le mariage. La validité des mariages *in extremis*, et leur faculté à produire tous les effets civils furent ainsi implicitement admises dans le Code civil.

[1741] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 24 brumaire an X (15 novembre 1801). *Id.*, Tome sixième, Pages 98 à 116.
[1742] Cet article prescrivait : *Les enfans légitimés par le mariage subséquent, auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage. Id.*, Tome sixième, Page 18.
[1743] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 24 brumaire an X (15 novembre 1801). *Id.*, Tome sixième, Pages 29 et 116.
[1744] *Id.*, Tome sixième, Pages 206 à 211.

Tout en prévoyant la reconnaissance des enfants naturels, la nouvelle législation civile en limita les effets afin précisément de ne pas desservir les intérêts des enfants légitimes. Lors de l'exposé des motifs, Bigot de Préameneu parla des enfants naturels avec une modération certaine en comparaison avec les propos stigmatisant assez habituels chez plusieurs de ses collègues : *Ce sont des victimes innocentes de la faute de leurs parens. L'ordre social a exigé que des prérogatives fussent accordées aux enfans nés de mariages légitimes. La nécessité de maintenir la barrière qui les sépare, a été reconnue par tous les peuples : mais la dignité du mariage n'exige point qu'ils soient étrangers à ceux dont ils tiennent la naissance. La loi serait à la fois impuissante et barbare, qui voudrait étouffer le cri de la nature entre ceux qui donnent et ceux qui reçoivent l'existence. Les pères et les mères ont envers leurs enfants naturels des devoirs d'autant plus grands, qu'ils ont à se reprocher leur infortune. La loi a seulement été obligée de poser des bornes au-delà desquelles l'institution du mariage serait compromise.* Cette empathie dont il fit preuve envers les enfants naturels fut donc bien vite effacée par l'optique de maintien de la paix des familles. Il rendit compte de la difficulté pour les législateurs de gérer de manière équilibrée les droits des enfants nés hors mariage d'un coté, et de ne pas nuire à l'ordre familial, de l'autre. A ses yeux, l'échec avait été patent sous l'Ancien Régime où les actions en recherche de paternité étaient reçues par les tribunaux, alors que les enfants naturels n'avaient aucuns droits successoraux ; et sous la Révolution au cours de laquelle la recherche de paternité était interdite tandis que l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes sur le plan successoral avait été proclamé. Le Code allait poser *enfin les justes limites*.[1745] Dans son rapport au Tribunat, Lahary congratula la nouvelle législation qui, ne se contentant pas d'inciter au mariage les filles-mères (les hommes n'étaient pas évoqués par Lahary), permettait aussi la reconnaissance des enfants naturels : *Ce n'était point assez d'être venu au secours des innocentes victimes de la séduction, en les invitant à réhabiliter leur honneur par le mariage, et à racheter leur faiblesse en s'élevant à la dignité d'épouses et de mères de famille, la loi proposée devait encore conserver à l'enfant naturel le titre qui lui indique l'auteur de ses jours.* Le législateur prenait un *vif intérêt*, selon Lahary, *au sort de ces êtres infortunés*, son objectif étant qu'après avoir reconnu leur enfant, le père épousât la mère, donnant ainsi un état légitime à l'enfant.[1746]

[1745] Séance du Corps Législatif du 20 ventôse an XI (11 mars 1803). *Id.*, Tome sixième, Pages 211-212.
[1746] Séance du 28 ventôse an XI (19 mars 1803). *Id.*, Tome sixième, Pages 263-264.

En dehors du mariage, la paternité était totalement incertaine ; seul le mariage désignait le père grâce à la présomption *Pater is est* reprise dans le Code civil.[1747] *La loi* [...] *ne connaît pas de père hors mariage : elle ne connaît que la mère*, énonça le Premier Consul à cet égard. Là dessus, Tronchet releva que contrairement à la maternité, *le fait de la paternité est toujours enveloppé de nuages.* Et le Premier Consul estima également que *tout enfant né, soit avant soit hors mariage, appartient exclusivement à la mère*.[1748] Donc le Code civil dissociait le père social et le père biologique, réunissant ces deux qualités par la présomption de paternité.

La reconnaissance volontaire était l'unique mode de preuve de la paternité naturelle. L'article 334 disposait : *La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance*. Le Code civil décrétait, à l'article 336 : *La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père.* Si à première vue, cette disposition pouvait sembler en lien avec le concept de mariage privé (qui fondait la paternité sur la volonté de l'homme), ce n'était pas du tout le cas : la théorie révolutionnaire avait été complètement annihilée, elle était incompatible avec le principe d'exclusivité du mariage solennel dans la désignation du père de famille.[1749] D'ailleurs, cet article n'invalidait pas la reconnaissance du père effectuée sans l'aveu de la mère (alors qu'en 1793, pour Berlier et Oudot, la confirmation par la mère était indispensable pour valider l'acte). L'objet de l'article était d'une part de ne pas nuire à la mère qui n'avait pas participé à la reconnaissance (il s'agissait d'une contrepartie pour la mère qui ne devait pas inquiéter le père de l'enfant), et d'autre part de ne pas exiger la désignation et l'aveu de la mère pour donner sa force à la reconnaissance du père.[1750] En outre, il fut prévu dans le Code civil que la reconnaissance pouvait être contestée par toutes les personnes intéressées.[1751] Les

---

[1747] L'article 312 prescrivait : *L'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari*. […].

[1748] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 26 brumaire an X (17 novembre 1801). LOCRÉ, *op. cit.*, Tome sixième, Pages 127 à 130.

[1749] *Cf.* MULLIEZ Jacques, « La volonté d'un homme », dans DELUMEAU Jean, ROCHE Daniel, *Histoire des pères et de la paternité*, Larousse, 1990, Pages 296-297.

[1750] *Cf.* Exposé des motifs, fait par Bigot de Préameneu, séance du Corps Législatif du 20 ventôse an XI (11 mars 1803) ; et Discours de Duveyrier, séance du 2 germinal an XI (23 mars 1803). LOCRÉ, *op. cit.*, Tome sixième, Pages 215-216 et 324-325.

[1751] L'article 339 disposait : *Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. Idem*, Tome sixième, Page 20.

articles 334 et 336 furent interprétés de façon extensive par une jurisprudence constante de la première moitié du XIXe siècle, pour palier à l'absence de reconnaissance authentique.[1752]

La défense de la dignité du mariage se retrouvait également être un fondement de l'article 335 du Code civil, qui édictait que la reconnaissance *ne pourra avoir lieu pour les enfans nés d'un commerce incestueux ou adultérin*.[1753] *Flétrir ainsi la violation du saint nœud du mariage, c'est l'honorer de la manière la plus utile*, expliqua Lahary.[1754] Au cours de son discours, Duveyrier (orateur du Tribunat) salua cette disposition qu'il n'hésita pas à qualifier d'*innovation morale* parce qu'elle écartait *ces révélations mortelles à la pudeur sociale*.[1755] Le souci de sauvegarder la paix dans les familles légitimes fut aussi au premier plan lorsqu'il fut décrété, dans l'article correspondant à l'article 337 du Code civil, que dans l'hypothèse où l'un des époux reconnaissait un enfant naturel, né d'un tiers avant son mariage, cet enfant ne pouvait pas se prévaloir de cette reconnaissance.[1756] *Il ne peut pas dépendre de l'un des époux de changer, après son mariage, le sort de sa famille légitime, en appelant des enfants naturels qui demanderaient une part dans ses biens. Ce serait violer la foi sous laquelle le mariage aurait été contracté*, soutint Bigot de Préameneu tout en précisant que le motif disparaissait et la reconnaissance recevait son exécution si, après la dissolution du mariage, il ne restait aucun descendant.[1757]

La loi n'admet point la recherche de la paternité non avouée, telle fut la rédaction initiale de l'article 340 du Code civil. La question, de savoir si l'interdiction de la recherche de paternité était absolue, ou si elle recevait des exceptions dans le cas où des circonstances particulières pouvaient la rendre injuste, dut être résolue par le Conseil d'État, lors de la

---

[1752] *Cf.* LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille,* Paris, PUF, 1996, Pages 364-365 ; DEROUSSIN David, *Histoire du droit privé (XVIe-XXIe siècle)*, Paris, Ellipses, 2010, Page 120.
[1753] LOCRÉ, *op. cit.*, Tome sixième, Page 19.
[1754] Rapport fait au Tribunat, séance du 28 ventôse an XI (19 mars 1803). LOCRÉ, *op. cit.*, Tome sixième, Pages 264-265.
[1755] Séance du 2 germinal an XI (23 mars 1803). *Idem*, Tome sixième, Page 323.
[1756] L'article 337 disposait : *La reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfans nés de ce mariage. Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfans. Id.*, Tome sixième, Page 20.
[1757] Exposé des motifs, séance du Corps Législatif du 20 ventôse an XI (11 mars 1803). *Id.*, Tome sixième, Page 216.

séance du 26 brumaire an X (17 novembre 1801). Pour Cambacérès, des *circonstances aggravantes, telles que le viol et le rapt*, devaient constituer des exceptions à l'exclusion de la recherche de la paternité non avouée. Les précautions à prendre pour parer aux abus de la maxime *Creditur virgini* lui paraissaient devoir être moindres que sous la Révolution (où le principe de l'interdiction ne souffrait pas d'exception) *puisque probablement on n'accordera pas aux enfans naturels les avantages que leur donnait la législation précédente.* Le conseiller d'État Boulay suggéra que si l'on admettait ces exceptions, l'action en déclaration de paternité ne pouvait être fondée que sur un jugement déclarant coupable de viol ou de rapt celui contre lequel elle était dirigée. Sur la forme, Tronchet soumit l'idée que les exceptions fussent énonçées dans un article postérieur à celui interdisant la recherche de paternité.[1758]

D'une unique intervention ressortit un certain souci du sort des filles-mères et de leurs enfants : celle de Defermon, à qui il semblait plutôt injuste de dispenser de l'obligation de dommages et intérêts, hormis dans le cas du rapt (en effet, un article du projet de loi disposait : *Le ravisseur qui refusera de reconnaître l'enfant dont la naissance fait concourir l'époque de la conception avec celle de la durée du rapt, pourra être condamné en des dommages et intérêts au profit de cet enfant, sans que celui-ci puisse prendre le nom du ravisseur, ni acquérir sur ses biens les droits d'enfant naturel*). Il demandait si *l'équité* permettait de laisser sans secours *une fille bien née* ayant *succombé à la séduction*. Thibaudeau lui opposa que cette hypothèse était peu fréquente : *pour accorder à quelques cas particuliers la faveur qu'ils méritent, on exposerait les gens de bien à devenir les victimes des prétentions de la première prostituée. L'usage de cette action était autrefois scandaleux et arbitraire : les lois qui y ont mis un terme, ont servi les mœurs.* Maleville abonda dans ce sens en approuvant cette méfiance vis-à-vis des femmes : *il n'est pas constant que les filles soient devenues plus chastes* ; il admit tout de même la justesse des exceptions. L'article fut adopté.[1759]

Puis, fut mise en délibération la question de sa modification par des exceptions. Le premier Consul n'y était pas favorable, y voyant là une *reconnaissance forcée* ; la loi devait se contenter de punir le violeur pour son acte. Cambacérès ne souscrivit pas à ce point de vue, voulant soumettre *aux devoirs de la paternité naturelle*, l'auteur d'une grossesse, coupable de

---

[1758] LOCRÉ, *id.*, Tome sixième, Pages 30-31 et 119 à 123.
[1759] *Ibidem*.

rapt ou de viol. Bonaparte exposa que *si la paternité pouvait être prouvée, il faudrait même le forcer à épouser la mère, mais que cette preuve est impossible*. Il estima que *le crime d'avoir démoralisé la mère de l'enfant doit être réparé par une condamnation pécuniaire, mais qu'il ne doit pas attribuer au coupable un enfant dont il peut ne pas se croire le père*. Et il finit par déclarer que *la société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus.* On ne peut que noter, dans ces propos, l'aversion pour la bâtardise, et le peu de considération, voire le mépris du premier Consul envers les femmes violées. Le Conseil d'État suivit son opinion en décidant que l'article ne recevait pas d'exception.[1760]

La deuxième rédaction de l'article 340 du Code civil, présentée au cours de la séance du 12 frimaire an X (3 décembre 1801) était la suivante : *La recherche de paternité est interdite. Lors même que l'époque de la conception d'un enfant concourra avec des circonstances de rapt ou de viol, il n'y aura lieu qu'à des dommages-intérêts envers la mère.* La troisième rédaction de l'article, issue de la séance du 29 fructidor an X (16 septembre 1802) fut identique à la précédente.[1761] Puis, la section de législation du Tribunat, le 19 vendémiaire an XI (11 octobre 1802) et les jours suivants, émit ses observations. Elle adopta, dans un souci de clarté, une nouvelle rédaction : *La recherche de paternité est interdite, quand bien même l'époque de la conception d'un enfant concourrait avec des circonstances de rapt ou de viol qui donneraient lieu à des dommages-intérêts au profit de la mère.*[1762] Lors de la séance du Conseil d'État, du 13 brumaire an XI (4 octobre 1802), fut admise une exception dans le cas du rapt lorsqu'il coïncidait avec l'époque de la conception de l'enfant. Il fallut déterminer si cette exception était absolue, le résultat de la discussion fut de la rendre purement facultative. Ainsi, fut adoptée la rédaction définitive : *La recherche de 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.*[1763]

L'exclusion du viol du champ des exceptions, était, dès lors, définitivement prononcée. Et ce, malgré l'incohérence à laquelle on aboutissait : la recherche de paternité était autorisée

---

[1760] *Ibid.*
[1761] *Id.*, Tome sixième, Pages 148-149 et 156.
[1762] *Id.*, Tome sixième, Pages 179-180.
[1763] *Id.*, Tome sixième, Pages 183 à 185.

en cas de rapt, elle ne l'était pas dans l'hypothèse d'un viol ;[1764] le premier Consul ayant, sans doute, sa part dans cette restriction. La prééminence de l'opinion de Bonaparte semblait évidente dans l'aboutissement de ses discussions. Il paraissait avéré que le *texte avait été le résultat d'une surprise, presque d'un coup d'état, et ceux qui le soutiennent doivent reconnaître qu'ils soutiennent avant tout l'œuvre et les idées du Premier Consul*,[1765] ceci fut rappelé, à la fin du XIXe siècle, lorsque les législateurs se penchèrent sur une proposition visant à revenir sur l'interdiction de l'article 340.

Au cours de l'exposé des motifs, lors de la séance du Corps Législatif du 20 ventôse an XI (11 mars 1803) Bigot de Préameneu approuva sans réserve l'interdiction de la recherche de paternité, édictée par les Conventionnels en l'an II, et reprise dans le projet de loi. Il formula des remontrances à l'endroit des actions en recherche de paternité (qui n'était pas s'en rappeler celles de Berlier au cours de la Révolution) dont il ressort que la tranquillité des familles primait, de loin, sur l'intérêt des filles-mères et des enfants naturels. *Depuis long-temps,* énonça-t-il, *dans l'Ancien Régime, un cri général s'était élevé contre les recherches de paternité. Elles exposaient les tribunaux aux débats les plus scandaleux, aux jugemens les plus arbitraires, à la jurisprudence la plus variable. L'homme dont la conduite était la plus pure,* […]*, n'était point à l'abri de l'attaque d'une femme impudente, ou d'enfans qui lui étaient étrangers. Ce genre de calomnie laissait toujours des traces affligeantes. En un mot, les recherches de paternité étaient regardées comme le fléau de la société.* Sa prohibition constituait une *sage disposition*, estima-t-il. La paternité s'établissait par la reconnaissance du père dans l'acte de naissance, ou par un acte authentique, *pour que les familles soient* […] *à l'abri de toute surprise*.[1766] La nouvelle législation sacrifiait les enfants naturels sur l'autel de la protection des familles légitimes, et l'équilibre, auquel Bigot de Préameneu avait appelé, semble surtout répondre aux critères de ce temps. Dans son rapport au Tribunat, le 28 ventôse en XI (19 mars 1803), Lahary fustigea, lui aussi, *ces audacieuses réclamations d'état* et ceux qui les avaient fomenté, d'une part les filles-mères : *ces femmes impudentes*, d'autre part les enfants naturels : *des intrigans, nés dans la condition la plus abjecte*, (qui) *avaient*

[1764] Viollet observait que *de bons commentateurs se tirent habilement d'embarras en disant que le viol est un enlèvement momentané* (*cf.* Dalloz, *Répertoire*, Paris, 1855, T. XXXV, Page 366). VIOLLET Paul, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1886, Page 393.
[1765] Rapport sur la proposition Rivet, J. O., Débats parlementaires, Chambre des députés, 1897, Pages 1407 et suivantes, cité par GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 180.
[1766] LOCRÉ, *op. cit.*, Tome sixième, Pages 212 à 214.

l'inconcevable hardiesse de prétendre s'introduire dans les familles les plus distinguées, et surtout les plus opulentes. Il loua la mesure d'interdiction, escomptant d'*heureux résultats*, *puisque l'effet des bonnes lois est d'amener les bonnes mœurs*.[1767] Le 2 germinal an XI (23 mars 1803), Duveyrier prononça un discours où il affirma que l'interdiction de la recherche de paternité était basée sur le même principe que la règle *Pater is est* ; parce qu'à défaut de preuve matérielle de la paternité, l'institution du mariage servait à fournir à la société la présomption légale, alors que l'existence d'une union hors mariage ne produisait aucun signe légal. En abordant l'exception à la règle, le cas d'un enlèvement : *Il n'y a point de mariage ;* expliqua-t-il, *mais* […] *supposition nécessaire de mariage. Il n'y a pas de cohabitation publique, mais il y a cohabitation forcée. La violence de l'un, l'oppression de l'autre, suppléent au consentement authentique et mutuel.* Donc s'il admettait cette exception, ce n'était qu'en opérant un parallèle entre le mariage et l'union contrainte du fait du rapt. De surcroit, il fit observer que la paternité restait *encore incertaine* pour justifier que l'exception ne fût pas absolue (elle autorisait seulement le juge à peser les circonstances).[1768] Ainsi, le motif abondamment soulevé pour interdire la recherche de paternité restait, comme sous la Révolution, d'éviter la réitération des procès qui, aux dires des promoteurs du Code civil, n'avaient été que des sources d'infamie. De surcroit, la primauté de la volonté du père était toujours prégnante.

L'impératif de préserver la tranquillité au sein du foyer conjugal fut également soulevé dans les discussions relatives à la rédaction de l'article 341 portant sur la recherche de maternité, qui, dans sa première rédaction, disposa (au 1er alinéa) : *L'enfant méconnu par sa mère aura la faculté de prouver contre elle sa filiation*.[1769] En effet, au cours de la séance du 26 brumaire an X (17 novembre 1801), fut proposé un amendement, par Malleville, visant à ne pas admettre la preuve de la maternité contre une femme mariée à un autre homme que celui dont le réclamant se prétendait le fils, et lorsqu'elle était mère d'autres enfants. Son amendement fut ajourné et l'article fut adopté. Quand la discussion revint sur l'amendement,

---

[1767] *Idem*, Tome sixième, Pages 266-267.
[1768] *Id.*, Tome sixième, Pages 320 à 322.
[1769] Les autres alinéas étaient les suivants : *Cette filiation ne pourra résulter que de l'accouchement de la mère, et de l'identité du réclamant avec l'enfant dont la mère est accouchée. Le réclamant ne pourra être admis à la preuve testimoniale de ces faits, s'il n'a un commencement de preuve par écrit, ou une possession constante de la qualité de fils naturel de la mère qu'il réclame. Le registre de l'état civil qui constatera la naissance d'un enfant né de la mère réclamée, et duquel le décès ne sera pas prouvé, pourra servir de commencement de preuve par écrit*. *Id.*, Tome sixième, Page 30.

Malleville soutint la supériorité de l'intérêt du mari par rapport à celui des enfants nés hors mariage. Berlier s'opposa à l'amendement. *On craint*, dit-il, *que cela ne porte le désordre dans les familles : mais il n'est pas question d'y faire entrer un nouveau membre, il ne s'agit que d'une créance alimentaire, aussi sacrée sans doute qu*e *toute autre, dont la femme ne serait pas rédimée pour ne l'avoir pas déclarée en se mariant.* Tout en concevant le risque d'altération de *l'harmonie entre les époux* due à l'ignorance par le mari de l'existence de l'enfant naturel, et en convenant, *malgré la défaveur due à la réticence barbare d'une mère qui aura sacrifié son enfant et trompé son mari*, que la proposition de Malleville pusse être acceptée si elle protégeait totalement de la découverte du passé ; il exposa que la loi *ne pourra empêcher* (l'enfant) *de se présenter avec son commencement de preuve par écrit, à la porte de sa mère, pour réclamer les droits de la nature*. Et puisque, comme le fit remarquer Berlier, *c'est le fait, et non la demande judiciaire relative à un modique intérêt pécuniaire, qui aigrira le mari*, le déni de justice à l'encontre de l'enfant naturel était *sans aucun profit pour la paix du ménage*. Pour Tronchet, l'amendement devait être rejeté car il favorisait les *mères dénaturées* (celles qui laissaient leurs enfants sans aliments) Malleville tenait à son amendement, il ne croyait pas que *la crainte de cette recherche obligerait les mères à faire l'aveu de leurs fautes à leurs maris avant le mariage*, mais plutôt qu'elle condamnerait les mères au célibat. Il ne transigea pas quant à l'intérêt supérieur qui était d'éviter les désordres familiaux, quitte à sacrifier l'enfant naturel : *que pour l'intérêt d'un enfant, triste fruit d'un moment de faiblesse, on compromette la tranquillité d'une famille entière*, cela lui était inadmissible. Son amendement ne fut pas admis, le Conseil d'État arrêta *que les enfants nés avant le mariage de leur mère peuvent réclamer après le mariage qu'elle a contracté avec un autre individu que leur père ;* et *que l'enfant illégitime né clandestinement pendant le mariage, peut établir sa filiation contre sa mère.*[1770] La deuxième rédaction de l'article, présentée lors de la séance du 12 frimaire an X (3 décembre 1801) du Conseil d'État, et qui devint la rédaction définitive était la suivante : *La recherche de 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.*[1771] La recherche de maternité fut donc permise et encadrée avec des modalités restrictives puisque l'enfant ne pouvait pas faire valoir sa

---

[1770] *Id.*, Tome sixième, Pages 125-126 et 137 à 144.
[1771] *Id.*, Tome sixième, Pages 149 et 183.

possession d'état, ni son acte de naissance à titre de commencement de preuve par écrit. La Cour de cassation recadra rigoureusement les tentatives pour faire de la possession d'état un mode de preuve de la filiation naturelle.[1772]

Dans ses observations du 19 vendémiaire an XI (11 octobre 1802) et des jours suivants, la section de législation du Tribunat, souhaitant *empêcher qu'on ne donne à cet article une extension qui serait une source de scandale et de trouble*, adopta la rédaction qui suit : *La recherche de la maternité est admise dans le cas où,* [...] *la reconnaissance peut avoir lieu. Elle n'est point admise lorsque la mère est, au moment de la demande, engagée dans les liens du mariage* […].[1773] Ses observations furent en partie seulement prises en considération pour la rédaction définitive : la recherche de la maternité contre une femme mariée avec un autre que le père de l'enfant resta autorisée dans le projet de loi, mais elles motivèrent une disposition, qui devint l'article 342 du Code civil,[1774] selon laquelle les enfants incestueux ou adultérins n'étaient pas admis à cette recherche, ni d'ailleurs à celle de la paternité. Cette mesure fut approuvée par Lahary, dans son rapport au Tribunat, le 28 ventôse en XI (19 mars 1803), qui trouva moral et socialement convenable de refuser à ces enfants *monstrueux*, la protection de la loi.[1775] Quant à Duveyrier, dans son discours du 2 germinal an XI (23 mars 1803), il exposa que *le maintien de l'honnêteté publique et des bonnes mœurs* commandaient cette disposition.[1776]

Dans la conclusion de son rapport au Tribunat, le 28 ventôse en XI (19 mars 1803), Lahary approuva le nouveau statut conféré par le législateur aux enfants naturels légalement reconnus : *en* [les] *dépouillant, du titre honorable d'héritiers, et les réduisant à la simple condition de créanciers sur la succession de leurs parens, il leur assigne la seule place qu'ils aient le droit d'occuper dans la société.*[1777] L'article 338 disposait : *L'enfant naturel reconnu*

[1772] *Cf.* LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, Pages 365-366.
[1773] LOCRÉ, *op. cit.*, Tome sixième, Page 180.
[1774] Cet article prescrivait : *Un enfant ne sera jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise. Idem*, Tome sixième, Page 22.
[1775] *Id.,* Tome sixième, Page 269.
[1776] *Id.*, Tome sixième, Pages 322-323.
[1777] *Id.*, Tome sixième, Page 270.

ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime. Les droits des enfans naturels seront réglés au titre des Successions.

Au cours de l'exposé des motifs du titre *Des Successions*, Treilhard énonça à propos des enfants naturels : *Si la nature réclame pour ceux-ci une portion du patrimoine paternel, l'ordre social s'oppose à ce qu'ils le reçoivent dans les mêmes proportions et au même titre que les enfants légitimes.*[1778] Le principe de la vocation des enfants naturels à succéder à leur père et mère, sauf en cas d'adultère et d'inceste, fut adopté par les législateurs de 1804. La vocation héréditaire des enfants nés hors mariage, issue du droit révolutionnaire, fut préféré à l'incapacité successorale absolue de l'ancien droit. Les modalités de cette vocation héréditaire étaient radicalement dissemblables de celles émanant de la loi du 12 brumaire an II. Les enfants naturels reconnus devinrent des successeurs irréguliers, ils succédaient uniquement à leur père et mère ; ils ne pouvaient plus prétendre à la succession de leurs ascendants en ligne paternelle ou maternelle (article 756).[1779] La quotité que ces enfants recueillaient était inférieure à celle que leur avait attribué la loi de l'an II : équivalente à un tiers, à la moitié, aux trois quarts, ou à la totalité d'une part d'enfant légitime, en fonction des héritiers avec lesquels ils étaient en concours (articles 757 et 758).[1780] Ils ne bénéficiaient pas de la saisine et devaient, pour entrer en possession, intenter un procès à la famille légitime (article 724).[1781] Les enfants ou les descendants de l'enfant naturel prédécédé pouvaient réclamer ses droits par représentation (article 759). L'enfant naturel ou ses enfants ou descendants, étaient tenus d'imputer tout ce qu'ils avaient reçu de leur père et mère sur leur part de la succession (article 760). La part successorale était réductible par les parents, de leur vivant (article 761).[1782] De

---

[1778] Séance du Corps Législatif du 19 germinal an XI (9 avril 1803). *Id.*, Tome dixième, Page 191.

[1779] Cet article disposait : *Les enfans 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.*

[1780] L' article 757 prescrivait : *Le droit de l'enfant l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés, est réglé ainsi qu'il suit : Si le père ou la mère a laissé des descendans légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime, il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendans, mais bien des ascendans ou des frères ou sœurs, il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendans, ni ascendans, ni frères, ni sœurs*. Et l'article 758 disposait : *L'enfant naturel a droit à la totalité des biens, lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parens au degré successible.*

[1781] Cet article énonçait : *Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession : les enfans naturels, l'époux survivant et la République, doivent se faire envoyer en possession par justice* […].

[1782] Cet article spécifiait : *Toute réclamation leur est interdite, lorsqu'ils ont reçu, du vivant de leur père ou de leur mère, la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précédens, avec déclaration expresse, de la part de*

plus, les enfants naturels étaient incapables de recevoir des dons et legs de leur père et mère au delà de la part successorale à laquelle ils avaient droit (article 908). En outre, alors même que l'enfant naturel ne rentrait pas dans la famille de ses auteurs, en cas de prédécès des père et mère, la successibilité sur les biens qu'il avait reçu d'eux était accordée à ses frères et sœurs légitimes (article 766). Le Code civil n'avait pas déterminé si l'enfant naturel bénéficiait ou non de la qualité d'héritier réservataire. Ce thème fut traité dans la doctrine et la jurisprudence.[1783] Des juges (notamment ceux de la Cour de cassation dans un arrêt du 28 juin 1809) lui attribuèrent la qualité d'héritier réservataire (ils se fondèrent sur l'article 757 du Code civil qui conférait à l'enfant naturel un droit de succession inférieur mais de nature identique à celui de l'enfant légitime ; puis sur l'article 761 qui empêchait les père et mère de déshériter totalement leur enfant naturel).[1784]

Tout aussi révélateurs de la défiance envers tout ce qui semblait susceptible d'encourager le concubinage, et vis-à-vis de l'éventualité d'une assimilation entre les enfants naturels et les enfants légitimes apparaissent être les débats autour de l'adoption. Au Conseil d'État, au cours de la séance du 6 frimaire an X (27 novembre 1801), Malleville affirma l'opinion selon laquelle l'adoption ne devait pas être une institution civile de droit commun, et permise à tous car cette adoption *est un moyen de donner aux enfans naturels les mêmes droits qu'aux enfans légitimes*, et de leur permettre de dépouiller à leur profit les familles (il voulait restreindre l'adoption à une mesure politique, en la réservant à *des citoyens distingués*).[1785] Par la suite, lorsqu'il fut question de déterminer si la faculté d'adopter devait être réservé à des personnes mariées ou qui l'avaient été, le premier Consul suggéra que *l'adoption n'est qu'une fiction et un supplément aux effets du mariage. Pour qu'un individu soit adopté avec honneur*, poursuivit-il, *il faut qu'il entre dans une famille. Autrement vous mettriez l'adoption en parallèle avec la bâtardise, qui est l'injure la plus grossière. Vous diminueriez le nombre des mariages, et par suite la population. Pourquoi se marierait-on, si l'on pouvait avoir des enfants sans avoir les charges du mariage ?* […].[1786] Béranger observa

---

leur père ou mère, que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée. Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire la moitié.

[1783] *Cf.* DEROUSSIN David, *op. cit.*, Pages 122-123.

[1784] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 179.

[1785] Procès-verbaux du Conseil d'État. LOCRÉ, *op. cit.*, Tome sixième, Pages 389 et 399 à 403.

[1786] Cité par THIBAUDEAU, *Mémoires*, dans EWALD François (dir.), *op. cit.*, Pages 246-247.

que le fondement de l'interdiction d'adopter pour les célibataires était *la crainte que les hommes peu scrupuleux, assurés de pouvoir donner l'état d'enfant légitime au fruit de leurs dérèglements, ne préfèrent un concubinage commode aux charges et aux embarras d'une union légale*. Selon lui, si cette peur justifiait une législation discriminante envers les enfants naturels, elle ne devait pas aller jusqu'à éliminer un moyen *d'assurer le sort d'enfants malheureux*. Et il fit valoir qu'*il serait juste et moral de laisser au débauché qui a quitté ses premières mœurs la facilité d'en réparer les suites en adoptant ses enfants*. Pour Cambacérès, le risque de favoriser le concubinage en permettant à des célibataires d'adopter était vain car la prédominance du mariage était acquise. *L'opinion seule suffit pour assurer à la société conjugale une préférence que l'intérêt de la société réclame d'ailleurs pour elle*, déclara t-il. De surcroit, il releva que la prohibition présentait une incohérence car alors qu'elle concernait l'adoption d'un enfant naturel simple par son père célibataire, elle ne visait pas l'adoption d'un bâtard adultérin par son père marié. Berlier rappelant que, *chez les Romains, l'adoption était interdite aux célibataires*, dit que la condition d'*être ou d'avoir été marié* favorisait l'institution du mariage. *L'adoption produit une paternité fictive*, une fiction qui devait s'approcher de la nature, considéra Thibaudeau. Pour lui, la paternité étant la résultante de l'union de deux personnes, *celui qui n'est ou qui n'a pas été marié ne peut donc pas prétendre à la paternité* […] *ce serait une inconséquence que de voir, dans la société, un individu qui s'est soustrait aux lois du mariage, jouir des prérogatives de la paternité.* Quant à Béranger, opposé à la condition posée pour adopter, il déclara que *l'adoption n'encourage pas le concubinage* […] *et d'ailleurs les attraits du mariage l'emporteront toujours sur le concubinage dans l'esprit du plus grand nombre*. Le Premier Consul resta sur sa position : *Si, comme on en convient, la plus haute considération est due au mariage, il faut que celui qui a repoussé le mariage ne puisse en suppléer les effets ;* […] *autrement on détruirait l'esprit de famille.* La condition fut adoptée par le Conseil.[1787] La stigmatisation des enfants naturels et la volonté de sauvegarder le mariage apparaît nettement dans cette discussion. Le critère d'abord admis pour être adoptant d'*être ou d'avoir été marié* finit par être repoussé et remplacé par le critère d'un âge avancé.

[1787] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 6 frimaire an X (27 novembre 1801). LOCRÉ, *op. cit.*, Tome sixième, Pages 413 à 419.

La question de rendre valable l'adoption des enfants naturels reconnus fut débattue. Dans une nouvelle rédaction du projet de loi, présentée lors de la séance du 14 frimaire an X (5 décembre 1801), un article interdisait l'adoption d'un enfant naturel reconnu par celui qui l'avait reconnu.[1788] Il fut objecté, au cours de la séance du 16 frimaire an X (7 décembre 1801), que l'article pouvait compromettre l'état des enfants naturels, dans l'hypothèse où le père différât sa reconnaissance afin de se laisser la faculté d'adopter son enfant naturel, et qu'il vînt à mourir sans l'avoir reconnu, ni adopté. Berlier convint de la trop grande sévérité de l'article qui n'avait été motivé que par *la crainte de contredire le projet de loi qui ne donne aux enfans naturels reconnus qu'une créance sur les biens de leurs pères.* L'article fut supprimé.[1789] Le sujet des enfants naturels non reconnus fut traité à l'occasion de la discussion sur un article (rédigé quand le système était celui où l'adoption devait être consommée pendant la minorité de l'adopté) qui prévoyait l'adoption des enfants dont les parents n'étaient pas connus.[1790] Tronchet attaqua l'article, lors de la séance du 4 nivôse an X (25 décembre 1801), en disant qu'il facilitait l'adoption des *bâtards*, car le père pouvait *se ménager la facilité d'adopter son enfant naturel, en s'abstenant de le reconnaître.*[1791] Le Premier Consul lui opposa qu'*il serait au contraire heureux que l'injustice de l'homme, qui, par ses déréglemens, a fait naître un enfant dans la honte, pût être réparée sans que les mœurs fussent blessées.* Selon lui, *donner aux bâtards la capacité de succéder, ce serait offenser les mœurs, mais* […] *les mœurs ne sont plus outragées si cette capacité leur est rendue indirectement par l'adoption. La loi, en les privant du droit de succéder, n'a pas voulu punir ces infortunés des fautes de leur père ; elle n'a voulu que faire respecter les mœurs et la dignité du mariage.* Béranger appuya l'adoption des bâtards, estimant *l'inconvénient* […] *bien moindre que celui de les abandonner*. L'article fut adopté.[1792] Un intérêt certain à l'endroit de l'enfance délaissée ressort des propos du Premier Consul qui soutint que *c'est* […] *une*

[1788] Les termes de l'article étaient les suivants : *Celui qui a reconnu, dans les formes établies par la loi, un enfant né hors du mariage, ne peut l'adopter, ni lui conférer d'autres droits que ceux qui résultent de cette reconnaissance ; mais, hors ce cas, il ne sera admis aucune action tendant à prouver que l'enfant adopté est l'enfant naturel de l'adoptant. Idem*, Tome sixième, Pages 366-367 et 434.

[1789] Procès-verbaux du Conseil d'État. *Id.*, Tome sixième, Pages 477-478.

[1790] Cet article prescrivait : *Si l'enfant n'a point de parens connus, le juge de paix convoquera quatre voisins ou amis, lesquels lui éliront un tuteur spécial, à l'effet de consentir à l'adoption, s'il y a lieu. Id.*, Tome sixième, Pages 368, 435 et 492.

[1791] A cet égard, Locré faisait justement remarquer que *Tronchet ne se rappelait point que, dans la séance du 16 frimaire, on avait rejeté la proposition d'interdire l'adoption des enfans naturels, même reconnus*. *Id.*, Tome sixième, Page 368.

[1792] Procès-verbaux du Conseil d'État. *Id.*, Tome sixième, Pages 501 à 506.

conception heureuse de venir, par l'adoption, au secours d'un enfant abandonné, et de l'arracher à la dépravation à laquelle son état d'abandon l'expose,[1793] toutefois le système finalement retenu eut raison de ses intentions initiales.

L'adoption nouvellement instituée était totalement différente de celle imaginée sous la Révolution, l'optique de réduire le nombre d'enfants abandonnés ne fut aucunement déterminante pour les rédacteurs du Code ; par exemple, Tronchet estima que la représentation de *l'adoption comme une facilité d'assurer l'éducation et le sort d'enfans malheureux* était peu fréquente parmi les motifs de l'adoption.[1794] Au final, la faculté d'adopter fut réservée à des adultes de plus de 50 ans n'ayant pas de descendance, et celle d'être adoptés à des majeurs qui acquéraient, de cette manière, des droits sur la succession de l'adoptant identiques à ceux d'un enfant légitime.[1795] Par conséquent, en opérant seulement *une transmission de nom et de biens, sans d'ailleurs déranger les rapports formés par la nature entre l'adopté et l'adoptant*,[1796] cette institution servait uniquement à se choisir un héritier.[1797] Puisque, pour dénommer celui qui pouvait être adopté, l'article 345 du Code civil employait l'expression *individu*,[1798] sans exprimer aucune distinction, les enfants naturels n'étaient donc pas exclus de l'adoption.[1799]

[1793] *Ibidem*.

[1794] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 6 frimaire an X (27 novembre 1801). *Id.*, Tome sixième, Page 390.

[1795] L'article 343 édictait : *L'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de cinquante ans, qui n'auront, à l'époque de l'adoption, ni enfans, ni descendans légitimes, et qui auront au moins quinze ans de plus que les individus qu'elles se proposent d'adopter.* L'article 346 prescrivait : *L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté.* [...] L'article 347 portait : *L'adoption conférera le nom de l'adoptant à l'adopté* […]. L'article 348 énonçait : *L'adopté restera dans sa famille naturelle, et y conservera tous ses droits* [...]. Et l'article 350 disposait : *L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parens de l'adoptant ; mais il aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfans de cette dernière qualité nés depuis l'adoption.*

[1796] LOCRÉ, *op. cit.*, Tome sixième, Page 362.

[1797] *Cf.* MULLIEZ Jacques, « La volonté d'un homme », *op. cit.*, Page 299.

[1798] L'article 345 disposait : *La faculté d'adopter ne pourra être exercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours et donné des soins non interrompus, ou envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots.* […].

[1799] HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, Page 282. Cet auteur voit, dans cette possibilité d'adopter un enfant naturel, et dans le droit de successibilité de l'adopté plus important que celui prévu dans le troisième projet de Code civil, *un faible écho des conceptions révolutionnaires dans le rôle donné à la volonté individuelle dans l'établissement des liens de filiation.*

La puissance paternelle de l'article 372 était celle du père légitime : *Le père seul exerce cette autorité durant le mariage*. Le Code civil ne régla que très partiellement la question de la puissance paternelle sur les enfants naturels. La rédaction initiale du projet de loi relatif au titre *De la puissance paternelle* contenait un article qui disposait : *Les articles du présent Titre seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus.*[1800] Lorsqu'il fut débattu au Conseil d'État, au cours de la séance du 8 vendémiaire an XI (30 septembre 1802), Boulay voulu *borner la puissance paternelle aux enfans légitime*s, *attendu*, dit-il, *qu'elle dérive du mariage.* Tronchet s'opposa à cette idée alors qu'elle était en phase avec le principe de non-assimilation entre les enfants légitimes et les enfants naturels. Il déclara que *la naissance seule établit des devoirs entre les pères et les enfans naturels ; que ces enfans doivent être sous une direction quelconque ; qu'il est donc juste de les placer sous celle des personnes que la nature oblige à leur donner des soins.* Et il ajouta qu'il convenait de différer l'examen de ces questions.[1801] Mais, au cours des discussions ultérieures, elles ne furent plus jamais abordées. Donc la seule indication sur l'exercice de la puissance paternelle sur les enfants naturels reconnus résidait dans l'article 383 qui portait que les articles 376, 377, 378 et 379, relatifs au droit de correction, *seront communs aux pères et mères des enfans naturels légalement reconnus*. L'exposé des motifs par Réal et le rapport fait au Tribunat par Vesin n'éclairaient pas davantage sur l'étendue de la puissance paternelle puisque l'orateur énonça que le législateur considérant que cette puissance étant fondée sur la nature, *a dû, pour être conséquent, accorder au père ou à la mèr*e […] *une puissance et des droits semblables à ceux auxquels donne naissance une union légitime*,[1802] alors que pour le rapporteur, le droit nouveau introduit par l'article 383 assimilait les enfants naturels légalement reconnus seulement *quant aux moyens de correction*.[1803]

Ce droit de correction attribué au père naturel, constituait, tout comme l'exigence du consentement parental sur le mariage, une ambivalence de la législation car tout en refusant d'intégrer l'enfant naturel reconnu dans la famille, on attribuait à son père des prérogatives similaires à celle du père légitime (sous les deux aspects, le Code civil dérogeait à l'ancien droit). Tout au long du XIXe siècle, la doctrine et la jurisprudence réglèrent cette question de

---

[1800] LOCRÉ, *op. cit.*, Tome septième, Page 14.
[1801] Procès-verbaux du Conseil d'État. *Idem*, Tome septième, Page 37.
[1802] Séance du Corps Législatif du 23 ventôse an XI (14 mars 1803). *Id.*, Tome septième, Pages 62-63.
[1803] Séance du Tribunat du 1er germinal an XI (22 mars 1803). *Id.*, Tome septième, Page 75.

la puissance paternelle sur l'enfant naturel reconnu, en adaptant l'étendue de la puissance paternelle selon les circonstances.[1804] Quant à la tutelle de l'enfant naturel, elle fut passée sous silence par le Code civil.

Le Code civil avait traité le sujet de l'obligation alimentaire vis-à vis des enfants naturels uniquement dans l'article 762 qui attribuait des aliments aux enfants adultérins ou incestueux en lieu et place d'une part successorale.[1805] Se posa dès lors la question des actions à fins de réclamer des aliments intentées par les enfants naturels simples. Il apparaît que l'obligation naturelle ne pouvait être opposée qu'aux père et mère des enfants naturels reconnus.[1806] Pour atténuer la rigueur légale de l'interdiction de la recherche de paternité, et afin de contraindre des parents à fournir des aliments à leurs enfants naturels, des juges du fond estimèrent suffisante la reconnaissance sous seing privé, en s'appuyant sur la divisibilité de la paternité (c'est-à-dire que la recherche de la paternité était prohibée si elle visait à l'obtention de droits successoraux, elle ne l'était pas pour les demandes à des fins alimentaires), ils furent contredits par la Cour de cassation (notamment dans un arrêt du 6 mai 1820).[1807] Par contre, la Cour suprême (dans un arrêt du 27 mai 1862) avalisa la jurisprudence qui regardait comme une obligation civile exécutoire l'acte sous seing privé contenant un aveu de la paternité et un engagement de pourvoir aux besoins de l'enfant ; elle entérina ainsi l'application du droit des contrats, plus précisément celle de l'article 1134 du Code civil.[1808]
En outre, la jurisprudence (dans la seconde moitié du Second Empire), par le biais du droit de la responsabilité, en utilisant l'article 1382 du Code civil, qui permettait à la mère séduite par dol d'obtenir la réparation du préjudice subi, celui causé par la charge de l'enfant, aboutit à contraindre le père à verser des subsides à cet enfant.[1809]

[1804] GARAUD Marcel, *op. cit.*, Page 179 ; LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, Page 370.
[1805] L'article 762 prescrivait : *Les dispositions des articles 757 et 758 ne sont pas applicables aux enfans adultérins ou incestueux. La loi ne leur accorde que des alimens.* Et l'article 764 précisait : *Lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui auront fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des alimens de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession.*
[1806] *Cf.* LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *idem*, Pages 368-369.
[1807] *Cf. id.*, Pages 363-364.
Pour une étude particulièrement détaillée de la jurisprudence, *cf.* BIGOT Grégoire, « La jurisprudence au secours de l'alimentation des enfants illégitimes au XIXe siècle », dans PLESSIX-BUISSET Christiane (dir.), *Ordre et désordre dans les familles*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2002, Pages 129 à 136.
[1808] Pour une étude particulièrement détaillée de la jurisprudence, *cf.* BIGOT Grégoire, *idem*, Pages 136 à 141.
[1809] *Infra* Chapitre 2, Section 1, § 1.

Ainsi, le Code civil ne conserva des réformes de la Révolution relatives au droit de la filiation naturelle que l'interdiction de la recherche de paternité. Les solutions du Code civil, loin d'assurer des aliments et un établissement aux enfants sans père, les laissèrent en marge de la société. En outre, le nombre des enfants naturels fut multiplié par les restrictions liées aux dispositions relatives au divorce, à l'adoption, et par l'exclusion des enfants adultérins et incestueux de la faculté d'être reconnus et légitimés par mariage subséquent.

La stigmatisation systématique de l'illégitimité par les lois civiles n'empêcha pourtant nullement l'expansion du nombre de couples ne régularisant pas leur union. Le taux d'illégitimité connut une ascension au cours du XIXe siècle.[1810] La volonté d'extirper la pratique du concubinage traversa toute cette période.

Section 2 – Le dessein d'éradication des unions hors mariage

La montée de l'illégitimité, au cours du XIXe siècle, devint prégnante au point que les pouvoirs publics décidèrent de faciliter l'accès au mariage civil pour les citoyens pauvres, particulièrement concernés par ce *fléau* (§ 1). Puis, des réformes en vue de rendre moins contraignants divers aspects de l'institution matrimoniale furent engagées (§ 2).

§ 1 : La lutte contre le concubinage, suspect d'immoralité, par la promotion du mariage *réparateur*

L'aspect immoral des unions illégitimes aux yeux d'une société conservatrice attachée au mariage perdurait. Il est notable que tout au long du XIXe siècle, l'Église perdit de plus en plus de son influence sur la régulation des comportements sexuels.[1811] Néanmoins, l'objectif

---

[1810] CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, Page 1034. Le taux d'illégitimité est la proportion de naissances hors mariage par rapport au total des enfants légitimes et naturels nés vivants. Pour la période allant de 1815 à 1830, il était de 6,90% (ou 5%), pour 1850-1870, de 7,47%, et pour 1870-1900, de 8,07%.

[1811] CADET Ernest, *Le mariage en France : statistiques, réformes, Études morales sur la société contemporaine*, Paris, Guillaumin, 1870, Page 69. Selon Ernest Cadet, *Quand on recherche les causes de la dégradation morale* […]*, on est amené à reconnaître qu'elles se trouvent au premier chef dans l'affaiblissement du principe religieux,*

de sauvegarde des mœurs était persistant, et il commandait de porter une attention sur les couples de concubins pour les entrainer dans la sphère du mariage. La réalité sociale du concubinage au sein des classes populaires des grandes villes, devint, dès la Restauration, une préoccupation pour le milieu de la philanthropie d'abord, puis au cours de la deuxième République et du Second Empire, pour les législateurs. Par ailleurs, une certaine prise en considération de la forte proportion de concubinaires, peut aussi être observée dans le cas de la population esclave des colonies, où il fut envisagé d'assouplir les conditions du mariage.

L'urbanisation et l'industrialisation dues à l'essor du capitalisme provoquèrent un phénomène de société de grande ampleur : les jeunes gens arrivés célibataires dans les villes, éloignés de la pression de leur entourage familial, se mettaient en couple et vivaient maritalement sans avoir légitimé leur union dans les formes légales. D'autant plus que pour beaucoup d'ouvriers, les formalités indispensables pour se marier s'avéraient constituer des obstacles insurmontables. Ceux qui étaient originaires d'une campagne éloignée ou de l'étranger ne pouvaient fournir les pièces administratives exigées (leur fréquent illettrisme accentuant les difficultés) ; et le coût d'un mariage était trop élevé par rapport aux modestes moyens des ouvriers, par exemple, il fallait régler deux francs pour la publication des bans (ce qui équivalait au salaire journalier).[1812] L'accroissement du nombre de couples irréguliers, très visible à Paris, était encore plus particulièrement préoccupant dans les villes industrielles du Nord et de l'Est.[1813] Le juriste Ernest Cadet constatait qu'*à Paris et dans les grands centres industriels, le concubinage a toujours constitué pour une masse d'individus une sorte d'état régulier, sans procéder, dans tous les cas, de volontés corrompues.*[1814] En effet, les unions illégitimes n'étaient pas forcément liées à une absence de moralité. A cet égard, Ernest Cadet, prenant l'exemple de la ville de Mulhouse (laquelle avait la spécificité de recruter *incessamment* des travailleurs étrangers en provenance des pays d'outre-Rhin et de la Suisse) pour démontrer que nombre d'ouvriers de cette localité vivaient en concubinage, faute de pouvoir se marier *malgré le vif désir* qu'ils en avaient, citait un observateur local : *Ces unions*

---

d'où dérivent la débauche, le désordre et toutes ces habitudes si fatales pour le bien-être de ceux qui subissent leur influence.

[1812] KNIBIEHLER Yvonne et FOUQUET Catherine, *Histoire des mères du Moyen-Âge à nos jours*, Paris, Montalba, 1980, Page 247.

[1813] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, Page 201.

[1814] *Cf.* CADET Ernest, *Le mariage en France : statistiques, réformes, Études morales sur la société contemporaine*, Paris, Guillaumin, 1870, Pages 47-48.

extralégales, dont l'origine est moins honteuse ici qu'ailleurs, présentent, en général, autant de véritable attachement que celles qui sont sanctionnées par la loi et bénies par la religion.[1815] En outre, il faut noter que le concubinage n'était pas uniquement un phénomène urbain, il existait en milieu rural. L'importance de l'illégitimité présentait une forte disparité d'un département à un autre.[1816]

Le développement du concubinage parmi les classes sociales les moins aisées des grandes villes, était tellement considérable, qu'au cours du XIXe siècle, il fut vain de l'ignorer plus longtemps. D'autant plus, qu'à la progression de la natalité illégitime,[1817] était liée la hausse du nombre d'enfants trouvés ou abandonnés. Empreinte d'un esprit catholique moraliste, la *Société de Saint-François Régis* fut fondée en 1826 dans le dessein de lutter contre le concubinage proliférant au sein de la population des indigents, en secondant les couples dans les démarches nécessaires pour se marier ; elle envisageait *d'arracher les pauvres au malheur et au crime d'une cohabitation illicite*, *de donner à leurs enfants le bienfait de la légitimation*.[1818] A l'action moralisatrice se surajoutait l'intention de combattre *l'inflation incontrôlable des charges de l'assistance*,[1819] c'est-à-dire que les parents, une fois mariés, étaient censés se préoccuper de reprendre les enfants qu'ils avaient abandonnés dans les hospices.[1820] L'Académie des sciences morales et politiques, qui pensait la famille légitime comme le lien social de base, appuya, à travers une résolution, l'œuvre entreprise par la *Société de Saint-François Régis*.[1821] Le jurisconsulte Firmin Laferrière fit l'éloge de cette

---

[1815] *Idem*, Page 23.

[1816] Sur ces différences observées sur le territoire français, *cf.* GARDEN Maurice, « Le souci de l'enfance », dans LEQUIN Yves (dir.), *Histoire des français XIXe-XXe siècles, Un peuple et son pays,* Paris, Armand Colin, 1984, Pages 314-315.

[1817] *Cf.* MAKSUD Monique et NIZARD Alfred, « Enfants trouvés, reconnus, légitimés. Les statistiques de la filiation en France, aux XIXe et XXe siècles », dans *Population*, Volume 32, N° 6, 1977, Pages 1161-1162.

[1818] FREY Michel, « Du mariage et du concubinage dans les classes populaires à Paris (1846-1847) », dans *Annales ESC*, 1978, n° 4, Pages 803-804.

[1819] DONZELOT Jacques, *La police des familles*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1977, Page 34.

[1820] Sur les enfants recueillis par les hospices, *cf.* GARDEN Maurice, « Le souci de l'enfance », *op. cit.*, Pages 317 à 319 ; MAKSUD Monique et NIZARD Alfred, *op. cit.*, Pages 1163 à 1166.

[1821] DONZELOT Jacques, *op. cit.*, Page 35. Du texte de soutien voté par l'Académie des sciences morales et politiques, en 1850, ressortent significativement les motifs justifiant l'impératif de rétablir la vie familiale : *Les hommes placés à la tête des affaires et de l'administration savent combien il est urgent de diminuer et de restreindre non seulement les frais de police et de poursuites judiciaires occasionnés par les excès auxquels se livrent les classes corrompues, mais aussi toutes les dépenses qui résultent pour les hospices et les hôpitaux de l'abandon réciproque de pères, de femmes et d'enfants qui auraient dû s'entraider comme membres d'une même famille et qui, n'étant unis par aucun lien social, deviennent étrangers les uns aux autres. C'est non seulement un*

association pieuse, dont le zèle dispose les indigents à entrer dans la voie de la morale, et les conduit de la mairie à l'autel de la Religion qui consacre l'union civile par la bénédiction nuptiale.[1822] Sur ce modèle, des sociétés de bienfaisance se développèrent durant ce siècle.[1823] Dans l'un de ses romans (dont l'action se déroulait autour des années 1840), Balzac fit référence aux bonnes œuvres qui se préoccupaient de *la légalisation des mariages naturels*.[1824]

L'inexistence sur le plan civil de beaucoup d'ouvriers constituait une problématique récurrente : *En marge de la loi, parce que naissant, s'unissant, procréant et parfois même mourant, sans être reconnus et enregistrés par elle*.[1825] Néanmoins, les théories véhiculées

---

besoin social et une œuvre de haute moralité, mais encore, pour l'État, les départements et les municipalités, une excellente affaire, une évidente et immense économie. L'homme et la femme du peuple, quand ils vivent dans le désordre, n'ont le plus souvent ni feu ni lieu. Ils ne se trouvent à l'aise que là où le vice et le crime règnent en liberté. Ils n'économisent rien ; la faim et la maladie les séparent. Ils n'ont pour l'ordinaire aucun souci de leurs enfants ou, s'ils conservent avec eux des relations, c'est pour les pervertir. Au contraire, dès qu'un homme et une femme du peuple illicitement unis sont mariés, il désertent les garnis infects qui étaient leurs uniques repaires pour se mettre dans leurs meubles. Leur premier soin est de retirer des hospices les enfants qu'ils y ont mis. Ces pères et mères mariés constituent une famille, c'est-à-dire un centre où les enfants sont nourris, vêtus et protégés, ils envoient ces enfants à l'école et les mettent en apprentissage.

[1822] LAFERRIÈRE Firmin, *op. cit.*, Page 396.

[1823] DONZELOT Jacques, *op. cit.*, Page 36. Ces sociétés étaient les suivantes : *Société du mariage civil, Œuvre des mariages indigents, Secrétariat du peuple, Secrétariat des familles*.

[1824] BALZAC Honoré de, *La cousine Bette*, Chapitre 124, Paris, SECA, 1966, Pages 376-377. *Parmi les nombreuses et sublimes associations instituées par la charité catholique dans Paris, il en est une, fondée par Mme de la Chanterie, dont le but est de marier civilement et religieusement les gens du peuple qui se sont unis de bonne volonté. Les législateurs, qui tiennent beaucoup aux produits de l'enregistrement, la bourgeoisie régnante, qui tient aux honoraires du notariat, feignent d'ignorer que les trois quarts des gens du peuple ne peuvent pas payer quinze francs pour leur contrat de mariage. La chambre des notaires est au-dessous, en ceci, de la chambre des avoués de Paris. Les avoués de Paris, compagnie assez calomniée, entreprennent gratuitement la poursuite des procès des indigents, tandis que les notaires n'ont pas encore décidé de faire gratis le contrat de mariage des pauvres gens. Quant au fisc, il faudrait remuer toute la machine gouvernementale pour obtenir qu'il se relâchât de sa rigueur à cet égard. L'enregistrement est sourd et muet. L'Église, de son côté, perçoit des droits sur les mariages. L'Église est, en France, excessivement fiscale* […]. *La réunion de ces circonstances, par un temps où l'on s'inquiète beaucoup trop des nègres, des petits condamnés de la police correctionnelle pour s'occuper des honnêtes gens qui souffrent, fait qu'un grand nombre de ménages honnêtes restent dans le concubinage, faute de trente francs, dernier prix auquel le notariat, l'enregistrement, la mairie et l'Eglise puissent unir deux Parisiens. L'institution de Mme de la Chanterie, fondée pour remettre les pauvres ménages dans la voie religieuse et légale, est à la poursuite de ces couples, qu'elle trouve d'autant mieux, qu'elle les secourt comme indigents avant de vérifier leur état incivil.*

[1825] CHEVALIER Louis, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIXe siècle*, Paris, Perrin, 2007, Page 380.

selon lesquelles le concubinage faisait partie des mœurs du prolétariat,[1826] peuvent être nuancées. Pour la ville de Paris en 1846-1847, il s'avère qu'il existait une correspondance entre les arrondissements où le nombre de mariages était élevé et ceux où l'implantation ouvrière était forte, alors qu'il ne parait pas évident de constater un tel rapport entre la proportion de concubins et celle d'ouvriers ; en outre une éventuelle corrélation apparait entre l'entassement de la population et le concubinage.[1827] Une enquête réalisée par la Chambre de commerce démontrait que les classes ouvrières n'étaient pas imprégnées par la débauche.[1828] L'aspiration au mariage était forte chez les salariés, la pratique du concubinage n'y était pas inhérente à un rejet de l'institution matrimoniale.[1829] A cette époque, la proportion de concubins parisiens était élevée : il y avait un couple illégitime pour quatre couples mariés.[1830] Les concubins étaient présents au sein de toutes les catégories sociales, leur représentation dans le milieu du prolétariat n'était pas spécifique par rapport aux autres groupes de la population. Par contre, les concubines étaient pour une large part d'entre elles, des ouvrières.[1831] La propension au concubinage plus élevée pour les ouvrières que pour les ouvriers s'explique notamment par la dépendance économique des femmes salariées. Ces concubines issues du prolétariat étaient, le plus souvent, des travailleuses du textile ; néanmoins, celles-ci se mariaient aussi beaucoup. Ces femmes espéraient que le concubinage ne constituât qu'une étape avant d'accéder au mariage ; c'était la *non-réalisation du mariage* qui amenait à l'état perpétuel de concubinage.[1832] Les durées de cohabitation plus ou moins

---

[1826] *Cf. idem*, Pages 388 à 391. Selon l'auteur, les *statistiques d'illégitimité permettent de reconnaître que le concubinage n'est pas seulement le fait d'importants effectifs ouvriers, mais qu'il est une habitude ouvrière.* Et pour étayer son propos, il cite FRÉGIER (auteur d'un ouvrage intitulé : *Des classes dangereuses de la société dans les grandes villes et des moyens de la rendre meilleure*, publié en 1840) qui exposa : *Les habitudes bonnes ou mauvaises sont toutes-puissantes parmi les gens du peuple ; ils agissent par imitation, et quoiqu'ils sachent que le concubinage est un état contraire aux règles de la morale et aux coutumes de la société, ils ne se feront pas scrupule de subir la honte de cet état, si leurs compagnons sont eux-mêmes concubinaires. Représenter-leur les inconvénients d'une union illégitime pour les en détourner, ils vous répondront en vous citant des exemples pris parmi leur propres camarades ; or, ces exemples, dans leur opinion, doivent les absoudre du reproche d'immoralité, parce qu'il faudrait l'étendre à trop de personnes.*

[1827] *Cf.* l'étude des *rapports significatifs entre le mariage, le concubinage, et les structures sociales et démographiques* de *l'espace parisien*, réalisée par FREY Michel, *op. cit.*, Pages 805 à 809.

[1828] Il ressortit qu'*en général, la majorité des travailleurs est composée d'ouvriers rangés, laborieux, ayant une certaine instruction moyenne, ne manquant pas de moralité*. Cité par *idem*, Page 810.

[1829] *Cf. id.*, Page 812.

[1830] *Id.*, Page 809.

[1831] *Id.*, Page 811.

[1832] *Cf. id.*, Pages 813 à 819.

longues révèlent divers types de concubinage.[1833] A côté de ce concubinage ouvrier,[1834] il existait un concubinage bourgeois, et également un concubinage interclasse où le partenaire masculin était issu de la classe bourgeoise, et la partenaire féminine de la classe ouvrière ; la part de cette forme de concubinage n'était pas négligeable (en 1846, elle concernait 10 à 25% des concubins parisiens).[1835] La différence de classe sociale entre l'homme et la femme empêchait le mariage en raison des normes bourgeoises du XIXe siècle, imprégnées de la phobie de la mésalliance, et provoquait la situation d'illégitimité. L'inégalité de classe à l'origine de cette union hors mariage peut être analysée comme s'apparentant à celles qui fondaient des unions de rang inférieur au mariage telles le *concubinatus* romain et le mariage morganatique.[1836] Les unions interclasses sont à rapprocher du phénomène des grisettes : des ouvrières de l'aiguille, généralement parisiennes, qui étaient les concubines ou les maitresses de jeunes bourgeois. Ces hommes, souvent des étudiants, entretenaient ces jeunes filles d'une origine sociale plus modeste qu'eux, avant de se marier avec des filles de leur milieu. Ce concubinage instable et éphémère n'offrait aucune garantie d'avenir aux grisettes, le mariage ne constituait pour elles que l'exception, et elles terminaient fréquemment leur vie délaissées et misérables, et sombraient quelquefois dans la prostitution.[1837]

Conscients que les frais entrainés par la production des actes nécessaires pour la célébration des mariages constituaient une entrave à la légitimation d'une union, des législateurs introduisirent, par amendement, un article à la loi *portant fixation du budget des recettes de l'exercice 1847*. Pour appuyer leur proposition, ils avaient rappelé les résultats obtenus par la *Société de Saint-François Régis* dans son action visant à *retirer les pauvres ouvriers du désordre où les entraînent les passions, de substituer le lien sacré du mariage aux*

[1833] *Cf.* FREY Michel, « Hypothèses sur les comportements concubins au sein des classes populaires à Paris en 1846/1847 : le rôle des prostituées et des femmes logeant en garnis », dans *Aimer en France, 1760-1860 : actes du Colloque international (20-22 juin 1977)*, Clermont-Ferrand, Faculté des lettres et sciences humaines, 1980, Tome 2, Pages 567 à 572.

[1834] CHEVALIER Louis, *op. cit.*, Page 384. L'auteur admet que la population vivant en état de concubinage n'était pas ouvrière dans sa totalité, *devant tant de témoignages de littérature pittoresque et sociale, accusant les bourgeois de débaucher femmes et filles d'ouvriers*.

[1835] FREY Michel, « Du mariage et du concubinage dans les classes populaires à Paris (1846-1847) », *op. cit.*, Page 811.

[1836] *Cf.* CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, Page 1035.

[1837] *Cf.* GUILLAIS-MAURY Joëlle, « La grisette », dans FARGE Arlette et KLAPISCH-ZUBER Christiane (dir.), *Madame ou Mademoiselle*, Paris, Montalba, 1984, Pages 233 à 250.

relations coupables, et de garantir de pauvres enfants de l'abandon, en leur rendant l'état civil.[1838] Ainsi, cette loi du 3 juillet 1846 dispensait les indigents des droits fiscaux sur les actes requis pour contracter un mariage.[1839] L'ordonnance du 30 décembre 1846 déterminait les formes selon lesquelles l'indigence était constatée.[1840]

En 1849, le député Bouhier de l'Écluse émit une proposition de loi ayant *pour objet de compléter les dispositions que la loi a déjà prises dans le but de faciliter le mariage des indigents*. Dans son rapport sur cette proposition, le 31 janvier 1850, le député de Limairac exposa les avantages des formalités du mariage civil pour toutes les classes de la population, et les difficultés pour les plus pauvres pour s'acquitter des formalités : *considérées dans leur sens moral,* [elles] *offrent aux contractants les garanties réciproques de leur capacité, de leur liberté, de leur respect pour la puissance paternelle. Sous ce rapport, elles protègent également les citoyens, le riche comme le pauvre ; pour l'un comme pour l'autre, elles sont sacrées. Considérées dans leur exécution matérielle, elles deviennent pour le pauvre une source d'embarras et quelquefois de désordre qui le constituent dans un état d'infériorité qui n'est pas juste. Abandonné à lui-même, l'indigent est frappé par une sorte d'incapacité pour*

[1838] *Depuis son existence,* disaient les auteurs de l'amendement, *la société est parvenue, avec les seules ressources de la charité, à réhabiliter 13798 unions légitimes, et à faire légitimer par leurs parents 11000 enfants. Ces résultats tendent à s'accroître annuellement, car, en 1845, et à Paris seulement, 1300 mariages ont été validés, et 1100 enfants ont reçu le bienfait de la légitimation. Dans le cours de la même année, la société de la ville de Lyon a favorisé le mariage de 864 personnes et la légitimation de 153 enfants.* […] *Mais le principal obstacle qui s'oppose à son développement, c'est la dépense qu'entraîne la réunion des actes nécessaires au mariage des pauvres, ceux-ci étant également incapables des soins indispensables pour les obtenir et d'en supporter les frais.* […]. DUVERGIER Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'État*, Tome quarante-sixième, Pages 247-248, note 1.

[1839] L'article 8 prescrivait : *A partir du 1er janvier 1847, les extraits des registres de l'état civil, les actes de notoriété, de consentement, de publication, les délibérations des conseils de famille, les actes de procédures, les jugements et arrêts dont la production sera nécessaire pour la célébration du mariage des personnes indigentes, et pour la légitimation de leurs enfants, seront visés pour timbre et enregistrés gratis lorsqu'il y aura lieu à l'enregistrement. Il ne sera perçu aucun droit de greffe au profit du trésor sur les copies ou expéditions qui en seraient passibles. L'indigence sera constatée selon les formes déterminées, avant le 1er janvier 1847, par une ordonnance rendue dans la forme des réglements d'administration publique. Les actes, extraits, copies ou expéditions ainsi délivrés ne pourront servir que pour les causes ci-dessus indiquées, sous les peines prévues par les lois en vigueur. Idem*, Tome quarante-sixième, Pages 247-248.

[1840] L'article 1er disposait : *Seront admises au bénéfice de l'art. 8 de la loi du 3 juillet 1846, les personnes qui justifieront, 1° d'un extrait du rôle des contributions, constatant qu'elles paient moins de dix francs, ou d'un certificat du percepteur de leur commune, portant qu'elles ne sont point imposées ; 2° d'un certificat d'indigence, à elles délivré par le commissaire de police ou par le maire, dans les communes où il n'existe pas de commissaire de police. Ce certificat sera visé et approuvé par le sous-préfet. Id.*, Tome quarante-sixième, Page 482.

l'accomplissement des formalités qui se rattachent à l'acte le plus important de la vie civile.[...] De Limairac constata, à propos de la législation qui réduisait les frais inhérents à l'expédition des pièces nécessaires au mariage, que *l'expérience a prouvé que ce bienfait était insuffisant.* En outre, il fit observer que peu de modifications étaient nécessaires dans la loi fiscale concernant *la modération des frais auxquels est assujetti le mariage de l'indigent* puisque la loi du 3 juillet 1846 avait déjà supprimé les droits de timbre et d'enregistrement, que les dispenses d'âge ou de parenté s'obtenaient presque sans frais, en vertu de la loi du 15 mai 1818 (article 77), et que les rectifications des actes de l'état civil, les homologations d'actes de notoriété se poursuivaient d'office conformément à la loi du 25 mars 1817 (article 75). *Et cependant,* constata-t-il, *il faut bien le reconnaître, jusqu'à ce jour l'indigent a peu profité de la faveur de ces lois. Les sociétés charitables en ont tirer un large parti ; le pauvre, agissant par lui-même, sans conseil, a presque toujours payé les pièces justificatives au taux ordinaire, ou tout au moins, dans la pratique, le bénéfice de la loi a été l'exception au lieu d'être le droit commun*. De Limairac expliqua ce fait par l'embarras de l'indigent devant les démarches nécessaires pour obtenir le certificat d'indigence imposé par la loi du 3 juillet 1846, et il reprochait à cette loi de négliger l'assistance *qui vivifierait le droit du pauvre*. Et pour combler ces lacunes, il proposa de placer à côté de l'indigent *un conseil officiel*, et de lui procurer ses titres presque sans frais.[1841] Ainsi, la loi *ayant pour objet de faciliter le mariage des indigents, la légitimation de leurs enfants naturels et le retrait de ces enfants déposés dans les hospices* fut adoptée le 10 décembre 1850. L'article 1er disposait : *Les pièces nécessaires au mariage des indigents, à la légitimation de leurs enfants naturels et au retrait de ces enfants déposés dans les hospices, seront réclamées et réunies par les soins de l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle les parties auront déclaré vouloir se marier*. […].[1842] L'article 4 portait sur l'exemption des droits de timbre et d'enregistrement, il complétait l'article 8 de la loi du 3 juillet 1846[1843] ; il ne traitait pas des actes respectueux. A

[1841] *Id.*, Tome cinquantième, Pages 486-487, note 4.

[1842] *Id.*, Tome cinquantième, Pages 486 à 490.

[1843] Cet article prescrivait : *Les extraits des registres de l'état civil, les actes de notoriété, de consentement, de publications ; les délibérations de conseil de famille, les certificats de libération du service militaire, les dispenses pour cause de parenté, d'alliance ou d'âge, les actes de reconnaissance des enfants naturels, les actes de procédure, les jugements et arrêts dont la production sera nécessaire dans les cas prévus par l'art. 1er, seront visés pour timbre et enregistrés gratis, lorsqu'il y aura lieu à l'enregistrement. Il ne sera perçu aucun droit de greffe ni aucun droit de sceau au profit du trésor sur les minutes et originaux, ainsi que sur les copies ou expéditions qui en seraient passibles. L'obligation du visa pour timbre n'est pas applicable aux publications civiles ni au certificat constatant la célébration civile du mariage.* DUVERGIER Jean-Baptiste, *ibidem*.

cet égard de Limairac, dans son rapport, avait expliqué : *C'est à dessein que nous avons omis les actes respectueux. Si la loi a dû prévoir la résistance arbitraire ou inconsidérée de quelques parents ; si, dans cette vue, elle a toléré une sorte de violence à l'autorité paternelle, il nous a paru sage de ne pas élargir une exception regrettable bien qu'elle soit regrettable*.[1844] Et l'article 5 prévoyait une réduction de la taxe des expéditions des actes de l'état civil requises pour le mariage des indigents. La réglementation de l'admission au bénéfice de la loi faisait l'objet de l'article 6.[1845] D'après l'article 9, la loi était applicable au mariage entre Français et étrangers ; et elle était exécutoire aux colonies.[1846] La loi du 10 décembre 1850 était fondée, selon Firmin Laferrière, sur la *même pensée morale* que celle qui avait prononcé l'abolition du divorce en 1816, et qui visait à réhabiliter le mariage et la famille. *La loi exempte de tous droits de fiscalité les actes nécessaires pour préparer cette heureuse transformation de l'union illicite en mariage légitime.*[1847]

Selon les statistiques établies par Ernest Cadet, qui loua les résultats obtenus par la *Société de Saint-François Régis* (pour laquelle la loi du 10 décembre 1850 fut *d'un précieux secours*) à Paris et dans quelques grandes villes[1848] ; *les mariages réparateurs* étaient proportionnellement plus nombreux dans le département de la Seine que dans les autres agglomérations urbaines et que dans les communes rurales.[1849] La seconde finalité de cette

---

[1844] *Idem*, Tome cinquantième, Page 489, note 1.

[1845] Cet article disposait : *Seront admises au bénéfice de la loi les personnes qui justifieront d'un certificat d'indigence, à elles délivré par le commissaire de police, ou par le maire dans les communes où il n'existe pas de commissaire de police, sur le vu d'un extrait du rôle des contributions constatant que les parties intéressées paient moins de dix francs, ou d'un certificat du percepteur de leur commune portant qu'elles ne sont pas imposées. Le certificat d'indigence sera visé et approuvé par le juge de paix du canton. Il sera fait mention dans le visa de l'extrait des rôles ou du certificat négatif du percepteur. Id.*, Tome cinquantième, Pages 486 à 490.

[1846] *Ibidem.*

[1847] LAFERRIÈRE Firmin, *op. cit.*, Page 396.

[1848] *Cf.* CADET Ernest, *Le mariage en France : statistiques, réformes, Études morales sur la société contemporaine*, Paris, Guillaumin, 1870, Pages 48 à 52. Pour Paris, l'auteur indiquait que grâce à la *Société de Saint-François Régis*, 45 800 célébrations de mariages eurent lieu de 1826 à 1868 inclus, et 28 645 enfants furent légitimés.
Ces résultats sont à observer avec discernement d'après Maurice Garden : *Les enquêtes des historiens sont moins catégoriques que les déclarations triomphales des diverses ligues de vertu et de moralisation, comme la société Saint-François-Régis qui se vante d'avoir réalisé 58 000 mariages et 29 000 légitimations à Paris entre 1838 et 1892.* GARDEN Maurice, « La famille entre l'anthropologie et l'histoire », dans LEQUIN Yves (dir.), *op. cit.*, Page 391.

[1849] *Idem*, Pages 53-54. L'auteur analysait que pour la période allant de 1856 à 1860, la proportion de ces mariages à l'ensemble de l'année est de 1 sur 23 pour la France entière ; de 1 sur 9 pour le département de la Seine, et de 1 sur 16 et 1 sur 35 pour les deux autres catégories de la population.

société philanthropique et de la législation était la légitimation par mariage subséquent des enfants nés de ces unions irrégulières. L'intervention de la jurisprudence en la matière permit une évolution du droit.[1850] L'objectif, à l'époque, était uniquement d'éradiquer la pratique du concubinage, les sentiments charitables ne profitaient qu'à ceux qui pouvaient espérer régulariser leur union. D'ailleurs l'action de la *Société de Saint-François Régis* ne s'adressait qu'aux couples concubinaires stables.[1851] Les autres, dont les relations avaient été trop inconstantes pour qu'un mariage fut envisageable, étaient irrémédiablement rejetés par la société. La stigmatisation des filles-mères et l'absence de mansuétude à leur endroit dans certains milieux catholiques étaient particulièrement flagrantes sous le Second Empire.[1852] Par exemple, la distribution des secours fut fréquemment prise en charge par les sœurs de Saint-Vincent de Paul, d'où une immixtion de la morale de l'Église dans le choix des bénéficiaires, qui conduisait à l'éviction des concubines et des filles-mères.[1853] Cette réaction vis-à-vis des filles-mères était particulièrement prégnante dans les classes supérieures de la société, alors que dans le prolétariat, elles étaient moins méprisées, et pouvaient espérer se marier.[1854]

Le fait de ne pas régulariser son union ne résultait que partiellement des complications pour accomplir les démarches nécessaires et réunir les pièces demandées.[1855] La *Société de Saint-François Régis* essuyait une part d'échec puisque les régularisations des unions des couples qu'elle secourait n'aboutissaient pas toujours. Dans ces hypothèses, elle constata elle-même, que le manque de moyens financiers ne permettant pas de régler les frais occasionnés pour un mariage était à placer seulement au second rang des motifs de ne pas sortir de l'état de concubinage. Pour une faible partie des couples qui ne légalisaient pas leur union, cela était

---

[1850] Sur les positions jurisprudentielles et doctrinales relatives à l'octroi de la légitimation par mariage subséquent, *cf.* LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, Page 363 ; DEROUSSIN David, *op. cit.*, Page 83.

[1851] CADET Ernest, *op. cit.*, Page 49. L'auteur relatait qu'un bon nombre d'unions irrégulières avaient duré de longues années : en 1868, parmi les couples que la société mère de Paris avait régularisé la situation, *quatre comptaient 30 ans de vie commune ; six de 20 à 30 ans ; dix-neuf de 15 à 20 ans ; trente-six de 10 à 15 ans ; cent deux de 5 à 10 ans.*

[1852] *Sans doute c'est un spectacle touchant que celui d'une fille-mère élevant son enfant, mais le scandale moral, l'inconvénient social qui en résultent sont bien plus déplorables à mes yeux. C'est pourquoi je m'élève contre les secours aux filles-mères*, déclara le catholique Riancey, qui appartenait aux classes riches du Nord de la France. Dans *Annales de la charité*, cité par PIERRARD Pierre, cité par KNIBIEHLER Yvonne et FOUQUET Catherine, *op. cit.*, Page 247.

[1853] KNIBIEHLER Yvonne et FOUQUET Catherine, *op. cit.*, Pages 253-254.

[1854] *Cf.* GARDEN Maurice, « La famille entre l'anthropologie et l'histoire », *op. cit.*, Page 392.

[1855] DONZELOT Jacques, *op. cit.*, Page 36.

du au défaut d'aval parental. L'association charitable n'avait pas éclaircit précisément ce qui motivait *l'essentiel des refus de se marier*.[1856] Le mariage apparaît comme une composante de *la police sociale* ; ce qui explique cet engagement des notables pour inciter les classes laborieuses à se marier. Pour une fraction de la population ouvrière, la récusation de l'institution matrimoniale issue du Code civil, qui n'avait pas été conçue pour ceux qui ne possédaient aucun patrimoine, induisait le rejet du mariage et le choix d'une *association* ayant pour bases *la liberté, l'égalité et la précarité*.[1857] En outre, l'un des freins à la conclusion du mariage était la pratique de la dot, certaines femmes ne pouvaient pas apporter de dot, et donc ne pouvant se prévaloir d'aucun statut social, elles ne présentaient pas d'intérêt sur le marché matrimonial. Le rôle joué par l'usage de la dot était non négligeable ; par exemple, sous le second Empire, l'armée interdisait aux soldats de se marier avec une femme non dotée et de légitimer un enfant naturel. Beaucoup de femmes pauvres, pour espérer être épousées, devaient, par leurs salaires, se constituer une dot.[1858] Julie-Victoire Daubié (féministe, journaliste économique) dénonça, sous le second Empire, la présence massive des unions irrégulières dans les villes manufacturières : *nombre d'ouvriers* [y vivaient] *dans le désordre*. Elle s'insurgeait contre la prédominance du concubinage sur le mariage, *Les conséquences de cette suzeraineté de la débauche sont la ruine même de l'ordre social*, écrivit-elle.[1859] Pour Julie-Victoire Daubié, la prétendue liberté des femmes dans l'état de concubinage était illusoire, elles subissaient, la plupart du temps, cette condition.[1860]

Quant au concubinage des ecclésiastiques, il subsistait. En effet, la question du mariage des prêtres n'évolua pas sous la Seconde République et sous le Second Empire. Le 12 décembre 1850, une proposition visant à obliger les officiers de l'état civil à prêter leur

---

[1856] *Cf.* FREY Michel, « Hypothèses sur les comportements concubins au sein des classes populaires à Paris en 1846/1847 : le rôle des prostituées et des femmes logeant en garnis », *op. cit.*, Pages 569 à 571.

[1857] *Cf.* MULLIEZ Jacques, *Droit et morale conjugale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux*, dans Revue historique, N° 563, 1987, Pages 105-106.

[1858] *Cf.* DONZELOT Jacques, *op. cit.*, Pages 37 à 41.

[1859] DAUBIÉ Julie-Victoire, *La femme pauvre au XIXe siècle*, Deuxième édition, Tome second : *Condition morale*, Paris, E. Thorin, 1869, Pages 94 à 96.

[1860] *Idem*, Page 96. Elle dit à ce propos : *La plupart de nos concubines, filles illégitimes, sans instruction professionnelle, sans notions morales, sont restées serves des passions des hommes de toutes les classes ; quand leur appui éphémère leur fait défaut, elles retombent plus bas encore. Partout, du reste, leur abjection est la même, car certains hommes les échangent par un mutuel accord ; les enfants suivent la mère, qui n'a aucun droit de plainte. Sous le nom dérisoire de « femme libre », cette infortunée, troquée comme un vil animal, cette victime traînée aux gémonies, doit, pour obtenir sa nourriture et celle des enfants dont la loi l'accable, rester l'instrument passif des débauchés qui tiennent en main sa subsistance et celle de sa famille*.

ministère à la célébration du mariage des prêtres fut repoussée à l'unanimité. Le tribunal civil de la Seine, dans un jugement rendu le 25 janvier 1865, énonça que *l'engagement dans les ordres sacrés est un empêchement dirimant du mariage et entraîne dès lors la nullité de l'union contractée*.[1861] Le mariage des prêtres fut plébiscité dans quelques écrits dans la seconde moitié du XIXe siècle et au début du XXe siècle.[1862]

Une question différente est celle des unions illégitimes dans les colonies. Au préalable, il faut relever que les spécificités du régime colonial étaient notables quant à l'application du Code civil et donc du droit en matière matrimoniale. Les *libres de couleurs* étaient régis par le Code civil, néanmoins, les dispositions du Code valaient entre eux mais pas entre eux et les *blancs*. En vertu de l'arrêté d'application du Code civil de 1805, le mariage entre un *libre de couleur* et un *blanc* était interdit, et la reconnaissance d'un *enfant de couleur* par un *blanc* ou son adoption n'étaient pas autorisées. La discrimination juridique envers les *libres de couleurs* fut abolie par l'ordonnance du 24 avril 1833. Quant aux esclaves, le Code civil ne leur fut applicable qu'au lendemain de l'abolition de l'esclavage en 1848 ; le Code noir, (qui avait connu quelques modifications) était resté en vigueur jusque là.[1863]

Il est indéniable que nombre d'esclaves vivaient en concubinage.[1864] A la fin de la première moitié du XIXe siècle, Victor Schœlcher souligna la rareté des unions légitimes conclues par des esclaves.[1865] Selon lui, il y avait une incompatibilité entre le mariage et la servitude : *L'esclave* […] *ne conçoit guère l'association matrimoniale*. Et il reprocha aux

---

[1861] PIERRARD Pierre, *op. cit.*, Page 459.

[1862] *Cf. idem*, Pages 456-457.

[1863] *Cf.* NIORT Jean-François, « Le Code civil ou la réaction à l'œuvre en métropole et aux colonies », dans NIORT Jean-François (dir.), *Du Code noir au Code civil, Jalons pour l'histoire du Droit en Guadeloupe*, Paris, L'Harmattan, 2007, Pages 83 à 85 ; COMPPER Gaëlle, « Le modèle juridique officiel de la famille et les pratiques familiales à la Guadeloupe : quelques pistes de recherches », dans NIORT Jean-François (dir.), *op. cit.*, Page 170, note 46.

[1864] COMPPER Gaëlle, « Le modèle juridique officiel de la famille et les pratiques familiales à la Guadeloupe : quelques pistes de recherches », dans NIORT Jean-François (dir.), *op. cit.*, Page 173-174. L'auteur indique que *la plupart des unions concubinaires* […] *sont stables et durables.* Et elle rapporte une observation pour la Guadeloupe : *les esclaves de grand case, mieux lotis économiquement et plus instruits religieusement, contractaient presqu'exclusivement des unions légitimes alors que les esclaves de houe prisaient davantage le concubinage.*

[1865] SCHŒLCHER Victor, *Des colonies françaises, Abolition immédiate de l'esclavage*, Paris, Pagnerre, 1842, Page 72. Il se référait aux *notices statistiques officielle*s, d'après lesquelles *la proportion des mariages d'esclaves, relativement à leur population, est pour la Guadeloupe de un sur six mille huit cent quatre-vingt, et pour la Martinique, de un sur cinq mille cinq cent soixante-dix sept !*

ennemis de la race noire d'en avoir profité *pour la déclarer incapable de s'approprier nos liens sociaux, lui faisant honte de n'avoir pu acquérir depuis deux cents ans ni l'idée du mariage, ni celle de la famille*. Cela relevait pour lui d'une *calomnie inintelligente*. La responsabilité de l'état de non-mariage des esclaves, d'après Victor Schœlcher, incombait aux maitres, qui étaient des exemples d'immoralité, beaucoup vivant *en état de mariage libre*.[1866] Il montra que l'emprise des maitres sur leurs esclaves passait par le déni de la liberté de se marier. Lorsqu'en 1838, le ministère proposa de substituer au consentement des maîtres aux mariages des esclaves, une autorisation de l'administration publique ; les conseils coloniaux repoussèrent le projet.[1867] Il faut nuancer l'imputation de l'importance des unions illégitimes à une volonté des maitres d'éloigner les esclaves de l'idée du mariage ; en effet, les esclaves étaient souvent personnellement réticents devant la régularisation de leur union, faute d'en retirer une satisfaction dans leur vie servile.[1868] On peut d'ailleurs observer quelques exemples de maîtres, soucieux de la situation de leurs esclaves, qui les incitaient à se marier.[1869] Même

---

[1866] *Idem*, Pages 72-73.

[1867] *Id.*, Pages 74-75.

[1868] *Id.*, Page 77. L'auteur constatait *la presqu'impossibilité où est l'esclave d'une habitation, d'épouser tel ou tel esclave d'une autre habitation, car ils demeureraient alors toujours séparés. En effet, non seulement ils ne pourraient se réunir à leur gré, mais encore le maitre ayant droit de vendre son esclave, cette vente pouvait avoir lieu sans sa volonté, par suite de saisie ou de décès, le mari ou la femme seraient toujours exposés à être envoyés à cent milles l'un de l'autre.*

Cf. SAINTE-ROSE Monique, « Problèmes de l' « identité familiale » de la femme esclave dans la Martinique rurale du début du XIXe siècle », dans *Dialogues d'histoire ancienne*, 1985, Volume 11, Page 689. Il est établit dans cette étude qui concerne la première moitié du XIXe siècle, que le mariage ne s'avérait pas avantageux quant à la situation de l'esclave puisque dans le cas d'un couple avec des enfants appartenant au même maître, ils habitaient déjà dans la même case, et dans le cas où chacun des membres du couple appartenait à un maître différent, si les deux maîtres étaient d'accord, l'homme pouvait souvent fréquenter sa famille. Les enfants étant juridiquement attachés à leur mère, le mariage n'apportait aucun droit au père sur ses enfants. En revanche, dans l'hypothèse de l'affranchissement des deux membres du couple, le mariage était envisagé.

Cf. GAUTIER Arlette, « Les familles esclaves aux Antilles françaises, 1635-1848 », dans Population, 2000, Volume 55, N° 6, Pages 988-989. L'auteur relève des raisons de refuser le mariage parmi les réponses d'esclaves aux questions posées par des *procureurs d'habitations* en 1840 (selon ces procureurs, les mariages en plus d'être rares, étaient entachés d'adultère). Par exemple, une esclave de Marie-Galante répondit *que le mariage rendait les hommes trop despotes et que dans l'état de concubinage, les femmes dominaient les hommes et les trouvaient plus généreux*.

[1869] SCHŒLCHER Victor, *op. cit.*, Pages 77-78. Il relatait que *plusieurs maitres excités par des sentiments de bienveillance ou de pitié, sont arrivés à force de soins et de récompenses à faire légitimer quelques unions libres. Nous avons trouvé*, disait-il, *vingt-deux ménages réguliers sur l'habitation Gradis. MM. Gradis, à la vérité, pour encourager leurs nègres, donnent 120 francs de dot et font le frais de la noce* […].

SAINTE-ROSE Monique, *op. cit.*, Page 696. L'auteur relève les propos d'un maître, *Pierre Dessalles*, qui écrivit, dans la première moitié du XIXe siècle, qu'*il est particulièrement fier du mariage de ses esclaves : « J'ai la satisfaction de voir que la morale venait sur notre habitation ». Il respecte le lien affectif entre les esclaves et les encourage à se marier. Il cite ainsi le cas de Praxède et Honoré « qui s'aiment et ne veulent pas vivre dans un*

si le mariage était très peu répandu parmi cette population, Victor Schœlcher démontra que les esclaves ne vivaient pas *sans lois, ni ordre, et que l'on retrouvait la fixité des relations conjugales* dans leurs liaisons. A cet égard, il cita un rapport d'une commission du conseil de la Martinique, datant de 1838, dans lequel il était dit : *Leur concubinage est un lien puissant, auquel viennent le plus souvent se rattacher les obligations du mariage*.[1870] Dans l'expectative de l'abolition de l'esclavage, une *moralisation* des esclaves, qui passait par leur mariage, parue indispensable ; cette résolution ne fut pas suivie d'effets.[1871] Quelques temps après la tentative avortée de 1838 pour faciliter l'accès au mariage, en 1846, une ordonnance royale prévoyait une mesure incitative consistant à accorder une allocation aux couples de concubins (composé de deux esclaves ou d'un esclave et d'un libre) qui régularisaient leur union. Cela déclencha l'ire des propriétaires qui s'opposèrent à la mesure et ce fut donc un échec.[1872]

A la suite de l'abolition de l'esclavage, et de l'application du droit matrimonial issu du Code civil aux nouveaux libres, le concubinage qui, auparavant, semblait constituer une alternative au mariage, apparut *comme une forme autonome et équipollente d'union*. Il y eut un nombre considérable d'unions régularisées dans les années postérieures à 1848, notamment en raison de la nouvelle liberté de se marier puisque la nécessité de requérir l'accord du maître n'existait plus ; les anciens esclaves comptaient essentiellement sur l'effet du mariage quant à la légitimation de leurs enfants. Cet essor des unions légitimes ne perdura pas, ce qui s'expliquait, entre autres, par les perspectives contraignantes de l'institution matrimoniale, surtout pour les femmes qui se retrouvaient dans une condition d'infériorité juridique et sans possibilité de rompre le lien conjugal. Ainsi, les nouveaux libres optèrent fréquemment pour l'union libre, d'autant plus que, dans la société créole, cette forme d'alliance n'était pas réprouvée. Par ailleurs, la situation économique désastreuse des femmes noires amenait à une dépendance envers des hommes dont elles devenaient les concubines. D'où le rapprochement dont on peut convenir entre ce concubinage et celui des ouvrières à Paris en 1846-1847, pour

---

commerce honteux ». Il rachète Anne, une esclave étrangère à la plantation, pour qu'elle puisse continuer à vivre en concubinage avec un de ses esclaves.

[1870] SCHŒLCHER Victor, *op. cit.*, Page 79.

[1871] *Cf*. GAUTIER Arlette, « Les familles esclaves aux Antilles françaises, 1635-1848 », dans Population, 2000, Volume 55, N° 6, Page 984.

[1872] COMPPER Gaëlle, *op. cit.*, Page 167, note 33.

lesquelles le statut de femme illégitime était subi, faute de réussir à accéder au mariage ou en attendant de régulariser l'union.[1873]

La pratique de l'union libre ne se marginalisa pas aux Antilles, le modèle légal d'organisation de la famille ne devint pas la norme. Et tout au long de la troisième République, les pouvoirs publics cherchèrent à annihiler l'illégitimité. Cette volonté politique perdura sous le régime suivant, elle ressort clairement d'une circulaire de 1941 adressée aux chefs d'administration dans laquelle il fut énoncé : *nos efforts doivent tendre à soutenir et à créer la famille, mais la famille légale, c'est-à-dire celle qui est constituée par le mariage* […] *nombre de fonctionnaires* […] *continuent à vivre en concubinage* […] *et ainsi* […] *les inviter à régulariser au plus vite leur situation*.[1874]

L'acharnement visant à ne laisser subsister qu'un seul modèle familial, celui dont le mariage était le fondement, recouvrait donc plusieurs situations. Après les lois facilitant l'accès au mariage pour les pauvres, vinrent des réformes plus globales de la législation touchant au mariage.

§ 2 : La lutte contre le concubinage, facteur de désordre social, par des mesures d'assouplissement de l'institution matrimoniale

A la fin du XIXe siècle, les unions hors mariage ne furent plus autant vilipendées sous l'angle de la moralité que dans les décennies précédentes. C'était principalement la stabilité de la société qui paraissait menacée par l'illégitimité ; l'exemple exécrable donné aux enfants issus des ménages irréguliers, et la mortalité élevée des enfants naturels étaient mis en cause.[1875] Pourtant, il faut remarquer que le concubinage restait une forme d'union tout à fait secondaire.[1876] En outre, si l'on se place au niveau du quotidien de ces couples considérés

---

[1873] *Cf. idem*, Pages 174 à 176 et 180 à 184.
[1874] *Cf.* GOBERT Valérie, « Droit de la famille et matrifocalité », dans NIORT Jean-François (dir.), *Du Code noir au Code civil, Jalons pour l'histoire du Droit en Guadeloupe*, Paris, L'Harmattan, 2007, Pages 223 à 225.
[1875] *Cf.* BATTAGLIOLA Françoise, « Mariage, concubinage et relations entre les sexes, Paris, 1880-1890 », dans *Genèses*, 1995, Volume 18, N° 1, Pages 72-73.
[1876] LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, Page 215. L'auteur s'interroge sur une éventuelle exagération de l'essor du concubinage ayant pour finalité d'appuyer une simplification des formalités pour se marier.

comme des perturbateurs sociaux, on constate une manière d'appréhender les unions hors mariage dans les milieux populaires plutôt similaire à ce qui a été observé pour la période révolutionnaire. Le groupe familial et les connaissances des concubinaires stables ne les mésestimaient pas du fait de leur union irrégulière. Ils les traitaient tels des fiancés ou des personnes mariées, les femmes étaient fréquemment désignés sous le nom de leur compagnon.[1877] Mais l'illégitimité inquiétait, et les républicains au pouvoir étaient de fermes défenseurs d'une cellule familiale basée sur le mariage. Diverses corrections furent ainsi apportées à l'institution matrimoniale : la dissolubilité du lien conjugal, et l'atténuation du formalisme excessif notamment l'allègement progressif de la procédure des actes respectueux.

L'impossibilité de rompre le lien conjugal semble avoir eu, pour une partie des concubins, un effet de repoussoir à l'égard du mariage.[1878] Par ailleurs, la séparation de corps, seule alternative à l'indissolubilité du mariage, avait pour effet de faire disparaitre le devoir conjugal et l'obligation de cohabitation. Il arrivait dès lors que des époux séparés vivent en concubinage avec un tiers, c'était le fait de ne pas pouvoir divorcer et donc de ne pas pouvoir se remarier qui les conduisaient à l'illégitimité. Vue sous ces divers angles, on peut penser que l'indissolubilité du lien conjugal participa à la hausse du nombre de couples irréguliers. A partir de la Monarchie de Juillet, quelques projets de loi portant sur le rétablissement du divorce furent déposés, ces tentatives échouèrent.[1879] Dans le même temps, dans divers écrits, des partisans du divorce faisait connaître leur opinion. Parmi eux, Flora Tristan (socialiste utopique et féministe), en 1837, dans sa Pétition pour le rétablissement du divorce, comptait prouver aux députés l'intérêt du divorce, en particulier à l'égard des enfants. En effet, le remariage n'était possible que si le divorce était autorisé. Flora Tristan s'insurgeait contre la suppression du divorce par la chambre introuvable, et la qualifiait de monument barbare de la gothique assemblée. De cette réforme, avait notamment résulté un grand nombre de mariages désunis, le refus du mariage par certains couples, et un accroissement du nombre des enfants

---

[1877] BATTAGLIOLA Françoise, *op. cit.*, Page 86.

[1878] DONZELOT Jacques, *op. cit.*, Page 86. L'auteur énonce que les philanthropes posaient la question aux ouvriers vivant en concubinage : *Pourquoi ne vous mariez-vous pas ?* Et les ouvriers répondaient habituellement : *Rendez-nous d'abord le divorce et nous verrons.*

[1879] *Cf.* LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.,* Page 200 ; HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, Pages 90-91.

naturels.[1880] Dans son ouvrage paru en 1842, Victor Schœlcher, tout en réclamant le mariage pour les esclaves, en profita pour préciser qu'il ne soutenait pas l'indissolubilité du lien conjugal : *ce mariage indissoluble*, écrivait-il, *qui a causé depuis des siècles tant de douleurs, de désordres, de trahisons et de crimes, nous avons besoin de dire que nous sommes loin de le regarder comme la dernière formule des rapports de l'homme et de la femme, comme le « nec plus ultra » de la constitution sociale à venir, notre pensée est au contraire que la raison le réprouvera*.[1881] Dès la deuxième partie du Second Empire, des juristes républicains penchèrent pour le rétablissement du divorce, au sein du *Comité d'étude pour la refonte de la législation civile* fondé par Acollas.[1882] La controverse s'empara de l'opinion publique. Le rapport entre l'incapacité de se remarier et la recrudescence des unions illégitimes fut établi, et des critiques s'élevaient. Par exemple, en 1868, le problème de l'impossibilité de dissoudre le lien conjugal fut soulevé par Joseph Tissot (Doyen de la Faculté des Lettres de Dijon), qui écrivit une critique étayée de la séparation de corps en laquelle il voyait *un déni de justice imaginé par un respect superstitieux pour un lien qui ne lie plus rien, et qui a tous les inconvénients du divorce et du célibat sans en avoir les avantages*. Il reprocha à la séparation de corps son coût et son inefficacité : elle ne rompait pas le lien, et les indigents n'avaient pas les moyens de l'obtenir. *Aussi*, exposa-t-il, *les pauvres se tuent, ou empoisonnent et assassinent leurs conjoints, plutôt que de la demander. Pauvres et riches recourent d'autant plus volontiers à ces derniers moyens, qu'ils ne peuvent se remarier qu'autant que leur conjoint n'existe plus.* De plus, il soutint que la séparation de corps pouvait conduire à la débauche car elle *est une occasion prochaine d'immoralité, en ce qu'elle force en quelque sorte à vivre dans le libertinage ceux qui ne peuvent passer le reste de leur vie dans la continence.* En argumentant en faveur de la possibilité de dissolution du mariage, Joseph Tissot songea notamment *qu'il vaudrait mieux encore qu'il y eût alliance nouvelle que concubinage compliqué d'adultère.*[1883] Cependant, nombre de juristes soutenaient l'indissolubilité du mariage, par exemple, Ernest Cadet se rangea *sans hésitation du côté de*

[1880] DEVANCE Louis, *La question de la famille (origines, évolution, devenir) dans la pensée socialiste en France de Fourier à Proudhon*, Thèse histoire, Dijon, 1973, Pages 253-254.
[1881] SCHŒLCHER Victor, *op. cit.*, Pages 81-82.
[1882] *Cf.* HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, Page 78 ; AUDREN Frédéric, « ACOLLAS Émile-Pierre-René-Paul », dans ARABEYRE Patrick, HALPÉRIN Jean-Louis, KRYNEN Jacques (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français*, XIIe-XXe siècle, Paris, PUF, 2007, Pages 4 à 6.
[1883] TISSOT Joseph, *Le mariage, la séparation et le divorce*, Paris, Marescq Ainé, 1868, Pages 262, 267, 269 et 273.

ceux qui sont fermement convaincus que l'intérêt social exige l'indissolubilité du lien conjugal. Son argumentation s'appuyait notamment sur la doctrine de Troplong, issue du *Mémoire sur l'esprit démocratique dans le Code civil* (publié en 1848) : *l'engagement de ne pas rompre le lien est inhérent au mariage ;* […] *c'est par là que le mariage se distingue du concubinage et s'élève à la hauteur d'une sainte et publique institution*.[1884] Cette position doctrinale confortait donc l'ordre établi.

Ce fut enfin sous la troisième République, que le député Naquet, à l'origine de plusieurs propositions de loi visant à restaurer le divorce, vit son combat remporté en 1884. La loi du 27 juillet 1884 rétablit le divorce.[1885] Elle prescrivait un divorce-sanction, le consentement mutuel était exclu des causes de divorce. La valeur de la famille légitime était primordiale pour les députés de la troisième République, le divorce réintégré dans la législation ne devait pas y porter atteinte, c'est pourquoi ce ne fut pas un retour au divorce tel qu'il avait été initié en 1792, mais plutôt une réminiscence du divorce issu du Code de 1804 avec quelques modifications. De plus, deux lois, votées au début du XXe siècle, favorisèrent la possibilité du remariage et par là même, était susceptible d'éviter à des couples les affres de l'illégitimité. D'abord, la loi du 15 décembre 1904 autorisa enfin le mariage entre l'époux adultère et son complice, en abrogeant l'article 298 du Code civil (elle fut parachevée par la loi du 7 novembre 1907 qui permettait la légitimation par mariage subséquent de l'enfant adultérin *a matre* désavoué par le mari de la mère, et de l'enfant adultérin conçu pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce).[1886] Ensuite, la loi du 6 juin 1908 rendit obligatoire, pour le juge, la conversion de la séparation de corps en divorce, sur la demande de l'un des époux, au bout d'un délai de trois ans après le jugement (ainsi le divorce pouvait être obtenu malgré l'opposition du conjoint).

[1884] *Cf*. CADET Ernest, *op. cit.*, Pages 237 à 244.
[1885] *Cf*. LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, Pages 218-219 ; HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, Pages 209-210.
[1886] *Cf*. LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, Pages 219 et 383 ; LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, 2e édition, Paris, Dalloz, 2010, Pages 227-228.

S'agissant de la célébration du mariage, le formalisme excessif imposé par le Code civil fut un sujet récurrent pour certains juristes.[1887] Dès 1870, parmi des suggestions de réformes formulées par Ernest Cadet, se trouvait la simplification des formalités exigées. *Il y aurait profit pour la morale*, écrivit-il, *à réduire les nombreuses et coûteuses formalités auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en France. On sait, en effet, que bien des ouvriers rebutés par ces formalités sont amenés à vivre dans une situation irrégulière, et que le concubinage, malheureusement si commun dans les grandes villes, n'a pas souvent d'autre cause.* Les dispositions du Code s'avéraient constituer de véritables obstacles pour les jeunes gens désireux de se marier. Si Ernest Cadet approuva la nécessité du consentement des ascendants au mariage des enfants n'ayant pas atteint la majorité matrimoniale, il songea à la suppression des actes respectueux. La loi lui paraissait superflue à l'endroit de *l'enfant bien élevé* qui, de toute façon, se référerait au conseil de ses parents d'autant plus que la désapprobation de son union de la part de ceux-ci pouvait induire le refus de leur concours financier. Et il s'interrogeait sur cette exigence des actes respectueux qui engendrait un retard dans les projets matrimoniaux que nombre d'enfants ne toléraient pas : *N'est-il pas à craindre, au contraire, que les difficultés ainsi suscitées à des jeunes gens,* […] *ne les entraînent* […] *à des relations illégitimes qui, par des circonstances diverses, quelquefois par l'inconstance de l'homme ou sa lassitude, viennent à se rompre, en laissant à une femme, trop tard désabusée, d'éternels remords, et aux enfants qui ont pu naitre de cette liaison réprouvée le stigmate de la bâtardise ?* Il suggéra que si les actes respectueux étaient maintenus, il faudrait, du moins, abréger les délais entre chaque acte.[1888] De surcroit, il sollicita la refonte de l'article 173 du Code civil qui portait sur le droit d'opposition au mariage de la part des ascendants ; et celle d'autres articles contenant *des exigences onéreuses ou inutiles*.[1889]

Dans les premières années de la troisième République, la pratique du concubinage ne cessait de progresser à Paris.[1890] En examinant ce phénomène, des économistes apportèrent leur contribution ; un article fut publié à ce sujet, en 1890, dans *L'Économiste français*. *Il y a*

[1887] Accolas désapprouvait la contrainte des actes respectueux, et il estimait que la différence de majorité matrimoniale entre les fils et les filles n'était pas fondée. HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2001, Pages 85-86.
[1888] CADET Ernest, *op. cit.*, Pages 217 à 219.
[1889] *Cf. idem*, Pages 219 à 221.
[1890] Sur les études statistiques sur ce sujet et sur l'apport de ces données, *cf.* BATTAGLIOLA Françoise, *op. cit.*, Pages 75 à 79.

longtemps que les économistes ont dénoncé le concubinage comme un péril social et ont signalé ses progrès incessants dans la population ouvrières des villes, y notait d'emblée l'auteur. Pour lui, une grande part de ces concubinages résultait des formalités *compliquées* entourant le mariage. Pour les couples des classes pauvres, le mariage était, disait-il en reprenant les termes d'un moraliste de l'époque, *un luxe de temps et un luxe d'argent*. Il expliquait ainsi le caractère involontaire du concubinage : *ces couples se résignent à une cohabitation qui, dans leur pensée, doit être plus tard régularisée, mais qui, en fait, n'est que trop souvent brisée par l'abandon*. Ce problème avait déjà soulevé des protestations, notait-il (en rapportant qu'en 1872, un député en avait fait état à l'occasion d'une enquête ouverte à l'Assemblée nationale sur la condition des classes ouvrières). Et il soutenait la réforme qui se profilait.[1891]

En effet, les législateurs avaient commencé à se pencher sur le formalisme trop rigoureux et complexe caractérisant la célébration du mariage. Le 2 juillet 1888, le député Félix Le Roy avait soumis une proposition de loi tendant à modifier plusieurs dispositions légales relatives au mariage dans le but de faciliter le mariage des indigents.[1892] Au cours des débats sur cette proposition, en 1890, il fut décidé de ne pas garder la référence aux seuls indigents, la loi devant s'appliquer à tous indifféremment.[1893] Il était prévu d'alléger les démarches, beaucoup trop longues et onéreuses, imposées aux futurs époux dans le cadre de la procédure des actes respectueux. En effet, beaucoup de jeunes gens des milieux populaires se retrouvaient dans une position inextricable, ne pouvant s'adresser à leurs parents (ou grands-parents) trop éloignés ou avec lesquels ils n'avaient plus aucun contact, et ils abandonnaient l'idée de célébrer leur union dans les formes légales.[1894] Toutefois, la peur des mésalliances planait toujours dans les classes supérieures, et les législateurs ne la négligèrent pas. Par conséquent, ils laissèrent subsister un seul acte respectueux mais ils l'assortirent d'un délai assez long jusqu'au mariage pour que les parents puissent prendre leur décision en

---

[1891] MICHEL Georges, « Le mariage des indigents », dans *L'Économiste français*, 5 avril 1890, Pages 419 à 421.
[1892] *Ibidem*. Ce projet comportait trois dispositions : *réduction à un seul des trois actes respectueux exigés par l'article 152 du Code civil ; simplification en cas d'indigence de l'acte de consentement prescrit par l'article 73 du même Code* [qui disposait que le consentement des père et mère, aïeul ou aïeule, doit être constaté par un acte authentique] *; gratuité en cas d'indigence, du visa pour timbre et de l'enregistrement des actes respectueux*.
[1893] BATTAGLIOLA Françoise, *op. cit.*, Page 73.
[1894] *Cf. idem*, Page 84. L'auteur rapporte le cas d'Eudoxie L. et François G., qui étaient concubins depuis un an car leur mariage avait été repoussé en raison des formalités à accomplir suite au décès des parents de la jeune femme en Amérique.

connaissance de cause, c'est-à-dire examiner si l'alliance leur convenait.[1895] Ainsi, la loi du 20 juin 1896 mit fin au renouvellement des actes respectueux.

Par ailleurs, le problème de la dénatalité préoccupait les pouvoirs publics, et les unions illégitimes étaient considérées comme un facteur de cette dénatalité. La Société d'économie politique de Paris, lors de sa séance du 5 janvier 1897, eut pour sujet de discussion la question de la population de la France, plus précisément elle se pencha sur le Congrès destiné à *protéger et accroître la population*, qui s'était tenu quelques temps plus tôt. L'un des moyens abordés par le congrès, pour atteindre cet accroissement, était l'essor de la nuptialité et de la natalité. A cet effet, il fut proposé, par certains participants au congrès, entre autres, d'infliger des peines (amende ou aggravation d'impôt) aux célibataires et aux époux sans enfants ou ayant un nombre d'enfants jugé insuffisant ; tous les congressistes n'adhérèrent pas à *ces étrangetés*. En outre, la punition de la séduction fut réclamée, toutefois l'idée de solliciter l'autorisation de la recherche de la paternité, même de façon limitée, fut repoussée. Il fut également demandé la simplification des formalités exigées pour se marier, et même leur suppression, en ne maintenant *pour l'union des époux, aucune consécration, ni constatation quelconque.* Ce qui fit dire à Frédéric Passy, l'un des membres de la société qui avait assisté au congrès, que *c'est le mariage lui-même dont on a attaqué l'existence, sans s'apercevoir qu'au point de vue de l'accroissement et de la conservation de la population, comme au point de vue de l'indépendance et de la dignité de la femme, on allait absolument contre son but. Les unions libres, que la loi ne peut empêcher, mais qu'elle ne doit point encourager, et que l'opinion, sans en faire peser la tache sur les enfants, doit maintenir au-dessous des unions légitimes, sont moins fécondes et donnent en moyenne des produits de moindre qualité que celles-ci ; et la femme, exposée à être abandonnée sans garantie, s'y trouve fatalement dans une situation inférieure.* Selon Passy, les remèdes étaient *avant tout d'ordre moral* ; les réformes législatives ne servant qu'à éliminer les obstacles au développement de la nuptialité ou de la natalité. Il énonça que *c'est* [...] *la sainteté du lien conjugal qu'il faut remettre en honneur au lieu de l'affaiblir.* Pour un autre congressiste, Adolphe Coste, il n'était pas prudent *de négliger les remèdes législatifs et administratifs*. Et il cita, parmi les mesures *modestes* ayant des effets bénéfiques, l'action de Denis Poulot. Ce dernier *qui fut maire du XIe arrondissement de Paris, avait observé, parmi ses administrés, le grand nombre des unions*

[1895] *Id.*, Page 74.

libres ; il avait vu que ces unions sont souvent stériles et toujours moins fécondes que les unions légitimes ; et il savait que la plupart de ces unions libres sont dues à l'insouciance des gens du peuple, à leur effroi des formalités administratives qui, de fait, sont rébarbatives, lentes et coûteuses. C'est pourquoi il fonda la *Société du mariage civil* (en 1881), qui se chargeait des démarches pour rassembler les pièces et les publications légales, sur la sollicitation des futurs époux. En l'espace de dix ans, 8000 enfants naturels furent légitimés grâce à cette Société. Celle-ci était encore opérante à l'époque du congrès, et son fondateur requérait une réforme comprenant trois axes : *la gratuité de tous les actes de l'état civil exigés pour le mariage* ; *la suppression des formalités à la charge des époux, le maire dans chaque commune devant opérer comme la Société du mariage civil* ; *la suppression des sommations respectueuses à partir de l'âge de 25 ans*.[1896]

Il fallut plus d'une vingtaine d'années avant que cette dernière revendication fut satisfaite. En effet, progressivement, l'emprise familiale sur le mariage des enfants s'estompa. La loi du 21 juin 1907 abrogeait la majorité matrimoniale spéciale, le consentement des parents n'était dès lors requis que jusqu'à 21 ans ; elle substituait à l'acte respectueux une simple notification du projet de mariage et elle exemptait de cette notification les enfants de plus de 30 ans. Ensuite, par la loi du 9 août 1919,[1897] le délai au terme duquel l'enfant qui avait procédé à la notification pouvait obtenir la célébration de son mariage fut réduit de 30 à 15 jours.[1898] Puis, par la loi du 28 avril 1922, l'âge pour être dispensé de la notification fut

---

[1896] LETORT Charles, « Compte-rendu de la séance de la Société d'économie politique du 5 janvier 1897 », dans *Journal des économistes*, 5e série, Tome XXIX, Guillaumin, Paris, 1897, Pages 115, 117 à 120, et 124-125.

[1897] COSTES Maurice, « Une nouvelle étape dans la simplification des formalités du mariage : La loi du 9 août 1919 », dans *Lois nouvelles*, 1922, 1re partie, Pages 2 et 31. L'auteur expliquait qu'au but immédiat de cette loi qui était de rendre les formalités du mariage notamment *moins coûteuses aux indigents*, *plus accessible aux jeunes*, *plus simples pour tous*, s'ajoutait l'espoir *qu'elle aurait pour conséquence, plus que jamais opportune, de favoriser la repopulation et d'assainir la moralité publique. On compte provoquer*, disait-il, *l'accroissement des unions légitimes, affaiblir, en le privant de certaines de ses causes, le concubinat surtout dangereux dans les agglomérations ouvrières et les grands centres ; on compte aussi aider au remariage de celles devenues veuves de par la guerre.* Puis après avoir analysé cette loi, il concluait : *Quant à voir la loi de 1919 contribuer à l'affermissement de la moralité, à l'accroissement des unions légitimes, par suite au relèvement de la natalité, le législateur lui-même ne paraît guère à cet égard s'être leurré d'illusions ! Il convient en effet de ne pas oublier que ce sont là problèmes dont le droit se doit certes d'encourager la solution mais qui, dans leur essence même, échapperont inéluctablement aux lignes nécessairement rigides des plus judicieuses réglementations.*

[1898] *Idem*, Pages 9 à 12. L'auteur indiquait que la Chambre des députés avait voulu introduire une autre réforme dans le texte de loi : *il s'agissait d'avancer de 30 à 25 ans le moment à partir duquel les enfants n'auraient plus besoin d'obtenir l'agrément des parents quant à leur mariage.* Cette proposition réformatrice suscita *des polémiques passionnées*. Du point de vue des partisans de la réforme, *laisser les individus se marier, dès que*

abaissé à 25 ans. Ce fut enfin la loi du 2 février 1933 qui mit un terme à l'exigence d'une sollicitation de l'avis des parents pour le mariage des enfants majeurs.

Malgré toutes les entreprises d'incitations au mariage destinées à enrayer l'illégitimité, elle n'eut de cesse de s'accroître à la fin du XIXe siècle et au début du siècle suivant.[1899] Et dans le même temps où la législation civile, par des mesures simplificatrices, promouvait l'institution du mariage, l'amélioration de la condition des enfants naturels s'esquissait, et l'union libre était appréhendée d'une manière inédite.

Chapitre 2 - La résurgence des couples non mariés

Si dès le milieu du XIXe siècle, la vision napoléonienne de la famille n'était plus tout à fait aussi prégnante, des fissures apparaissant, notamment dans la perception du statut juridique des enfants nés hors mariage, ce n'est qu'au cours du siècle suivant que les couples concubinaires sortirent de l'état de totale marginalité dans lequel le Code Napoléon les avait confiné (section 1). Malgré les doctrines moralisatrices de l'entre-deux guerres, et la vénération du régime de Vichy à l'égard de la famille légitime, la voie était ouverte pour une consécration manifeste des droits de la famille naturelle (section 2).

Section 1 – Les vecteurs d'une reconnaissance juridique

La condition des enfants naturels se retrouva au cœur de perspectives réformatrices, d'abord et surtout à propos des moyens de preuve de la paternité et ensuite relativement au droit des successions (§ 1). Puis, les législateurs du début du XIXe siècle, rompant avec la

---

possible, librement, c'est les inciter à contracter jeunes des unions légitimes, c'est la perspective d'enfants sains et nombreux. La réforme fut finalement abandonnée car *la Haute-Assemblée repoussa la réforme ainsi proposée se basant surtout sur ce que cette dernière pouvait permettre aux enfants de se marier à l'insu de leurs parents et de placer, dès lors, ces derniers* […] *en présence du fait accompli.*

[1899] *Cf.* GARDEN Maurice, « Le souci de l'enfance », *op. cit.*, Pages 315-316. L'auteur établit que *la proportion des naissances illégitimes avoisine 10% contre moins de 8% cinquante ans auparavant*.

politique des rédacteurs du Code, firent mention du concubinage pour lui conférer des effets (§ 2).

§ 1 : L'amélioration de la condition des enfants naturels

Un mouvement d'idées plaidant la cause des enfants naturels se propagea, au cours de la seconde moitié du XIXe siècle, dans les milieux des hommes de lettres, des libres-penseurs, et des juristes jusqu'à atteindre des hommes politiques républicains. Des sollicitations en faveur d'une modification de la règle de la prohibition de la recherche de paternité émergèrent ; certaines étaient porteur de projets particulièrement avant-gardistes, d'autres beaucoup plus timorés. Dans le même temps, la jurisprudence qui finit par attribuer un droit aux aliments à des enfants naturels fut également déterminante pour impulser un changement de législation. A partir de là, les initiatives parlementaires se succédèrent. Et à la fin XIXe siècle, un premier pas législatif fut franchi en direction de l'égalité, sur le plan successoral, entre enfants naturels et enfants légitimes.

Un certain nombre de juristes s'évertuaient à atténuer l'intransigeance qui caractérisait les dispositions du Code civil relatives aux moyens de preuve de la filiation naturelle afin de favoriser l'établissement de la filiation naturelle. Si beaucoup s'accordaient pour accepter la possession d'état comme une preuve de la filiation maternelle, Demolombe[1900] fut l'un des rares à se montrer favorable à ce que la preuve de la filiation paternelle par la possession d'état fût admise (il faisait valoir l'hypothèse du concubinage notoire). Cette position doctrinale fut suivie par Valette et Acollas, tandis que la jurisprudence n'y souscrivit pas.[1901] Par ailleurs, l'article 336 du Code civil fut interprété de manière large afin de permettre d'établir la filiation maternelle.[1902] La première tentative de réforme des modes de preuve de

---

[1900] *Cf.* MUSSET Jacqueline, « DEMOLOMBE Jean-Charles », dans ARABEYRE Patrick, HALPÉRIN Jean-Louis, KRYNEN Jacques (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français*, XIIe-XXe siècle, Paris, PUF, 2007, Page 245.

[1901] *Cf.* HALPERIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, Pages 68 et 98-99.

[1902] NIZARD Alfred, « Droit et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804 », dans *Population*, 1977, Volume 32, N° 1, Page 97. L'auteur cite un arrêt de la cour de cassation de 1871, où il fut jugé que si la mère était nommée dans l'acte de reconnaissance du père, et si elle avouait de n'importe quelle façon sa maternité, notamment en élevant l'enfant, cet aveu avait valeur de reconnaissance. En effet, couramment, le père naturel, en déclarant la naissance à la mairie, nommait la mère et reconnaissait l'enfant, et grâce à cette

la filiation naturelle vis-à-vis du père fut entreprise en 1862, au sein d'une conférence à laquelle participèrent quelques jeunes avocats, parmi lesquels Hérold. Le projet de loi qui fut mis au point comportait, entre autres, les modifications suivantes : l'admissibilité de la preuve par la possession d'état, l'admissibilité des écrits émanés du père prétendu et contenant un aveu implicite ou formel de la paternité qui lui est attribué, et l'assimilation du cas de viol au cas d'enlèvement. Une société savante, la *Société des Études pratiques d'économie sociale*, s'intéressa à cette question en 1864 ; et s'accorda sur un changement de législation visant à admettre l'hypothèse du *rapt par séduction* pour faire déclarer judiciairement la paternité, et à autoriser les enfants non reconnus à réclamer des subsides alimentaires.[1903]

Des juristes comme Claude Valette, Ferdinand Hérold ou Jules Favre,[1904] dont la doctrine allait dans le sens d'une réforme de l'article 340, restaient très minoritaires dans leur milieu. Acollas figurait à l'avant-garde de la contestation. Dans un ouvrage publié en 1865 (et réédité en 1870), il s'insurgea contre le sort réservé aux enfants nés hors mariage et aux filles-mères. Il débutait en ces termes : *J'élève la voix pour un des intérêts de justice et d'humanité les plus considérables de ce temps ; je me présente au nom de toutes les femmes abusées, entraînées ou éblouies que précipitent de fausses promesses* […] *; je me présente au nom de cinquante mille enfants naissant chaque année privés d'état civil* […]. *Je viens demander à la société de proclamer que dans l'union, accomplie en dehors de son institution, l'homme a sa part de responsabilité ; de reconnaître, de garantir à cinquante mille enfants le droit à une assistance indispensable à notre indigence native, le droit d'être nourris, élevés, développés d'esprit, de cœur, par ceux dont ils tiennent la vie* [...]. Il sollicitait l'abrogation de l'article 340 du Code civil : *Je viens réclamer la réformation d'une de nos plus grandes iniquités sociales,* […] *la suppression d'un de nos périls, l'effacement de notre législation civile du honteux article qui interdit la recherche de la paternité, et, dans une société fille de la Révolution, met plus de quinze mille Français, pour le hasard de leur naissance, hors la loi, hors le droit !*

---

jurisprudence prenant en compte l'union hors mariage, la filiation maternelle était établie en l'absence d'une reconnaissance de la mère, sur son simple aveu.

[1903] POUZOL Abel, *La recherche de la paternité : étude critique de sociologie et de législation comparée*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1902, Page 190.

[1904] *Cf.* HAKIM Nader, « VALETTE Claude-Denis-Auguste », dans ARABEYRE Patrick, HALPÉRIN Jean-Louis, KRYNEN Jacques (dir.), *op. cit.*, Pages 762 à 764 ; DURELLE-MARC Yann-Arzel, « HÉROLD Ferdinand », dans ARABEYRE Patrick, HALPÉRIN Jean-Louis, KRYNEN Jacques (dir.), *op. cit.*, Page 407 ; CLÈRE Jean-Jacques, « FAVRE Jules-Gabriel-Claude », dans ARABEYRE Patrick, HALPÉRIN Jean-Louis, KRYNEN Jacques (dir.), *op. cit.*, Pages 323-324.

Pour le juriste, le Code 1804 *ou, pour mieux dire, la pensée personnelle de Napoléon* avait fait *la chose la plus insensée* […] *et la plus monstrueuse*. Et, pour son influence dans la discussion de l'article 340, il qualifiait Bonaparte de *génie pervers*. Ensuite, se penchant sur des éléments statistiques concernant les enfants naturels, il relevait *l'augmentation presque continue* de leur nombre ; et il constatait que pour les années 1858 à 1860, plus des deux tiers de ces enfants n'étaient pas reconnus, et que le nombre des reconnaissances maternelles était largement supérieur à celui des reconnaissances paternelles. Acollas suggérait qu'il n'était pas infondé de prétendre que *la légèreté qui préside à certaines unions, la dépravation qui en inspire d'autres, trouveraient un frein dans la recherche de la paternité* ; tout en admettant que l'interdiction posée dans l'article 340 n'était pas l'unique cause de l'accroissement des naissances naturelles, qui tenait aussi notamment *au vice de l'institution du mariage telle que l'ont faite nos lois et nos mœurs*. En outre, il remarquait que même si tous les enfants non reconnus n'étaient pas abandonnés (une partie était élevée par la mère ou la famille maternelle), la prohibition favorisait les abandons, ce qui contribuait à une hausse des charges publiques et *à poser l'insoluble problème de l'assistance sociale*.[1905] Son ouvrage contenait un projet de loi *sur le droit de l'enfant*, et une *esquisse d'un exposé des motifs* dans laquelle il reprochait aux *législations barbares* de supprimer ou de restreindre *le droit égal* de l'enfant lorsqu'il était né d'une union réprouvée. Ainsi, il requérait l'égalité entre tous les enfants, le droit pour tous les enfants d'être reconnus et élevés par leur père et mère ou leurs ascendants, et de réclamer l'établissement de leur filiation en utilisant tous les moyens de preuve à leur disposition.[1906] En 1866-1867, une part des débats du *Comité d'étude pour la refonte de la législation civile* fut consacrée à la filiation naturelle et à l'admission de la recherche de

---

[1905] ACOLLAS Émile, *L'enfant né hors mariage : le droit de l'enfant*, Seconde édition, Paris, Germer-Baillière, 1870, Pages 1 à 3, 19-20, 29 à 32, 52 à 57, 69.

[1906] ACOLLAS Émile, *op. cit.*, Pages 105 à 113. Son projet de loi était le suivant : *Art. 1er- Tous les enfants sont égaux entre eux devant la loi. Art. 2- Tous les enfants ont droit à être reconnus par leur père et par leur mère, et, à défaut de leur père ou de leur mère, par leurs ascendants plus éloignés. Art. 3- Tous les enfants ont droit à être élevés par leur père et par leur mère, et, à défaut de leur père et mère, par leurs ascendants plus éloignés.* […] *Art. 5- Tous les enfants mineurs et tous les majeurs incapables de travailler et de se suffire ont droit à une provision d'éducation ou d'aliments dans la succession de leur père et de leur mère, et, s'il y échet, de leurs descendants plus éloignés. Art. 6- Le père et la mère, et à défaut du père et de la mère, les autres ascendants les plus proches au même degré, sont solidairement tenus envers l'enfant de la dette d'éducation et la dette d'aliments.* [...] *Art. 7- Tous les enfants, pour établir leur filiation, ont droit de présenter au jury tous les moyens de preuves dont ils disposent.*

paternité.[1907] Cette doctrine qui prônait une réforme profonde de l'article 340 du Code civil ne faisait absolument pas l'unanimité, on trouve parmi ses détracteurs Demolombe, qui défendait l'interdiction de la recherche de paternité, la jugeant *fondée sur les plus puissantes considérations d'ordre public*.[1908] Quant à Aubry et Rau, ils étaient partisans de l'interdiction de recherche de paternité (même dans l'hypothèse d'un viol).[1909]

Au sein du courant de pensée progressiste, figurait Alfred Assolant (professeur d'histoire et écrivain), qui, en 1868, se soucia, comme Accolas, des droits de l'enfant : *le père,* écrivit-il, *doit des aliments à l'enfant, qu'il soit légitime, illégitime ou adultérin.* Il suggérait de contraindre le père à reconnaître son enfant, et à le prendre en charge ou à verser une pension alimentaire.[1910] Dans le même camp, on trouvait également Julie-Victoire Daubié qui consacrait une partie de son étude sur *La femme pauvre*, aux *droits de la maternité et de l'enfance* : elle y revendiquait une *réforme urgente*. *On se demande*, remarquait-elle, *comment une nation a pu commettre un crime de lèse-justice, de lèse-morale, de lèse-humanité, de lèse-ordre public, comme l'interdiction de la recherche du père, au moment même où elle prétendait poser les bases de sa régénération.* Elle appelait à l'abrogation de l'article 340 du Code civil, qu'elle qualifiait de *loi de huis clos*, [d'] *escamotage du droit social*. Elle prévoyait, entre autres, d'appliquer la présomption de paternité au concubinage : *Dans la cohabitation irrégulière, la présomption assurera, comme dans le mariage, les droits de l'enfant à la protection paternelle.*[1911] Un juriste moins illustre que ceux cités précédemment, Ernest Cadet, se rallia à la ligne réformatrice. Dans son ouvrage sur le mariage, il examina les conséquences fâcheuses de l'interdiction de la recherche de paternité : le législateur, *en voulant supprimer un abus*, en favorisa *un bien plus grand et bien plus terrible* […] *il se rendait complice d'une déplorable facilité de mœurs ;* […] *refuser à l'enfant naturel le droit de rechercher son père, alors même qu'il peut invoquer les preuves les plus évidentes et les*

[1907] HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, Page 78 ; AUDREN Frédéric, « Acollas Émile-Pierre-René-Paul », dans ARABEYRE Patrick, HALPÉRIN Jean-Louis, KRYNEN Jacques (dir.), *op. cit.*, Pages 4 à 6.

[1908] DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, 4e édition, 1870, cité par LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, Page 368.

[1909] AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, Tome sixième, 4ème édition, Paris, Marchal et Billard et Cie, 1873, Pages 194-195.

[1910] ASSOLANT Alfred, *Le droit des femmes*, Paris, Angers, 1868, cité par GIROLLET Anne, *Victor Schœlcher, abolitionniste et républicain*, Paris, Karthala, 2000, Page 142.

[1911] DAUBIÉ Julie-Victoire, *La femme pauvre au XIXe siècle*, Deuxième édition, Tome second : *Condition morale*, Paris, E. Thorin, 1869, Pages 213 à 243.

moins équivoques, c'était à la fois commettre un déni de justice à l'égard de l'enfant, et accorder à son père une immunité scandaleuse.[1912] Auparavant, en 1864, Frédéric Le Play avait lui aussi dénoncé les implications néfastes de la loi.[1913] Ernest Cadet signalait d'ailleurs que la remise en cause de cet article était aussi le fait de moralistes, d'économistes, d'hommes d'État et de romanciers. Au cours de son argumentation en faveur de la réforme de l'article 340, il s'attaqua notamment à la justification de cette disposition tirée de l'impossibilité de prouver la paternité ; à cet effet, il reprenait les arguments de Delvincourt.[1914] Ce dernier, au début du siècle, avait formulé, à ce sujet, cette appréciation : *mais, d'abord, n'y a-t-il pas la possession d'état, qui, de l'aveu des rédacteurs du Code, est la preuve la plus forte et la plus solennelle* […] *? En outre, quel inconvénient y aurait-il donc à se conformer, sur ce point, à la marche adoptée par les anciens tribunaux ? Ils faisaient résulter la preuve de la paternité de celle du concubinage. Ce n'était qu'une présomption, dira-t-on : cela est vrai ; mais la légitimité des enfans conçus dans le mariage est-elle fondée sur autre chose que sur une présomption, et même qui, dans plusieurs circonstances approche bien moins de la vérité ?* [...] *D'ailleurs, la recherche de la paternité est une sauve-garde pour les mœurs. Si l'homme qui vit en mauvais commerce n'a à craindre aucune des suites qui peuvent en résulter, croit-on qu'il sera plus disposé à renoncer à ses mauvaises habitudes ?* [...] *Si, au contraire, il peut craindre que la seule fréquentation d'une femme de mauvaise vie ne l'expose, lui ou sa mémoire, à un procès désagréable, ne deviendra-t-il pas plus circonspect dans le choix de ses sociétés, et les mœurs n'y gagneront-elles pas infiniment ?*[1915] Ernest Cadet annonça que *tôt*

[1912] CADET Ernest, *op. cit.*, Pages 82-83.

[1913] LE PLAY, *La réforme sociale en France*, Tome Ier, Chapitre III : *La famille, la femme et le mariage*, Page 194, cité par CADET Ernest, *op. cit.*, Page 83. Il écrivit à ce propos : *Cette indifférence de la loi a porté ses fruits : la séduction qui, pendant le dernier siècle de l'Ancien Régime, n'appartenait guère qu'aux mœurs de la cour, s'est incessamment propagée, depuis lors, dans la masse même de la nation ; aujourd'hui ce désordre est devenu, en quelque sorte, un trait habituel de nos mœurs privées. Aucun père, à moins d'y être contraint par une dure nécessité, n'ose confier sa fille à la foi publique. Dans les familles aisées, les filles restent, pour ainsi dire, cloîtrées au foyer domestique, en sorte qu'elles n'auraient aucun moyen de choisir elles-mêmes un mari, alors même que ce choix ne devrait pas être entièrement subordonné à la question d'argent. Quant aux familles pauvres, obligées de tirer parti du travail de tous leurs bras, elles doivent exposer leurs filles à cette corruption qui envahit peu à peu tous les points du territoire. La séduction exercée au détriment des jeunes ouvrières est commune aujourd'hui à la ville et à la campagne.*

[1914] *Cf.* HAKIM Nader, « DELVINCOURT Claude-Étienne », dans ARABEYRE Patrick, HALPÉRIN Jean-Louis, KRYNEN Jacques (dir.), *op. cit.*, Pages 240-241.

[1915] DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Tome second, Bruxelles, P. J. de Mat, 1825 (1re édition : 1813), Pages 59-60.

ou tard la loi actuelle sera modifiée.[1916] En effet, ce fut le cas beaucoup plus tard, en 1912, et la prise en compte du concubinage sera l'un des aspects de la réforme.

L'évolution jurisprudentielle vint conforter le courant réformateur. Les concubines séduites, enceintes des œuvres de leurs compagnons, pour finir par être abandonnées, ne bénéficiaient d'aucune protection juridique. Toutefois la jurisprudence atténua quelque peu la rigueur de la loi. D'abord, dès la première moitié du XIXe siècle, bien qu'au regard de la loi, les filles séduites ne pouvaient pas intenter d'action en dommages-intérêts à l'encontre de leur séducteur, des juges (dont ceux de la Cour de cassation en 1814), par le biais de l'article 1142 du Code civil, admirent la possibilité d'attribuer des dommages-intérêts pour l'inexécution d'une promesse de mariage. Ensuite, les tribunaux se fondèrent sur l'article 1382, pour accorder à des filles-mères séduites par des manœuvres dolosives, des dommages-intérêts en raison du préjudice causé par leur grossesse,[1917] à commencer par la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 1845.[1918] Marcadé,[1919] dans la *Revue critique de jurisprudence*, soutint cette ligne jurisprudentielle dans les termes suivants : *On peut admettre les choses* [...] *et attribuer consciencieusement à la victime toute la réparation qui peut lui être due* [...] *mais ne rien écrire dans les pièces de la procédure et surtout dans le jugement qui contienne une attribution de paternité, l'article 340 ne le permettant pas.*[1920] En effet une atténuation du principe de l'interdiction de la recherche de la paternité par des moyens détournés, sans heurter de front la loi, ressortit de l'analyse des décisions des juges. Un exemple flagrant de contournement de la loi peut être observé dans un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, du 28 novembre 1861, qui admit une fille à établir la preuve (au besoin par la notoriété publique) *non pas que le séducteur fût le père de l'enfant dont elle était accouchée,* [mais] *qu'elle était*

[1916] CADET Ernest, *op. cit.*, Page 194.

[1917] Pour une étude détaillée de la jurisprudence, *cf.* BIGOT Grégoire, *op. cit.*, Pages 141 à 147.

[1918] La cour se prononça dans les termes suivants : […] *Attendu qu'il est constaté par l'arrêt que Labia a délaissé la fille Baysse après l'avoir séduite ; qu'il est la seule et unique cause du dommage considérable qu'elle éprouve ; Que la conséquence de ces faits était pour Labia l'obligation de réparer un tort qui ne pouvait être imputé qu'à lui ; Qu'ainsi c'est avec juste raison que l'arrêt attaqué lui a fait l'application du principe de responsabilité posé dans l'article 1382 C. civ. ; Rejette.* Cour de cassation, chambre civile, Labia/Baysse, 24 mars 1845. Dans LEDRU-ROLLIN, LÉVESQUE J.-A., *Journal du palais*, *Recueil le plus complet de la jurisprudence française*, 3e édition, Tome 44, Paris, F.-F. Patris, 1845, Pages 521-522.

[1919] *Cf.* HAKIM Nader, « MARCADÉ Victor-Napoléon », dans ARABEYRE Patrick, HALPÉRIN Jean-Louis, KRYNEN Jacques (dir.), *op. cit.*, Pages 537-538.

[1920] MARCADĒ, Tome III, Page 105, cité par GIRAUD Léon, « La vérité sur la recherche de la paternité », dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1884, Nouvelle série, Tome XIII, Pages 593-594.

devenue mère par suite de ses relations intimes avec lui.[1921] La Cour de cassation, approuva, dans un arrêt du 26 juillet 1864,[1922] le seul recours à l'article 1382,[1923] pour condamner le séducteur à verser, à la mère, des dommages-intérêts dont le quantum fut fixé *eu égard au nombre des enfants nés de la séduction,*[1924] et, à chacun de ces enfants, une pension. On constate un essor des arrêts statuant dans ce sens sous la IIIe République. La jurisprudence s'était emparée, en quelque sorte, du problème de l'impunité du séducteur, en se fondant sur l'article 1382 relatif à la responsabilité à raison de tout fait dommageable, contraignant l'auteur d'un préjudice à réparer sa faute causé à autrui. Le séducteur pouvait être condamné à verser des dommages-intérêts à la fille séduite, et une pension alimentaire pour l'enfant, puisque la réparation pécuniaire était basée sur le préjudice résultant de la grossesse, des frais d'accouchement, et comprenait également les dépenses liées à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, tout cela sans présager de la question de la paternité. Pourtant, il s'agissait bien là d'une ouverture vers la recherche de paternité. Ce fut ce que chercha à démontrer le juriste Paul Baret quand il écrivit : *Prouver que tel homme a rendu telle femme enceinte, c'est prouver qu'il est le père de l'enfant dont elle est enceinte. On aura beau jouer sur les mots, on ne changera pas les choses : l'auteur de la grossesse est le père de l'enfant, et si je recherche l'auteur de la grossesse, je recherche la paternité ; ce qui est défendu. Cependant une jurisprudence assez récente, mais qui paraît désormais établie, accorde aux filles rendues mères des dommages et intérêts contre le séducteur.*[1925] Il réprouvait la loi, et s'appuyant sur les décisions des tribunaux qui, d'après lui, la violait impunément et réclamait un prompt changement.[1926] Il ne proposait aucunement d'autoriser la recherche de la paternité mais seulement de rajouter des exceptions à l'interdiction.[1927]

[1921] Arrêt rapporté par GIRAUD Léon, *op. cit.*, Page 594.

[1922] Arrêt rapporté par BARET Paul, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger,* Paris, Marescq, 1872, Page 102. L'espèce était la suivante : *un homme marié séduit une fille de 15 ans, et la retient pendant 20 ans au moyen de toutes sortes d'artifices, dans les liens de cette union adultérine ; puis il l'abandonne avec six enfants. Le tribunal de Vire (11 juillet 1861), condamne le séducteur à payer de suite à la femme une somme de 3000 fr. ; de plus, à lui servir une rente viagère de 500 fr., et enfin, « à servir une pension de 500 fr. à chaque enfant, jusqu'à l'âge de dix-huit ans, et de 250 fr. à partir de cette époque ». Le 10 juin 1862, arrêt confirmatif de la cour de Caen.*

[1923] CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, Page 1089. Il analyse, à ce propos, que la Cour retrouva *ainsi, ou presque, le fondement pénal des officialités*.

[1924] Arrêt rapporté par GIRAUD Léon, *op. cit.*, Page 594.

[1925] BARET Paul, *op. cit.*, Page 101.

[1926] *Idem*, Page 102. A propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 juillet 1864, dont les motifs étaient les suivants : *Attendu que l'arrêt attaqué, loin d'autoriser la recherche d'une paternité adultérine, a déclaré*

Des propositions de loi vinrent relayer les théories réformatrices divulguées depuis plus d'une vingtaine d'années. D'autant plus que, sous la troisième République, la baisse de la natalité conduisit à se préoccuper du sort des enfants naturels. D'abord, en 1878, une proposition de loi fut émise par les sénateurs Béranger, de Belcastel, Foucher de Careil et Schœlcher. Béranger l'exposa au Sénat le 16 février. Celle-ci visait à amoindrir le principe de l'article 340 en l'assortissant de larges exceptions.[1928] L'avenir le plus souvent promis à un enfant né hors mariage était particulièrement alarmant, Béranger en fit le constat pour motiver sa proposition de loi.[1929] Quant à Victor Schœlcher, il était le co-signataire de cette proposition car il se préoccupait de la condition des enfants naturels (d'ailleurs, il s'insurgea contre les injustices dont ils étaient victimes).[1930] Ensuite, en 1883, une proposition de loi fut émise par le député Rivet, qui la présenta à la Chambre des députés le 26 mai. Elle visait à

---

formellement au contraire, que cette recherche serait prohibée par la loi […], Paul Baret faisait ce commentaire : *Il l'a déclaré ! Je le crois bien ; on le dit, on le proclame, on proteste de son respect pour la loi, mais on la viole sans scrupule. Quand on voit les tribunaux, sous l'empire des besoins de la pratique, désobéir si ouvertement à la loi, c'est une preuve sûre qu'elle n'est pas bonne et qu'il faut la modifier*.

[1927] *Id.*, Pages 166-167 et 169 à 172. Il présentait les modifications qu'il souhaitait apporter aux dispositions du Code civil, et notamment celles concernant l'article 340 : *La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, et dans le cas de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapportera à celle de la conception, le ravisseur ou l'auteur du viol pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant. La recherche de la paternité est également admise en faveur de l'enfant, dans le cas de séduction par promesse de mariage, lorsqu'il y a eu un commencement de preuve par écrit de la séduction et de la promesse de mariage. La femme ne peut obtenir de dommages et intérêts que dans les cas où la recherche de la paternité est admise.*

[1928] Citée par BLOQUEL Henri, *Étude sur la recherche de la paternité dans l'ancien droit français et dans le Code civil*, Thèse droit, Paris, Jouve et Boyer, 1900, Pages 192 à 194. Sa proposition de loi était la suivante : *Article premier- L'article 340 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit : Art. 340- La recherche de la paternité est interdite sauf les cas : 1° d'enlèvement, de viol ou de séduction, lorsque l'époque de l'enlèvement, du viol ou de la séduction, se rapportera à celle de la conception. 2° de possession d'état dans les conditions prévues par l'article 321 du Code civil. Article deuxième- L'action en recherche de paternité ne peut être intentée que par l'enfant ou en son nom. Elle se prescrit par six mois à dater de sa majorité.* […].

[1929] *S'il arrive*, énonça le sénateur, *à braver toutes les chances de mortalité qui le menacent, et l'on sait qu'elles sont doubles pour l'enfant naturel, s'ils échappent au crime que provoque parfois de la part de la mère le ressentiment de l'abandon, que va-t-il devenir entre les mains de celle qui a la charge de l'élever sans avoir les moyens de le nourrir ; ce sera le vagabond de la rue s'élevant tout seul, au hasard, échappant à tout moyen d'éducation, bientôt saisi par la prison, n'en sortant plus que pour retrouver les mêmes difficultés d'existence et le plus souvent voué sans ressource à la récidive. Ne voyez-vous pas que nous arrivons ainsi à créer un des dangers les plus graves qui puissent exister pour la société ?* BÉRANGER, cité par BLOQUEL Henri, *op. cit.*, Pages 80-81.

[1930] *Cf.* GIROLLET Anne, *Victor Schœlcher, abolitionniste et républicain*, Paris, Karthala, 2000, Pages 142-143 et 146.

annihiler entièrement l'interdiction posée par l'article 340 du Code civil.[1931] Son exposé des motifs faisait apparaître le lien entre la prohibition de la recherche de la paternité et le nombre important d'abandons, d'infanticides et d'avortements, et le moyen de le réduire en contraignant le séducteur à assumer sa responsabilité.[1932] C'était en effet, la prise en considération de la situation alarmante de l'enfance abandonnée qui avait amené à remettre en question la prohibition posée par l'article 340. A cet égard, on relève que lors du congrès international de la protection de l'enfance, dans sa séance du 21 juin 1883, fut émis le vœu à l'unanimité : *que la loi permette à la fille-mère de réclamer pour son enfant des secours alimentaires à l'homme qu'il serait prouvé avoir eu des rapports avec elle, à l'époque de la conception, à moins que celui-ci ne prouve l'inconduite de la femme à la même époque.*[1933] Seul le projet élaboré par le sénateur Béranger fit l'objet d'une discussion. En décembre 1883, se déroulèrent les premières délibérations au Sénat ; à l'issue desquelles la proposition fut rejetée à une forte majorité (sous l'effet du rapport du sénateur Cazot, fervent opposant à la réforme).[1934]

[1931] Citée par BLOQUEL Henri, *op. cit*., Pages 196-197. Sa proposition de loi était la suivante : *Article premier- La recherche de paternité est admise pourvu qu'il y ait preuves écrites ou faits constants ou témoignages suffisants. Article 2- Si le père reconnu refuse d'épouser la mère, celle-ci est en droit de réclamer des dommages-intérêts. Article 3- La femme peut déclarer sa grossesse, désigner le père et commencer l'instance trois mois avant sa délivrance. Article 4- Pendant la minorité de l'enfant, l'action en recherche de paternité appartient à la mère ou au tuteur. Article 5- L'action en recherche de la paternité se prescrit par six mois à partir de la majorité de l'enfant. Article 6- La fille âgée de plus de vingt-cinq ans ne sera pas admise contre un mineur de moins de dix-huit ans. Article 7- Les revendications de paternité reconnues calomnieuses et de mauvaise foi seront poursuivies et punies des peines applicables en matière de diffamation. Article 8- Est abrogé l'article 340 du Code civil et toute disposition contraire à la présente loi.*

[1932] *La société,* exposa le député, *souffre d'un mal dont tout le monde s'inquiète. La population décroit,* […] *Ce qui cause le plus grand nombre des avortements, des infanticides et des abandons, c'est, il est vrai, la honte qui s'attache à la maternité en dehors du mariage ; mais c'est aussi la difficulté ou l'impossibilité matérielle dans laquelle se trouvent les filles-mères d'élever leurs enfants. Si elles avaient l'espoir de la réhabilitation par le mariage, ou seulement l'assurance d'un secours matériel, si, conformément aux lois naturelles, le père devait, lui aussi, concourir à élever l'enfant, n'est-il pas évident qu'on verrait décroitre le nombre de ces abandons ou de ces meurtres d'enfants dont nous nous effrayons ?* […] *Il faut admettre la recherche de paternité.* [...] *La société a trop longtemps sanctionné par son odieuse indifférence une criante injustice. C'est sur la fille-mère que retombe toute la responsabilité de ce qui, ce me semble, est bien un peu l'œuvre d'un autre. Pendant que le séducteur peut presque se faire gloire de ce qu'un euphémisme coupable appelle « des bonnes fortunes », la fille, avec la honte de ce qui est pour elle « une faute »supporte seule la charge de l'éducation de l'enfant. N'y a-t-il pas là une inégalité à effacer du code républicain ? N'est-il pas temps, en cette grave question de la paternité, d'appliquer le principe : « Chacun doit être responsable de ses actes ?* […]. RIVET, cité par DUMAS Alexandre fils, *La recherche de la paternité, Lettre à M. Rivet, député*, Paris, Calmann Lévy, 1883, Pages 3 à 7.

[1933] Cité par DUMAS Alexandre fils, *op. cit.*, Page 42.

[1934] Sur les arguments du rapporteur Cazot, qui reprit ceux invoqués en 1803 par les rédacteurs du Code, c'est-à-dire *l'amélioration des mœurs*, *l'impossibilité de la preuve de paternité hors mariage*, et *la crainte du scandale*, *cf*. l'analyse critique de BLOQUEL Henri, *op. cit*., Pages 93 à 106.

Par ailleurs, la disparition progressive des tours dans les hospices pour les enfants trouvés, qui avaient été créés par le décret du 19 janvier 1811 *comme la contre-partie* du système de la prohibition, *son corollaire obligé*,[1935] avait contribué à augmenter les infanticides et les avortements. Ils avaient commencé à être supprimés vers 1830, car ils étaient accusés d'encourager les abandons, et le coût de la prise en charge de ces enfants, forts nombreux, était jugé trop élevé. Leur suppression était pratiquement achevée depuis 1860. Le rétablissement des tours fut ainsi revendiqué sous la troisième République. Ce fut l'objet d'une proposition de loi à l'initiative de Béranger et d'autres sénateurs (dont Schœlcher) en 1878. Leur tentative échoua et fut réitérée, en 1882, par Schœlcher, sans plus de succès.[1936] La loi du 27 juin 1904 rétablit la possibilité d'abandonner anonymement son enfant par l'admission *à bureaux ouverts*.[1937]

L'impulsion idéologique se poursuivait pendant que la réforme de l'article 340 était entre les mains des législateurs. *Il n'y a pas de bâtards*, s'écriait Léon Richer (journaliste, féministe) dans *Le code des femmes*. Il traitait d'*absurde* la distinction établie par la loi entre les enfants naturels et les enfants légitimes. La bâtardise n'était qu'*un état fictif de création purement juridique*. Pour lui, il était juste que tout enfant fût reconnu et élevé par son père et sa mère (à leur défaut par ses ascendants), et pour cela il ne voyait pas d'inconvénients *à ériger en droit la recherche de la paternité et de la maternité*. Et il argumentait dans ce sens : *Quelle immoralité verrait-on dans ce fait que les tribunaux rechercheraient les auteurs d'un enfant laissé dans l'abandon ?* [1938] Richer réfutait catégoriquement la phrase de Bonaparte prononcée à propos des bâtards.[1939] Il s'attaquait à la législation qui rejetait sur la mère

---

[1935] GIRAUD Léon, « La vérité sur la recherche de la paternité », dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1884, Nouvelle série, Tome XIII, Pages 626-627.

[1936] *Cf.* GIROLLET Anne, *op. cit.*, Pages 143-144.

[1937] Sur le système du tour, *cf.* DONZELOT Jacques, *La police des familles*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1977, Pages 29 à 33. L'auteur indique qu'*en organisant les bureaux d'admission non plus sur la base du recueil aveugle mais du bureau ouvert, il était possible d'une part de décourager l'abandon, d'autre part d'attribuer les secours à partir d'une investigation administrative de la situation des mères.*

[1938] RICHER Léon, *Le code des femmes*, Paris, E. Dentu, 1883, Pages 203 à 207.

[1939] *Idem*, Page 205-206. *Ce despote*, s'insurgeait Richer, *n'avait au cœur ni le sentiment du droit, ni le sentiment de la vraie justice. Il disait : « La société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus. » Pas intérêt ! Mais n'est-il pas établi par nos annales judiciaires que c'est parmi les bâtards non reconnus que le bagne fait ses plus nombreuses recrues ? La haine germe et couve sourdement dans l'âme ulcérée de ces déshérités. Méprisés, bannis, en butte dès l'enfance aux sarcasmes des heureux, jaloux du bonheur des autres, n'ayant jamais reçu une*

naturelle seulement la responsabilité de *la faute commise à deux.* Il s'indignait en constatant que la présomption de paternité ne pouvait pas être invoquée dans le cas d'un *mariage libre* : *Le concubinaire jouit d'un privilège. Il peut vivre dix ans, vingt ans, trente ans de l'union libre publiquement affichée ; les enfants nés de cette union irrégulière ne lui appartiennent pas de plein droit ; il ne leur doit rien. S'il refuse de les reconnaître, nul ne peut l'y contraindre.*[1940] Son remède consistait en un bouleversement complet de la traditionnelle présomption de paternité (tout comme Julie-Victoire Daubié).[1941] Ce fut ainsi que dans la dernière partie de son ouvrage intitulée *Projets de loi*, où il présentait une série de réformes, parmi lesquelles un projet concernant les enfants naturels,[1942] et un autre sur la recherche de la paternité et la recherche de maternité, dans lequel il proposait une nouvelle rédaction de l'article 312 : *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ; l'enfant conçu pendant la vie commune de deux concubinaires a pour père l'amant.* […].[1943] Et, il projetait l'abrogation des articles 340 et 341.[1944] Au surplus, il apportait un complément à l'article 203.[1945]

Parmi les auteurs littéraires qui participèrent à ce mouvement d'idées en faveur d'une réforme de l'article 340 du Code civil, on relève la présence d'Alexandre Dumas fils,[1946] auteur, en 1883, d'une *Lettre à M. Rivet, député*, dans laquelle il le félicitait pour son initiative et lui soumettait ses propres réflexions. Jugeant la proposition de loi du député *déjà insuffisante* et susceptible de l'être plus encore une fois votée avec des restrictions et des

---

caresse, entendu une bonne parole, ils entrent en guerre contre la société marâtre qui les traite en parias. Ce ne sont pas des êtres utiles, ce sont des ennemis.

[1940] *Id.*, Pages 220 à 228.

[1941] *Id.*, Page 236 à 247. Il trouvait *inadmissible* de permettre à un père de se soustraire aux charges de la paternité en se retranchant derrière l'impossibilité de la preuve. Il avançait : *Si* [des présomptions] *suffisent contre le mari* […], *je ne vois pas pourquoi elles n'auraient pas la même valeur contre un concubinaire.*

[1942] *Cf. id.*, Pages 389 à 395.

[1943] *Id.*, Pages 394-395.

[1944] *Ibidem*. Il prévoyait le remplacement de l'article par un nouvel article *conçu dans les termes suivants : « Article 340.- La recherche de la paternité est permise. Elle sera poursuivie, soit à la requête de l'enfant devenu majeur, soit, pendant le temps de sa minorité, à la requête de son représentant légal ou tuteur, soit à la requête du ministère public* ; et la substitution de l'article 341 à *un article nouveau ainsi conçu : « Article 341.- La recherche de la maternité est permise. Elle sera poursuivie de la même manière et aux mêmes requêtes que la recherche de la paternité. »*

[1945] *Ibid. Au texte de l'article 203, ainsi conçu : « Article 203.- Les époux contractent ensemble, par l'effet seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. »*, il voulait *ajouter un paragraphe nouveau rédigé comme suit : « L'homme et la femme entre lesquels se seront établies des relations intimes, publiques ou clandestines, durables ou éphémères, sont tenus aux mêmes obligations vis-à-vis des enfants issus de leur rapprochement. »*

[1946] En 1858, dans une pièce de théâtre intitulée *Le fils naturel*, il s'insurgeait déjà contre cette disposition.

amendements,[1947] il suggérait des mesures particulièrement radicales afin que *la loi cesse de frapper sur l'enfant innocent, pour frapper sur le père et la mère coupables*.[1948] La prise de position d'Alexandre Dumas fils, et plus largement celle des réformateurs, fit l'objet, dans un article paru dans la *Revue des deux Mondes*, d'une vive attaque. Son auteur contrait l'argumentation de Dumas. Il lui opposait la défense du mariage, estimant que si *la loi n'a pas voulu convertir* l'obligation naturelle pour le père de nourrir son enfant, en obligation civile, *c'est parce qu'elle a jugé qu'il y avait des intérêts sociaux supérieurs à celui de l'enfant naturel, et elle a ainsi jugé parce qu'elle a vu que toute sollicitude qu'elle témoignerait à l'enfant naturel serait une atteinte au droit de l'enfant légitime, c'est-à-dire une atteinte, et une atteinte profonde au mariage*. En fervent catholique protégeant le sacrement du mariage, il parlait *de ce que toute tentative de faire porter aux unions libres les effets légaux du mariage a en soi de scandaleux, d'impie et de sacrilège* […]. Il interpellait les propagandistes de la recherche de la paternité (et par la même occasion, il fustigeait ceux du divorce en disant que *le divorce n'est à proprement parler qu'une polygamie successive, et* [...] *la liberté des unions n'est à vrai dire qu'une polygamie confuse*) : *n'est-il pas vrai qu'en faisant du concubinat une forme à peine inférieure du ménage, vous abaissez la barrière qui séparait la facilité d'avec la sévérité des mœurs ? Que si vous décrétez en principe la recherche de la paternité, vous ôtez des unions libres la seule raison qu'elles aient de rougir d'elles-mêmes, et quelquefois, par conséquent, d'essayer de se légitimer ?* […].[1949] La réprobation du concubinage, considéré comme un état de péché, était donc toujours d'actualité, et la protection du mariage servait toujours à justifier la flétrissure faite aux enfants naturels.

[1947]DUMAS Alexandre fils, *op. cit.*, Page 105.

[1948] *Idem*, Pages 118 à 124. Il proposait les articles suivants : *1° Tout homme célibataire, qui sera reconnu père d'un enfant qu'il aura abandonné à la charge de la mère, sera, à la suite des réclamations de ladite mère, et des preuves établies par elle, obligé de donner son nom à cet enfant et de lui fournir des moyens d'existence, selon sa position et dans une proportion qui ne pourra pas être inférieur à la somme d'un franc par jour. 2° Si cet homme est marié et dans l'impossibilité de donner son nom ; s'il est pauvre et dans l'impossibilité de fournir à l'enfant les moyens d'existence nécessaires, il sera condamné à un emprisonnement qui pourra être de deux à cinq ans, deux ans étant le minimum. 3° Toute femme qui sera convaincue d'avoir poursuivi en recherche de paternité, dans un but de spéculation ou de scandale, un homme innocent, sera punie, (non pas comme vous le demandez, Monsieur, de la peine des diffamateurs,) mais de la peine des faux témoins en justice qui peut être de dix ans de détention ou des faussaires qui peut être de vingt ans de travaux forcés.* […].

[1949] *Cf.* BRUNETIÈRE Ferdinand, « La recherche de la paternité », *dans Revue des deux Mondes*, Tome cinquante-neuvième, 15 septembre 1883, Pages 349 à 380, et spécialement 369 à 375.

L'article du juriste Léon Giraud qui estimait *que l'interdiction de la recherche de paternité a été plus qu'un crime, que ça été une faute*, apporta une importante contribution à la réforme de l'article 340.[1950] La partie historique de son étude comportait, entre autre une mise au point destinée à contrer l'argument principal invoqué par les partisans de l'article 340, c'est-à-dire *les scandales et les intrigues* [que la règle contraire] *aurait produits dans l'ancien droit*.[1951] Par ailleurs, elle était révélatrice de l'état d'esprit de bon nombre de ceux qui partageaient son combat à l'époque : il exemptait en grande partie les législateurs révolutionnaires de la responsabilité de la mise en œuvre de l'interdiction de la recherche de paternité,[1952] en la rejetant sur Bonaparte.[1953] Selon lui, le vote du Sénat (qui repoussa la proposition de Béranger) ne constituait qu'*un ajournement de la question*. A ce propos, la proposition de Rivet lui convenait davantage que celle de Béranger, car elle était *plus radicale*, et il espérait que le député Rivet *pourra expliquer à ceux qui* [...] *sont fanatiques* [du Code]*, s'il y en a parmi ses collègues, que ce Code est perfectible comme toutes les choses humaines, surtout dans les questions touchant aux mœurs* […].[1954]

[1950] *Cf.* GIRAUD Léon, « La vérité sur la recherche de la paternité », dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1884, Nouvelle série, Tome XIII, Pages 590 à 633 et 672 à 687.

[1951] *Idem*, Pages 599 à 603 et 678-679. Il appelait ainsi à ne pas souscrire aux discours de Bigot de Préameneu et de Lahary tenus à ce propos en 1803. Il énonçait que les griefs qui avaient été formulés contre les recherches de la paternité ne s'appuyaient sur aucun élément crédible, car s'étant lui-même reporté au *Recueil des causes célèbres* (cité par Lahary), il observa que *la société ne semble pas avoir été bouleversée* par l'issue de celles qu'on nommait les *plaintes en gravidation*. De plus, selon lui, le plaidoyer de Servan *ne se prononçait pas contre le principe de la recherche, mais contre une procédure abusive qui s'était maintenue dans certaines parties du territoire.*

[1952] *Id.*, Pages 604 à 611. Plus exactement, il observait que ceux de la Constituante et de la Législative n'avaient jamais statué sur une telle disposition, et il concédait tout de même l'intervention en la matière de ceux de la Convention tout en s'interrogeant (compte tenu des troubles de cette période) : *c'est une loi de 1793 qu'on est forcé d'invoquer comme le berceau du nouveau principe ?* Ce à quoi il répondait que la mesure était l'une des *créations* [que la Révolution] *enfanta sans presque en avoir conscience.*

[1953] *Id.*, Pages 611 à 626. Il indiquait que le principe de l'interdiction *n'est dû qu'à la volonté d'un homme* […] *après un coup d'État parlementaire à lui seul trop significatif.* […] *Sa volonté*, expliquait-il, *qu'il voulait faire triompher dans le titre de la Filiation était connue quand on discuta au Tribunat le titre sur les Actes de l'état civil contenant incidemment une allusion à cette question. Un grand nombre de tribuns saisissent cette occasion de manifester leur opinion et même protestent contre l'éventualité menaçante d'un article 340... Et subitement le projet qui contenait la disposition assez malencontreuse pour avoir donné l'éveil (article 60* [qui permettait à la mère d'indiquer le nom du père dans l'acte de naissance]*), ce projet quoique voté est retiré, le Tribunat est épuré et la discussion publique lui est retirée. Il y a là, dans ces coïncidences, une conclusion que nous laissons à tirer au lecteur, mais qui n'est certes pas en faveur de l'article 340, dénué, dès à présent pour nous, dans son origine, de tout caractère de délibération réfléchie et libre.*

[1954] *Id.*, Pages 686-687.

Dans son *Précis de l'histoire du droit français*, Paul Viollet écrivit, à propos de la position d'infériorité, en matière successorale, par rapport aux enfants légitimes, que les enfants naturels retrouvèrent en 1803 après la parenthèse révolutionnaire de 1793 (qu'il qualifiait de *mouvement rétrograde*) : *retour nécessaire aux notions que déjà les Romains et très promptement les Barbares s'étaient faites de la famille*. Toutefois, il critiqua ouvertement l'interdiction de la recherche de la paternité en constatant que *le sort de la femme et de l'enfant est abandonné à la générosité du père. Il est impossible*, fit-il observer, *d'ignorer (dirai-je : plus naïvement ou : plus perfidement ?) les lâchetés du cœur humain et de sacrifier plus sûrement les bâtards dont on pense avoir pris la cause en main. L'abrogation de l'article 340 est à l'ordre du jour, une loi nouvelle nous rapprochera probablement du décret de l'an II*, annonça-t-il.[1955] En effet, le 10 juin 1890, le député Rivet déposa une nouvelle fois sa proposition de loi, qui admettait sans restriction la recherche de la paternité, sans plus de succès qu'en 1883. Par la suite, le 23 novembre 1895, il réitéra sa proposition ; et la commission d'initiative parlementaire la prit en considération.[1956] Elle fit alors l'objet d'un rapport favorable exposé à la Chambre par Odilon-Barrot, le 23 novembre 1895.[1957] Mais, le projet de Rivet ne fut pas discuté. Entre-temps, le 28 janvier 1895, des députés socialistes parmi lesquels Arthur Groussier, René Viviani, Jean Jaurès, Alexandre Millerand et Clovis Hugues présentèrent une proposition de loi qui bouleversait le droit de la filiation naturelle en prescrivant l'égalité des droits les enfants nés hors mariage et enfants légitimes ; ils allaient encore plus loin que les conventionnels de l'an II en autorisant la recherche de la paternité et

---

[1955] VIOLLET Paul, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1886, Pages 390 à 393.

[1956] BLOQUEL Henri, *op. cit*., Pages 195-196.

[1957] Il y énonça notamment : *Les penseurs et les humanitaires se demandent depuis longtemps si la loi naturelle ne fait pas un devoir à ceux qui ont aidé à mettre au monde de petits êtres d'autant plus dignes d'intérêt qu'ils sont plus dépourvus des choses les plus essentielles, de leur venir en aide sur le seuil de la vie et tant que durera la période pendant laquelle ils seront dans l'impossibilité de se suffire. Ils se demandent aussi, quelquefois, si ce devoir n'incombe pas au moins autant si ce n'est davantage au père, qu'à la mère dont la grossesse, l'allaitement et les soins du ménage diminuent relativement les moyens d'action. Si, dans ces conditions, le père oublie ou omet de remplir les devoirs résultant de la loi naturelle, n'appartient-il pas à la loi civile de les lui rappeler ou même de les lui imposer ? La société a-t-elle le droit, après avoir flétri ce petit être du nom de bâtard, de lui faire supporter une faute qu'il n'a pas commise.* […] *Nous pensons seulement que la responsabilité de la paternité doit être établie dans les conditions prévues par l'article 1382 du Code civil comme toutes les responsabilités provenant du fait de celui qui s'est rendu l'auteur du préjudice causé à autrui ; nous estimons que le juge doit avoir un pouvoir absolu d'appréciation pour déterminer le fait imputé au père supposé de l'enfant, par la mère, et qu'il devra s'entourer de tous les moyens qui seront de nature à éclairer sa décision, la demanderesse ayant suivant l'axiome du droit l'obligation stricte de faire la preuve mais le défendeur ayant aussi tout recours ouvert pour opposer par la voie de la contraire enquête, les preuves aux preuves et les témoignages aux témoignages.* Cité par BLOQUEL Henri, *ibidem*.

en prévoyant une égalité juridique qui ne se limitait pas au plan successoral.[1958] Cette résolution particulièrement audacieuse et progressiste ne fut pas davantage suivie. Une nouvelle proposition de loi, visant à autoriser la recherche de la paternité dans plusieurs cas déterminés, fut préparée par une commission parlementaire, qui avait été chargée d'examiner les propositions de Rivet, et de Groussier ; et le rapport de Julien Goujon fut déposé sur le bureau de la chambre des députés en 1897.[1959] Mais le texte ne fut pas discuté.[1960] Ensuite, le 7 décembre 1900, une proposition de loi, dont le contenu était similaire à celui de la proposition de 1897, fut présentée par Rivet,[1961] elle n'aboutit pas non plus.

Alors que le débat sur les moyens de preuve de la paternité était loin d'être achevé, avaient commencé à éclore, sous l'influence du concept d'égalité républicaine, des revendications en faveur de l'égalité successorale entre enfants naturels reconnus et les enfants légitimes. Certains juristes persistaient néanmoins à soutenir le bien-fondé de l'inégalité, tels

---

[1958] Citée par POUZOL Abel, *La recherche de la paternité : étude critique de sociologie et de législation comparée*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1902, Pages 537-538. Cette proposition était la suivante : *Article premier. Les articles 331 à 342 inclus du Code civil sont abrogés et remplacés par les dispositions suivantes ; Art. 331. - Les enfants nés hors mariage ont les mêmes droits et les mêmes devoirs que les enfants nés dans le mariage. Art. 332. - Les père et mère ont l'obligation de contribuer à l'entretien de leurs enfants à proportion de leurs facultés.* […] *Art. 336. - La recherche de la paternité et de la maternité est admise, pourvu qu'il y ait preuve écrite ou faits constants, ou témoignages suffisants. Art. 337 – Pendant la minorité de l'enfant, l'action en recherche de paternité appartient à la mère ou au tuteur. Art. 338. - La femme peut déclarer sa grossesse, désigner le père de l'enfant et commencer l'instance avant sa délivrance. Art. 339. - Si la mère prouve que le père reconnu lui a promis mariage, elle a le droit de réclamer une pension alimentaire. Cette pension serait révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. Art. 340 – La mère âgée de plus de vingt-cinq ans ne sera pas admise à réclamer cette pension si le père est un mineur de moins de dix-huit ans. Art. - Les revendications de paternité reconnues calomnieuses et de mauvaise foi seront poursuivies et punies des peines applicables en matière de diffamation. Article 2. Les articles 756 à 766 inclus et 908 du Code civil sont abrogés, ainsi que toute disposition contraire à la présente loi.*

[1959] *Idem*, Pages 539 à 541. Cette proposition fut formulée dans les termes suivants : *L'article 340 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit : Article premier. La recherche de la paternité est interdite. Cependant la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée : 1° Dans le cas de rapt, d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque du rapt, de l'enlèvement ou de viol, légalement constatée, se rapportera à celle de la conception ; 2° Dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles, à une époque contemporaine de la conception et s'il existe un commencement de preuve par écrit, susceptible de rendre admissible la preuve par témoins. Article 2. L'action en recherche de la paternité est également recevable : 1° S'il existe des lettres, missives ou quelque autre écrit privés signés par le père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité au profit de l'enfant ; S'il y a eu cohabitation notoire entre le père prétendu et la mère, pendant la période légale de conception, et s'il est établi que le père prétendu a pourvu d'une façon régulière à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.*[...]

[1960] HALPERIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, Page 225.

[1961] POUZOL Abel, *op. cit.*, Pages 541 à 543.

Aubry et Rau.[1962] Le 28 octobre 1888, les députés Letellier, Rivet et Jullien déposèrent une proposition de loi édictant une assimilation presque totale des enfants naturels simples, légalement reconnus, et des enfants légitimes en matière successorale. Le souvenir de la loi du 12 brumaire an II inspira considérablement cette initiative, ainsi que celle, assez similaire, des sénateurs Demôle et Tolain (dont la proposition, présentée le 19 février 1894, fut rejetée).[1963] Toutefois, la plupart des parlementaires étaient opposés à ce dessein, de même que Trarieux, le garde des Sceaux, qui estima que si cette égalité était proclamée, *il n'y aurait plus entre l'union libre et le mariage que l'épaisseur d'un parchemin*.[1964] La proposition émise par Naquet le 28 novembre 1893, et qui ne convainquit pas la majorité des parlementaires, se rapprochait encore davantage de la législation révolutionnaire, ce qui amena ce commentaire : *C'était mettre,* […] *l'union libre sur le même rang que le mariage*.[1965] Ce fut la proposition de 1888 qui aboutit, après avoir été profondément modifiée, à la loi du 25 mars 1896. Cette loi consacra la solution jurisprudentielle faisant des enfants naturels, dont la filiation était légalement prouvée, des héritiers réservataires. Ils bénéficiaient de la saisine. Leur vocation successorale se limitait à leur père et mère, à l'exclusion des autres ascendants et des collatéraux. Le *droit héréditaire* des enfants naturels reconnus fut augmenté.[1966] L'article 908 fut modifié, l'incapacité pour les enfants naturels de recevoir par legs disparut,[1967] mais l'incapacité de recevoir par donation entre vifs, au delà de leur part successorale, fut

---

[1962] AUBRY et RAU, *op. cit.*, Page 152. *En établissant, quant au droit de succession, des différences profondes entre les enfants naturels et les enfants légitimes, le législateur a rendu hommage aux bonnes mœurs, qui ne permettent pas de placer, sur la même ligne, les enfants issus du mariage et ceux qui sont le fruit du concubinage*.

[1963] AYRENX Jacques d', *La condition juridique de la famille illégitime dans le droit intermédiaire*, Thèse droit, Toulouse, 1908, Pages 229 à 231.

[1964]Cité par HALPERIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, Pages 233-234.

[1965] AYRENX Jacques d', *op. cit.*, Page 234. Il exposa que *la proposition de M. Naquet tendait à attribuer à la paternité et à la maternité naturelles des effets légaux analogues à ceux de la filiation légitime, aussi, conformément au texte et à l'esprit du décret de brumaire, accordait-il à l'enfant né hors mariage des droits héréditaires identiques à ceux de l'enfant légitime non seulement dans la succession du père ou de la mère, mais encore dans la succession de tous les parents de ces derniers, ascendants ou collatéraux. Ceux-ci, par une juste application du principe de réciprocité successorale, succédaient au bâtard mort sans postérité au cas de prédécès des père ou mère (Comp. art. 9, al. 2, déc. 12 brumaire an II). C'était là une conséquence logique de l'entrée de l'enfant naturel dans la famille légitime.*

[1966] Ils recevaient la moitié de la part qu'ils auraient eue s'ils eussent été légitimes (au lieu du tiers) en présence de descendants légitimes ; les trois quarts (au lieu de la moitié) en présence des ascendants, ou des frères et sœurs légitimes du *de cujus*, ou des descendants de ceux-ci ; la totalité de la succession (au lieu des trois quarts) en présence d'autres collatéraux.

[1967] Une restriction subsista : s'ils étaient en concours avec des héritiers légitimes, ils ne pouvaient pas recevoir plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant.

maintenue. Les enfants adultérins ou incestueux étaient exclus du bénéfice de la loi, qui ne leur accorda que des aliments. Si l'héritage de la Révolution française eut sa part dans l'évolution législative, on peut tout de même noter que la nouvelle loi était plus restrictive que la loi du 12 brumaire an II. Elle constitua néanmoins une réelle avancée législative. En outre, cette loi ne paraît pas avoir dissuadé les pères de reconnaître leurs enfants naturels.[1968]

Si, d'un côté, la réforme du droit des successions par la loi de 1896 venait d'être opérée, de l'autre, les moyens de preuve de la paternité étaient encore discutés. Pour Ambroise Colin, les liens du sang créaient une parenté charnelle, mais seule la reconnaissance volontaire consacrant cette parenté établissait le lien de filiation qui permettait à l'enfant d'accéder aux droits de famille. Donc l'établissement judiciaire de la filiation devait uniquement servir, pour l'enfant, à obtenir des subsides. Ambroise Colin était conscient de l'obstacle posé par l'article 340 du Code civil, toutefois, il ne réclamait pas une intervention du législateur, estimant qu'une construction jurisprudentielle suffirait à établir le lien de filiation.[1969]

L'exemption de toute responsabilité offerte aux géniteurs par la législation continuait à être décriée. Le problème fut une nouvelle fois soulevé dans une thèse consacrée, au tout début du XXe siècle, à la recherche de la paternité où l'auteur montrait que cette impunité profitait à des hommes de diverses catégories de la population : d'une part, l'impunité de l'ouvrier vivant en concubinage, qui pouvait *sans aucun risque contracter sous la garantie d'un honneur douteux et d'un amour fragile, toutes les obligations envers celle qu'il a choisie pour compagne, et fuir lâchement aux premiers symptômes de lassitude, à l'approche des premiers devoirs ;* et d'autre part l'impunité des *séducteurs de toutes classes*,[1970] dont la culpabilité avait déjà été dénoncée par le jurisconsulte Laurent dans ses *Principes de droit civil* (publiés de 1869 à 1878) lorsqu'il écrivit que *le nouveau* [droit] *donne un brevet d'impunité* [...] *à la canaille en gants blancs*.[1971] Ainsi, la multiplication du nombre d'enfants naturels et la proportion *dérisoire* de ceux reconnus par leurs pères, que l'auteur estimait à un

---

[1968] CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, Page 1046.
[1969] COLIN Ambroise, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, Pages 261-262 et 290 à 297.
[1970] BLOQUEL Henri, *Étude sur la recherche de la paternité dans l'ancien droit français et dans le Code civil*, Thèse droit, Paris, Jouve et Boyer, 1900, Pages 72-73.
[1971] LAURENT, cité par BLOQUEL Henri, *op. cit.*, Page 73.

dixième du total des enfants naturels, étaient imputés en premier lieu à l'article 340.[1972] Il faut nuancer cette affirmation, car ce chiffre semble sous-évalué.[1973] De plus, l'auteur de cette thèse constatait à propos des filles-mères qui devaient assumer seules la charge de leur maternité, que la majorité d'entre elles appartenaient à *la classe laborieuse*.[1974] La situation économique misérable de ces filles-mères était peu propice à l'arrivée d'un enfant.[1975] De là résultait une très forte mortinatalité et mortalité des enfants de ces filles délaissées, et également, une hausse du nombre d'infanticides, et une *extension* de l'avortement.[1976]

En 1902, le juriste Abel Pouzol fit part de ses vues réformatrices dans un ouvrage intitulé : *La recherche de la paternité : étude critique de sociologie et de législation comparée.*[1977] Comme il l'indiquait, sa théorie contrastait avec celle d'Accolas car il ne sollicitait nullement pour l'enfant naturel *une assimilation complète* avec l'enfant légitime.[1978] Il dénonçait, lui aussi, la législation *inhumaine et injuste* que constituait l'article 340, et montrait qu'une grande partie de la presse et de l'opinion publique ne la soutenait pas.[1979] A cet égard, il citait notamment le courriériste Louis de Grammont qui voulait élargir le principe

---

[1972] BLOQUEL Henri, *op. cit.*, Pages 73-74.

[1973] CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, Page 1046. Selon les statistiques données par Carbonnier, vers 1850, le taux de reconnaissance paternelle était de 35% des enfants illégitimes ; vers 1900, il était de 47% ; et au cours du XXe siècle, il fut en hausse.

[1974] BLOQUEL Henri, *op. cit.*, Page 76.

[1975] Sur ce point, *cf.* SIMON Jules, *L'ouvrière*, 1861, cité par BLOQUEL Henri, *op. cit.*, Pages 76 à 78. Jules Simon décrivait notamment la situation de filles enceintes délaissées en ces termes : *Les plus honnêtes et les plus heureuses échappent à la pire des corruptions en prenant un amant dans leur classe. Elles trouvent rarement un mari. Si ces pauvres filles isolées, qu'il est si facile de séduire à la première affection qui s'offre, tombent sur un mauvais sujet, elles ne tardent pas à être abandonnées. L'ouvrier qui n'aime plus sa maîtresse, qui la voit malade, sur le point d'accoucher, et qui craint d'avoir à la nourrir, elle et son enfant, s'enfuit lâchement, cherche de nouvelles amours. Que deviendra cette malheureuse qui vivait à peine quand elle n'avait qu'à penser à elle seule ? Où ira-t-elle avec son honneur perdu, sa santé détruite ?*

[1976] BLOQUEL Henri, *op. cit.*, Pages 78 à 80. A propos des infanticides, l'auteur citait un rapport présenté, en 1880, par le garde des sceaux, sur l'administration de la justice criminelle en France de 1826 à 1880 qui mentionnait un nombre d'infanticides qui avait doublé en cinquante ans, et que la majorité des victimes étaient des enfants naturels.

[1977] Son ouvrage contribua à la polémique relative à la réforme.

[1978] POUZOL Abel, *op. cit.*, Page 239.

[1979] *Idem*, Pages 193 à 213. Il relatait une affaire jugée (sous la présidence du juge Magnaud), le 23 novembre 1898, par le tribunal de Château-Thierry, qui avait eu un fort retentissement dans la presse. En l'espèce Eulalie M. fut séduite par un jeune homme, un enfant naquit de cette union qui dura six années, et Léon S. finit par les abandonner tout deux. La fille-mère entreprit une action en dommages-intérêts contre son séducteur et en paiement d'une rente. Elle obtint gain de cause : S. fut condamné à lui verser une rente annuelle de 365 francs, et la rente fut déclarée réversible, en cas de décès de la mère, sur la tête de l'enfant, à qui elle devait être payée jusqu'à sa majorité ; et S. fut, en outre, condamné à payer une somme de 5000 francs à la demanderesse.

de la présomption de paternité à l'union hors mariage, ce qui donnait : *Is pater est quem concubinatus demonstrat*, ainsi si la paternité n'était pas prouvable, elle devenait *présumable*.[1980] Pouzol réfutait les arguments des partisans du principe de la prohibition de la recherche de paternité. Et à propos de celui présenté comme le plus décisif d'entre eux, l'impossibilité de la preuve, il soulevait les contradictions de la loi. En outre, il suggérait que de rendre la présomption de paternité applicable au concubinage, *non pas à titre de présomption légale* […], *mais à titre de présomption simple et subordonnée à la prudente appréciation du juge*. Il ajoutait : *s'il y a preuve dans le mariage il peut y avoir preuve en dehors du mariage*.[1981] D'ailleurs, la *prétendue* impossibilité de la preuve fut infirmée par quelques jurisconsultes.[1982] Il s'arrêtait sur les divers modes de preuve qui devaient être admissibles,[1983] tels, la preuve par la possession d'état (résultant du nom porté par l'enfant, des soins donnés à l'enfant, et du fait de traiter publiquement l'enfant comme le sien), l'aveu du père (résultant de lettres ou d'autres écrits privés), la séduction caractérisée par des manœuvres dolosives sur une fille mineure, et la présomption tirée du fait du concubinage. Pour finir, il dévoilait son propre projet de réforme législative, dans lequel il reprenait ces éléments.[1984] Dans sa préface à l'ouvrage de Pouzol, le sénateur Bérenger persévéra dans la dénonciation des méfaits de la loi.[1985]

[1980] *Id.*, Pages 206 à 208.
[1981] *Id.*, Page 262.
[1982] *Id.*, Pages 268-269. Pour appuyer son propos, il citait Delvincourt, qui, quelques années après l'élaboration du Code civil, affirma, dans son *Cours de Code civil* : *L'on parle de l'impossibilité de prouver la paternité. Mais d'abord n'y a-t-il pas la possession d'état, qui, de l'aveu des rédacteurs du Code, est la preuve la plus forte et la plus solennelle lorsqu'elle réunit le « nomen, tractatus et fama » ? En outre, quel inconvénient y aurait-il donc à se conformer, sur ce point, à la marche adoptée par les anciens tribunaux ? Ils faisaient résulter la preuve de la paternité de celle du concubinage. Ce n'était qu'une présomption, dira-t-on ; cela est vrai ; mais la légitimité des enfants conçus dans le mariage est-elle fondée sur autre chose que sur une présomption, et même qui, dans plusieurs circonstances, approche bien moins de la vérité.*
[1983] *Id.*, Page 271.
[1984] *Cf. id.*, Pages 547 à 550.
[1985] Préface dans *id.*, Pages II-III. *Des relations libres*, écrivit Béranger, *ont donné le jour à un enfant ; la conscience et la morale, c'est-à-dire le Droit naturel, n'hésitent pas sur les devoirs qui incombent aux auteurs de sa naissance. La faute a été commune ; l'un et l'autre doivent en subir également les conséquences. Le mariage devra les unir pour l'accomplissement de leurs devoirs. Tout au moins, devront-ils reconnaître le fruit de leur union passagère et supporter également le fardeau de son entretien et de son éducation. Quant à la loi, elle distingue : L'homme n'a qu'à le vouloir pour échapper aux règles ordinaires de la responsabilité. Eût-il longtemps et publiquement reconnu sa paternité, à moins qu'il ne l'ai fait par acte en due forme, il suffit qu'il la nie ou simplement qu'il se taise. Sauf le cas d'enlèvement concomitant avec l'époque de la conception, personne, ni la mère ni l'enfant lui-même, ne peut le troubler* […]. *Quant à la femme, perdue le plus souvent pour toujours, pour sa part, généralement bien moindre, dans la même faute,* […] *elle est vouée pour la vie à la honte, à*

Ce fut une proposition de Rivet et Béranger, déposée en 1905, et analogue à celle émise par Rivet en 1900, qui aboutit à la loi du 6 novembre 1912.[1986] L'idée de permettre la recherche de la paternité tout en limitant ses effets à une simple obligation alimentaire fit l'objet d'une proposition de loi, le 2 juillet 1905, à l'initiative de parlementaires socialistes, en particulier le député Marcel Sembat.[1987] Cette manière d'envisager la question ne fut jamais discutée en séance publique.

Diverses lois relatives au statut des enfants naturels[1988] se succédèrent. Par la loi du 2 juillet 1907, fut consacrée l'existence d'une puissance paternelle sur les enfants naturels. L'exercice de la puissance paternelle était confié à celui de ses deux parents qui avait reconnu l'enfant en premier ou au père seul en cas de simultanéité. Des dispositions semblables à celles qui s'appliquaient aux parents légitimes furent prévues, et quelques spécificités (l'administration des biens fut organisé en prenant pour modèle la tutelle). La loi du 30 décembre 1915 permit la légitimation *post nuptias* de l'enfant naturel simple, de manière à obvier au défaut de reconnaissance antérieure ou concomitante au mariage. Et elle modifia la loi du 7 novembre 1907, de façon à élargir l'accès à la légitimité, en autorisant la légitimation de l'enfant adultérin *a patre* conçus ou nés pendant le mariage, en l'absence de descendants

---

l'isolement et à la misère […]. *Et l'enfant, victime innocente de la faute d'autrui ! On frémit à la pensée du sort qui l'attend.* […].

[1986] *Infra* § 2.

[1987] REGARD de VILLENEUVE J. de, *La crise du mariage et le problème juridique de l'union libre*, Thèse, Faculté de droit de Lyon, 1910, Pages 163-164. Joseph de Regard de Villeneuve relevait que ce projet autorisait l'action en recherche de paternité, *même en l'absence de preuve écrite, s'il y a des présomptions graves, précises et concordantes. La possession d'état, par exemple, fait preuve par elle seule jusqu'à preuve contraire.* Le paiement de la pension alimentaire, unique obligation qui découlait de la constatation judiciaire de la paternité, devait s'effectuer jusqu'à la majorité de l'enfant. La mère naturelle pouvait réclamer pour elle-même *des dommages et intérêts proportionnés au tort moral et matériel qu'elle a subi*. Il signalait aussi que l'action en recherche était permise même dans l'hypothèse *où elle aboutirait à la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse*. Et, il indiquait que *le projet Sembat consacre en quelque sorte la jurisprudence actuelle sur la question de la séduction.*

[1988] MAKSUD Monique et NIZARD Alfred, « Enfants trouvés, reconnus, légitimés. Les statistiques de la filiation en France, aux XIXe et XXe siècles », dans *Population*, Volume 32, N° 6, 1977, Page 1161. Il est indiqué dans cette étude que la part des naissances illégitimes dans l'ensemble des naissances atteignit presque 9% entre 1890 et 1914.

légitimes. Et la loi du 25 avril 1924 rendit possible la légitimation *post nuptias* des enfants adultérins légitimables.[1989]

Tandis que la condition juridique des enfants naturels connaissait des avancées significatives, le traitement des couples irréguliers faisait l'objet d'approches novatrices.

§ 2 : La promotion de l'union libre

L'appréhension des couples non mariés, parfois qualifiés de *faux ménages*, évolua sous l'effet de conceptions idéologiques nouvelles, qui elles-mêmes entrainèrent des réactions conservatrices. Parallèlement, des avancées législatives relatives aux effets juridiques du concubinage virent le jour.

Il faut souligner que dès le début du XIXe siècle, le mariage avait fait l'objet d'une remise en cause dans la philosophie, et la littérature. En 1808, Fourier, dans sa *Théorie des quatre mouvements*, décrivait le mariage comme une institution néfaste au bonheur de l'homme et de la femme, et dénonçait l'*avilissement* de la femme.[1990] Il rejetait l'opinion selon laquelle *le mariage exclusif et permanent étant voulu par Dieu, ordonné dans ses commandements, on ne doit pas spéculer sur d'autres liens en amour et en état domestique.* […] *Plus d'une fois,* disait-il, *Dieu a modifié les coutumes relatives aux plaisirs réservés à l'amour et aux relations sociales.*[1991] Parmi les réformes dans les domaines de la famille et des relations entre les sexes auxquelles il appelait dans sa *Théorie*, il prévoyait plusieurs formes de ce qu'il nommait *corporations amoureuses* parmi lesquelles on trouve un type d'union libre révocable unilatéralement (où les *damoiselles* […] *peuvent changer de possesseur*, à condition de n'en avoir *qu'un seul à la fois*, et où *la séparation s'opère avec régularité*). Il pensait que le mariage n'était pas adapté à la jeunesse et envisageait de ne se marier *que fort*

[1989] *Cf.* LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, Pages 383 et 391 ; HALPERIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, Pages 224 et 226-227.

[1990] FOURIER, cité par DEVANCE Louis, *La question de la famille (origines, évolution, devenir) dans la pensée socialiste en France de Fourier à Proudhon*, Thèse histoire, Dijon, 1973, Pages 13-14.

[1991] FOURIER, *Théorie des quatre mouvements*, cité par WERCKMEISTER Jean, « Le mariage et la famille : évolution des idées et des comportements en France », dans *Revue de droit canonique*, Volume 24, N° 4, 1974, Pages 298-299.

tard, dans l'âge du calme des passions.[1992] Par la suite, Fourier, dans sa *Théorie de l'unité universelle* (publiée en 1822 sous le titre initial de *Traité de l'association domestique agricole*), désapprouvait les modalités du mariage.[1993] Il estimait que *l'ordre actuel des amours et des familles est ce qu'il y a de plus opposé à la vérité, à la concorde, au bonheur domestique ou privé, et il serait impossible d'inventer un régime plus illusoire en garanties de bonheur*.[1994] Son idéologie de la liberté en amour restait présente dans *Le Nouveau Monde industriel* (paru en 1829).[1995] Cette philosophie fouriériste peut être perçue comme un signe précurseur d'une grande latitude dans les relations amoureuses.[1996]

Parmi les auteurs littéraires, on peut citer Balzac, qui, dans sa *Physiologie du mariage* (paru en 1829), sollicitait le rétablissement du divorce et une rénovation profonde du mariage en adéquation avec *les principes éternels de raison et de justice développés par la grande révolution de 1789*.[1997] George Sand (qui vécut d'ailleurs en union libre)[1998] fournit une critique acerbe de l'institution matrimoniale, à travers ses romans publiés de 1832 à 1834. Par exemple, dans *Jacques*, la romancière faisait dire au personnage principal : *le mariage est toujours, selon moi, une des plus barbares institutions qu'elle* [la société] *ait ébauchées. Je ne doute pas qu'il ne soit aboli si l'espèce humaine fait quelques progrès vers la justice et la raison* […].[1999] Elle était, à cette époque, influencée par le Saint-simonisme ; par la suite, elle cessa de fustiger le mariage (sous l'ascendant de la doctrine de Leroux).[2000]

Pour revenir à l'idéologie politique, on relève que dans un ouvrage intitulé *La justice dans la Révolution et dans l'Église* (publié en 1858), Proudhon, qui tenait particulièrement à l'institution matrimoniale (à laquelle il avait appliqué ses conceptions), avait suggéré un

---

[1992] FOURIER, cité par DEVANCE Louis, *op. cit.*, Page 20.
[1993] DEVANCE Louis, *op. cit.*, Pages 23-24.
[1994] FOURIER, *Théorie de l'unité universelle*, cité par WERCKMEISTER Jean, *ibidem*.
[1995] DEVANCE Louis, *op. cit.*, Pages 31-32.
[1996] *Idem*, Page 36. Louis Devance analyse que *peut-être Fourier n'était-il qu'en avance d'un siècle et demi et* [que] *ce qu'il proposait pourrait-il être mieux compris, voire suivi, à un stade plus avancé de la Société industrielle. Ce qui se vérifie, partiellement, de nos jours, dans l'évolution des mœurs des pays les plus anciennement industrialisés où la consommation des biens matériels a atteint le plus haut niveau et où les modèles traditionnels de la famille et du mariage sont le plus en crise ou remis le plus en question.*
[1997] BALZAC Honoré de, *Physiologie du mariage*, Paris, Gallimard, 1971, Première partie, Méditation IX.
[1998]AVIGDOR Pierre, *Examen critique des tendances modernes dans le mariage et vers l'union libre*, Thèse droit, Paris, 1909, Pages 245-246.
[1999] SAND George, *Jacques*, Paris, Michel Lévy frères, 1853, Première partie, Lettre VI.
[2000] DEVANCE Louis, *op. cit.*, Page 433.

concubinage institutionnalisé.[2001] Compte tenu de l'indissolubilité du mariage à laquelle il tenait, il estimait que le concubinage devait être accepté ; il ne le jugeait pas immoral. Il définissait le concubinage (qu'il nommait concubinat) comme *une conjonction naturelle contractée librement par deux individus sans intervention de la société et sous réserve de séparation ad libitum*. Toutefois, il voyait dans le concubinage *la marque d'une conscience faible*, et il approuvait la législation qui ne lui accordait pas les droits inhérents au mariage. Il comptait réglementer le concubinage en l'assortissant d'obligations visant principalement à protéger la femme et les enfants. L'enfant né d'une telle union portait, de droit, le nom de son père suivant la maxime : *Is pater est quem concubinatus demonstrat*. Ce dernier était tenu de prendre en charge l'alimentation et l'éducation de l'enfant. La concubine abandonnée bénéficiait d'une indemnité (sauf dans l'hypothèse où elle fondait, en premier, un couple avec un tiers). Cette réglementation lui paraissait essentielle puisque *la vertu est d'une pratique difficile, sans parler de ceux à qui le mariage est inaccessible.*[2002] Proudhon concédait donc une existence légale au concubinage en tant qu'union de rang inférieure au mariage.

La Commune promulgua une législation innovante en la matière, l'existence juridique de la famille naturelle fut admise. En effet, elle prit un décret, le 10 avril 1871, dans lequel il fut alloué une pension aux femmes des gardes nationaux parisiens décédés, sans l'assujettir au fait d'avoir été mariées à ces hommes ; et il fut également prévu le versement d'une pension aux enfants de ces *citoyens morts pour la défense des droits du peuple*, sans distinguer les enfants légitimes des enfants naturels qu'ils eussent été reconnus ou pas.[2003] Ainsi, dans le cadre de cette mesure, la famille naturelle était traitée sur un pied d'égalité avec la famille légitime. Cette législation n'est pas sans rappeler la période révolutionnaire et en particulier le décret du 13-16 prairial an II (quoique celui-ci était plus restrictif puisqu'il ne s'appliquait pas aux concubines sans enfants, ni aux enfants naturels non reconnus). Cependant, cette initiative n'était qu'une parenthèse, et une fois la Commune vaincue, les législateurs revinrent à des conceptions moins progressistes, ils n'étaient pas encore prêts à attribuer des effets au

---

[2001] Expression employée par DEVANCE Louis, *op. cit.*, Page 321.
[2002] PROUDHON, cité par AVIGDOR Pierre, Pages 246-247 et par DEVANCE Louis, *op. cit.*, Pages 321-322.
[2003] L'article 1er prescrivait : *Une pension de 600 fr. accordée à la femme du garde national tué pour la défense des droits du peuple, après enquête qui établira ses droits et ses besoins.* Et l'article 2 disposait : *Chacun des enfants, reconnus ou non, recevra, jusqu'à l'âge de dix-huit ans, une pension annuelle de trois cent soixante-cinq francs payable par douzièmes.* Dans *Journal officiel de la République Française sous la Commune du 19 mars au 24 mai 1871* (*réimpression*), Paris, V. Bunel, 1871, Page 223.

concubinage. C'est ce que l'on constate encore, plusieurs dizaines d'années plus tard avec la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail (modifiée par la loi du 31 mars 1905). En cas de décès dû à un accident du travail, elle attribuait, à l'article 3, une rente aux enfants naturels reconnus avant l'accident ; par contre les femmes non mariées ne figuraient pas au nombre des personnes pouvant invoquer le bénéfice de la loi, elles continuaient à être exclues de tout droit à indemnité.[2004]

Ce fut la jurisprudence, qui, en l'absence de législation relative à la condition juridique du couple illégitime, apporta quelques solutions aux litiges entre les concubins. Ceux-ci ne bénéficiaient d'aucun droit, et n'avaient aucun devoir l'un vis-à-vis de l'autre. En effet, l'union hors mariage ne recouvrant qu'un simple état de fait, aucune obligation inhérente au mariage n'en était le corollaire. Elle n'impliquait pas d'obligation mutuelle de fidélité, de secours et d'assistance, ni de devoir de protection du concubin envers sa compagne, ni de devoir d'obéissance de la concubine envers son compagnon, ni d'obligation de résidence commune ; et la concubine ne souffrait pas de l'incapacité de la femme mariée. Cependant, à la fin du XIXe siècle, dans les cas de rupture unilatérale du concubinage, en l'absence de séduction à l'origine de l'union, les tribunaux concédèrent, en fonction des conjonctures, qu'une obligation de conscience pouvait s'imposer au concubin d'assurer l'avenir de celle qu'il délaissait ; il s'agissait d'une obligation naturelle de réparation.[2005] Si l'obligation naturelle était admise, elle novait en obligation civile, qui incombait au concubin qui avait provoqué la rupture de l'union ; celui-ci pouvait être obligé à verser une compensation financière à son ancienne concubine.[2006] La communauté de vie et d'intérêts pécuniaires ne pouvait pas être réglée dans une convention telle que le contrat de mariage, et le régime légal de communauté entre époux n'était pas applicable aux concubins. D'où les difficultés en cas de séparation ou de décès de l'un d'entre eux. Ce fut en se fondant, dans la seconde partie du XIXe siècle, sur la théorie de la société créée de fait (d'après cette théorie, ceux qui s'étaient comportés en associés sans en avoir exprimé la volonté, étaient des associés de fait) que la jurisprudence permit d'opérer la

---

[2004] *Cf.* BEUCHER Jean, *La notion actuelle du concubinage : ses effets à l'égard des tiers*, Thèse droit, Paris, 1932, Pages 82-83.

[2005] PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Tome II : *La famille*, Collab. : ROUAST André, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1926, Pages 60-61.

[2006] Pour une étude détaillée de la jurisprudence, *cf.* BOYER Laurent, « Concubinages et concubinats du code d'Hammurabi à la fin du XIXème siècle », dans RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique*, Tome I, Paris, Éditions du CNRS, 1986, Pages 159-160.

liquidation des intérêts pécuniaires communs du couple irrégulier. Les concubins n'étaient pas soumis à l'interdiction des sociétés entre époux, mais dans les faits, ils ne fondaient pas de société : l'un des membres du couple possédait un fonds de commercial ou industriel, l'autre membre n'était qu'un collaborateur. Les juges accordèrent à la société de fait entre concubins la qualification de société universelle de tous gains ; et ils admirent, faute d'écrit, la preuve par témoins ou par présomption sous condition de l'existence d'un commencement de preuve par écrit. Il en résultait que les biens acquis en commun tombaient dans l'actif de la société et devaient être partagés.[2007]

Les opinions contestataires vis-à-vis du mariage tel qu'il était alors établi, s'accentuèrent à partir de la deuxième moitié du XIXe siècle. Déjà, en 1854, le journaliste Émile de Girardin, dans un ouvrage intitulé *La liberté dans le mariage par l'égalité des enfants devant la mère*, attaquait *le régime de la paternité* : il proposait que tous les enfants fussent égaux devant la mère ; qu'ils en portassent le nom et héritassent de ses biens. La conséquence de ce principe, *incontestablement juste*, selon son précepteur, était *la liberté dans le mariage*.[2008] Et cela entrainait la suppression du mariage civil : il comptait *rayer la célébration du mariage du nombre des actes dans lesquels l'État s'est arrogé le droit d'intervenir.*[2009] Dans le système matriarcal échafaudé par Girardin, *il y aura des unions contractées devant le notaire et sanctifiées par le prêtre, et des unions contractées devant le notaire seulement* ; l'institution du *douaire universel et inaliénable* sera mis en place ; et la fortune de l'homme passera à ses enfants s'il leur donnait avant sa mort, car *la paternité n'est et ne saurait jamais être qu'*[…] *un acte émanant de la libre volonté.* La réforme qu'il envisageait était donc radicale, il ne se contentait pas de revendiquer, comme certains de ses contemporains, le rétablissement du divorce ou le droit de la recherche de la paternité qu'il qualifiait de *complications*.[2010] Dans *Le mariage, son passé, son présent, son avenir* (publié

[2007] Pour une étude détaillée de la jurisprudence, *cf.* FUZIER-HERMAN Ed., *Répertoire général alphabétique du Droit Français*, Tome treizième, Paris, Larose, 1895, Page 57 ; BOYER Laurent, *op. cit.*, Pages 157-158.
[2008] GIRARDIN de Émile, *La liberté dans le mariage*, dans *Questions philosophiques, Questions de mon temps, 1852 à 1857*, Paris, Michel Lévy frères, 1868, Pages 386 à 388.
[2009] *Idem*, Page 389. Il ajoutait à ce propos : *La célébration du mariage n'aurait jamais dû cesser d'être un acte purement et exclusivement religieux. Le mariage est un acte de foi, non de la loi. C'est à la foi qu'il appartient de le régir ; ce n'est pas à la loi de le régler. Dès que la loi intervient, elle intervient sans droit, sans nécessité, sans utilité. Pour un abus qu'elle a la prétention d'écarter, elle en fait naître d'innombrables qui sont pires, et dont, ensuite, la société souffre gravement sans se rendre compte de la cause qui les a produits.*
[2010] *Id.*, Pages 399 et 413 à 427.

en 1880), Acollas avait une définition plutôt singulière du mariage pour un juriste, dans laquelle il mettait l'amour à l'honneur : *le mariage est une association d'amour entre deux êtres, l'homme et la femme, libres et égaux l'un pour l'autre, d'après leur esprit comme d'après leur cœur.* Il réfutait la conception du mariage dans laquelle la finalité était la procréation, et s'insurgeait contre l'idée du devoir conjugal qu'il qualifiait de *droit au viol entre époux*. Dans sa théorie du mariage libre, la liberté et l'égalité gouvernaient : *tout ce qui tend à restreindre dans une mesure quelconque l'activité de l'un des époux vis-à-vis de l'autre est contraire à la loi du mariage*. Ce qui induisait que *d'une part,* écrivait-il, *chacun des époux doit être absolument maître de lui-même quant à sa personne* ; [que] *d'autre part, chacun des époux doit être absolument maître de lui-même quant à ses biens*. Selon Acollas, *la société n'a aucun droit propre dans la matière du mariage, non plus que dans aucune autre* puisque *le rôle de la société ne peut consister qu'à garantir et à sanctionner le droit de l'individu, et, pour chacun des époux, ce droit, c'est de rester maître de lui-même.*[2011] L'institution matrimoniale telle qu'il la concevait apparaît proche de l'union libre ; et au vu des idéologies développées ultérieurement sur le sujet, ce juriste était un précurseur. Une nouvelle approche du lien conjugal était initiée.[2012] L'amour devenait une justification primordiale du mariage.[2013] La référence à l'amour devint omniprésente, à cet égard la teneur de propos tenus par Émile Zola est démonstrative : *Je suis pour le couple*, disait-il, *dont l'amour rend l'union indissoluble. Je suis pour que l'homme et la femme, qui se sont aimés et qui ont enfanté, s'aiment toujours jusqu'à la mort : c'est la vérité, la beauté, et c'est le bonheur !*[2014] On constate ici que l'union libre n'excluait pas forcément un idéal d'indissolubilité de l'union. Vu sous cet angle, le mariage tendait à se rapprocher de l'union libre.

A la fin du XIXe siècle, des anarchistes véhiculèrent leurs théories libertaires sur le couple ; ils refusaient le mariage bourgeois. Parmi eux, on peut mentionner Charles Albert, auteur de *L'amour libre*, qui refusait de se contenter de l'union libre, trop semblable au

---

[2011] ACOLLAS, cité par AVIGDOR Pierre, *op. cit.*, Pages 248 à 252.

[2012] *Cf.* POUMARÈDE Jacques, « De la sécularisation au déclin contemporain », dans BONTEMS Claude (dir.), *Mariage- Mariages*, Actes du colloque international de l'AFAD, Paris, PUF, 2001, Pages 68-69.

[2013] Sur cette idée, *cf.* CHAUMIER Serge, *La déliaison amoureuse, De la fusion romantique au désir d'indépendance*, Paris, Payot, 2004, Pages 155 à 159.

[2014] ZOLA Émile, « Réponse à l'enquête de la *Revue des Revues* de 1900 », cité par PEYTEL Adrien, *L'union libre devant la loi*, Thèse droit, Paris, 1905,

mariage, et aspirait à l'*amour libre*.[2015] Cette distinction fut, quelques années plus tard, aussi soulevée par Alfred Naquet. *Vers l'union libre*, tel fut le titre plutôt provocateur choisi pour l'ouvrage qu'il publia en 1905.[2016] Il critiquait le mariage tel qu'il était alors conçu, ce mariage *établi pour les classes possédantes*, cette *institution de classe*, qui n'était d'aucune utilité pour le prolétariat.[2017] En termes d'organisation sociétale, Naquet montrait une inclination particulière pour le familistère de Guise, où *nul ne s'inquiétait de savoir si les divers couples étaient ou non régulièrement mariés*, et qui constituait pour lui un modèle auquel il prédisait un grand avenir.[2018] Dans la société nouvelle telle qu'il l'envisageait, les enfants prenaient le nom de leur mère (cette idée était similaire à celle émise précédemment par Émile de Girardin), ce qui n'excluait pas la subsistance de la famille naturelle, ceci relevant d'un libre choix du père et de la mère. *Ce sera affaire d'espèces*, expliquait-il, *à laquelle la santé morale des individus et du corps social cessera d'être intéressée.* Il énonçait que *l'organisation communiste* [...] *met en liberté l'amour sans que la moralité générale en soit diminuée*. Selon sa théorie, il incombait à la société de prendre en charge les frais d'entretien et d'éducation des enfants. Il suggérait de passer d'une famille fondé sur le couple à une famille élargie formée par de grandes collectivités. *Arrivés là*, disait-il, *les hommes n'auront plus besoin : ni de faire intervenir la société dans les unions des sexes, même à titre de simple enregistrement, ni d'exercer la moindre pression morale sur les individus.* […]. *C'est vers cet idéal que nous marchons. Nous allons vers l'union libre* […]. Naquet reprochait à ses *adversaires* de nier *que l'union libre soit capable d'engendrer la moralité des rapports sexuels.*[2019] Il définissait l'union libre comme *l'abandon de toute immixtion de la société dans l'association de l'homme et de la femme* ; et affirmait que dans cette acception, elle ne présentait pas de dangers. *Nul n'est obligé de se marier. L'union libre n'est pas un délit, et même, hélas !* faisait-il remarquer, *tant que la recherche de la paternité n'est pas établie, il est parfaitement licite à un homme de prendre femme, de lui faire des enfants et de l'abandonner ensuite sans plus s'occuper ni d'elle ni de sa progéniture*. Alors que, selon lui, si le déshonneur pesait sur l'homme, on obtiendrait les mêmes garanties dans l'union libre que dans le mariage. Et cela réglerait la

---

[2015] ALBERT Charles, *L'amour libre*, Paris, Stock, 1899, cité par BOLOGNE Jean Claude, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Hachette Littératures, 2005, Page 391.
[2016] NAQUET Alfred, *Vers l'union libre*, Paris, F. Juven, 1908 (1ère édition : 1905).
Il avait précédemment déjà développé un point de vue similaire dans *Religion, propriété, famille*, publié en 1869.
[2017] *Idem*, Pages 17-18.
[2018] *Id.*, Pages 42.
[2019] *Id.*, Pages 48-49, 52-53 et 58.

situation des enfants naturels et adultérins actuellement sacrifiés *au minotaure du mariage et de la filiation légitime*.[2020] Naquet citait son ami, l'anarchiste Elisée Reclus, promoteur de l'union libre, qui n'avait vu dans le divorce qu'une consolidation du mariage, et absolument pas de liberté de l'amour.[2021] A cet égard, si Naquet n'affirmait pas que le divorce précipitait la marche vers l'union libre, il disait néanmoins *que le divorce de plus en plus étendu* […] *ne nous en achemine pas moins vers une liberté complète, à laquelle il nous rend aptes en nous créant une mentalité idoine à ce que sont appelés à devenir les rapports de sexes.* En attendant l'avènement de ces rapports libres, le divorce représentait un progrès sur le mariage indissoluble, et il défendait cette avancée, en promouvant un projet d'élargissement du divorce.[2022] *Nous réclamons*, écrivait-il, *comme minimum le divorce de 1792, ou le « mariage privé » que proposait Emile de Girardin il y a plus de quarante ans, et que propose actuellement M. Paul Abram.*[2023] A ce propos, il indiquait que Paul Abram, dans son ouvrage,[2024] voulait *aussi un mariage et un divorce réduits à un simple acte privé devant notaire ou devant un officier d'état civil* ; toutefois, Naquet relevait que cet auteur ne promouvait pas l'union libre, bien au contraire.[2025] Naquet estimait que dans la société individualiste, *l'union libre* […] *ne peut être qu'une nouvelle forme de mariage... la plus simplifiée de toutes... un mariage débarrassé de toutes formalités administratives, mais un mariage quand même* ; alors que *l'amour libre* qui ne pouvait régner que dans *une société pleinement communiste* (dans laquelle il y aurait une *socialisation des charges de famille*)

[2020] *Id.*, Pages 62-63.

[2021] *Id.*, Pages 64-65. Dans une lettre adressée à Naquet le 22 décembre 1898, Elisée Reclus écrivit : *Le mariage était devenu aux yeux des hommes intelligents une intolérable nuisance et vous avez taché de l'accommoder à la sauce du jour. On vous en a beaucoup félicité, mais le progrès accompli ne l'était qu'en ordre inverse ; vous n'avez fait autre chose que d'assurer au mal une plus grande durée.* Puis, il compléta son propos dans une autre lettre : *L'histoire m'apprend le contraire de ce qu'elle vous a enseigné. Jamais diligence à chevaux ne se fera locomotive ; jamais actes légaux de mariage ou de divorce ne se transformeront en amour libre.*

[2022] *Id.*, Pages 65 à 68.

[2023] *Id.*, Page 147.

[2024] ABRAM Paul, *L'évolution du mariage*, Paris, E. Sansot, 1908.

[2025] NAQUET Alfred, *op. cit.*, Pages 258 à 261. *Pourquoi donc*, se demandait Naquet, *M. Abram écrit-il les lignes ci-après ? « Supprimer notre mariage et le remplacer par l'union libre, sous prétexte qu'il n'est plus adéquat à nos tendances serait remédié au mal par un pire. L'union libre serait certainement plus éloignée de nos mœurs que notre contrat matrimonial. En outre elle aurait par le manque absolu de sa preuve des conséquences fort graves pour ceux-là mêmes qui la concluraient, pour les tiers et surtout pour les enfants. »* Il répondait que M. Abram *se tromperait grandement* en imaginant que l'union libre entend interdire toute espèce de stipulation entre les parties. *L'union libre,* affirmait Naquet, *sera analogue à toutes les unions.* De plus, *M. Abram*, disait Naquet, *redoute la clandestinité des unions*. A cela, il lui opposait que *si le mariage disparaît ; si chaque époux conserve la plénitude de sa capacité civile, si les tiers ne peuvent jamais être lésés, la clandestinité cesse d'être nuisible.* Et il ajoutait : *Chacun de nous a le droit imprescriptible d'afficher ou de cacher ses amours.*

constituait son ultime dessein.[2026] Il n'envisageait pas, pour l'heure, une loi abolissant le mariage ;[2027] il sollicitait plutôt *des mesures législatives propres à supprimer les obstacles que l'union libre rencontre dans nos lois*, parmi lesquelles on retrouve l'idée, déjà fréquemment évoquée, d'étendre la présomption de paternité aux unions hors mariage, et on relève celle d'instaurer *le mariage sous seing privé*, qui constituait une résurgence du concept d'Émile de Girardin.[2028]

Au nombre de ceux que Naquet évoquait fréquemment pour réfuter leurs théories conservatrices figurait l'un de ses virulents contradicteurs, le philosophe George Fonsegrive, qui avait publié, un an plus tôt, *Mariage et union libre*.[2029] Ardent défenseur de l'indissolubilité du mariage, il s'offusquait contre certaines revendications en faveur du divorce par demande unilatérale, et contre des aspirations relatives à la famille, telle que l'égalité entre les enfants nés hors mariage et les enfants légitimes. Il craignait que l'évolution menât les hommes *sous le nom d'union libre à de nouvelles formes de polygamie et finalement à la dissolution matrimoniale*.[2030] Il n'hésitait pas à prédire *la chute de la troisième République* causée par le divorce.[2031] L'assujettissement de l'union aux lois et à la raison était

---

[2026] *Idem*, Pages 63 à 65, 179-180, 239 et 252.
[2027] *Id.*, Pages 253 à 255.
[2028] *Ibidem.* Son projet était conçu de la manière qui suit : *1° Il faut établir une égalité absolue de droits pour tous les enfants, quelle qu'en soit la provenance. Je ne fais pas d'exception pour les enfants incestueux.* […] *2° Il faut admettre la recherche de la paternité et imposer la charge de l'enfant et de la femme au père, dans la limite de ses moyens, soit lorsqu'il y a pour ainsi dire possession d'état, c'est-à-dire lorsque les relations entre le père et la mère ont été de notoriété publique, soit lorsque des écrits sont de nature à établir la présomption de paternité. Je dis présomption, parce que, même dans le mariage légitime, le principe que l'enfant appartient au père ne repose que sur une présomption. Cette présomption serait étendue aux ménages librement constitués. Voilà tout. 3° Les conventions écrites entre les parties, notariées ou non mais régulièrement enregistrées, devraient être reconnues comme donnant des droits à la femme et à l'enfant au même titre qu'un mariage régulier.* […] *C'est ce que j'appellerais volontiers le mariage sous seing privé. 4° Il faudrait encore, aussi longtemps qu'existeront des pensions de retraites réversibles sur les femmes et les enfants, remanier les lois qui en règlent l'application. Ces retraites, en cas de divorce, devraient être réversibles sur les diverses femmes successives qui ont vécu avec le mari pendant les années où s'opéraient les retenues, et cela en proportion du temps qu'a duré leur union. En outre, la cohabitation libre prouvée par un acte de notoriété ou par un écrit, devrait conférer les mêmes droits.*
[2029] FONSEGRIVE George, *Mariage et union libre*, Paris, Plon-Nourrit, 1904.
[2030] *Idem*, Pages 1 à 6.
[2031] *Id.*, Pages 169-170. *Il a sa part*, affirmait-il, *dans l'abaissement générale de la moralité, et il n'a pas encore produit tous ses effets puisqu'il est destiné à devenir encore plus facile. Après le divorce par consentement mutuel, le jeu des intérêts individuels amènera fatalement le divorce par consentement d'un seul (il en déjà question), et le mariage sera alors si proche voisin de l'union libre que ce ne sera presque plus la peine de passer par la mairie.*

primordial pour Fonsegrive, d'où les propos particulièrement rudes et percutants qu'il tenait à l'encontre de l'union hors mariage. *Réduire le mariage*, écrivit-il, *au caprice des sens et proclamer la légitimité de l'union libre, c'est détruire la famille, c'est autoriser les plus graves désordres moraux, c'est ramener l'humanité à la promiscuité barbare, c'est aller au rebours de l'évolution que l'histoire du mariage nous montre s'être faite du multiple au simple, c'est rétrograder vers l'animalité.* […] *L'union libre réduit l'homme aux instincts et le ramène aux mœurs de la bête ; c'est donc en dehors d'elle, en dehors des irrationalités du divorce que se trouve l'union véritable du couple humain, la seule qui mérite le nom de mariage.*[2032]

En 1907, Léon Blum, alors auditeur au Conseil d'État, publia un essai intitulé *Du mariage*, dans lequel il avançait une thèse particulièrement audacieuse consistant en un éloge d'une sorte d'union libre des jeunes gens avant le mariage. Partant de ses observations sur le mariage tel qu'il était alors pratiqué, il aboutissait à la conclusion que *le mariage n'était pas une institution mauvaise, mais une institution mal réglée et dont on tire un mauvais parti, une institution* […] *généralisée à l'excès, convenable à certains cas, à certains moments de la vie, mais non pas à tous*.[2033] Il disait avoir dépassé son enthousiasme pour l'union libre, et ne la revendiquait pas comme alternative au mariage.[2034] Pour lui, l'homme et et la femme étaient naturellement polygames avant de devenir monogames ; et tandis que les *unions précaires et changeantes* concordaient avec l'état de polygamie, celui de monogamie n'avait pour forme conjugale que le mariage. Il envisageait que les jeunes femmes pussent librement, comme les hommes, avoir des relations pré-conjugales.[2035] *Il ne s'agit pas précisément de réformer le mariage,* précisait-il, *mais plutôt de le redresser, de le remettre à sa place naturelle, de le*

[2032] *Id.*, Pages 390 à 392.

[2033] BLUM Léon, *Du mariage*, Paris, Albin Michel, 1990, Pages 12 à 15.

[2034] *Ibidem*. Il écrivait à ce propos : *l'union libre, ou bien n'est qu'une protestation contre la formalité même du mariage, contre l'intrusion de l'autorité sociale dans une convention privée, et l'on me permettra bien de dire qu'en ce cas elle constitue un pur enfantillage, ou bien n'est qu'une union provisoire, autorisant d'avance les changements ultérieurs, les préparant même et leur servant de transition naturelle. Dans ce dernier cas, l'union libre est polygamique. Or, ni la monogamie légale ni la polygamie libre n'apportent au problème de la relation des sexes une solution satisfaisante et complète.*

[2035] *Ibid*. Il proposait de *ne se marier qu'au moment où l'on se sent disposé pour le mariage, quand le désir des changements et de l'aventure a fait place, par une révolution naturelle, au goût de la fixité, de l'unité et du repos sentimental.* En effet, il était convaincu que *le vice propre du mariage actuel, c'est qu'il unit un homme tendant ou déjà parvenu à la période monogamique avec une femme encore neuve, avec une femme qui, normalement, avant de se fixer, devrait dépenser, épuiser l'instinct de changement qui est en elle. Tout mariage, assurait-il, qui unit l'homme et la femme avant qu'ils soient parvenus l'un et l'autre à* [l'] *état* [de monogamie] *est un mauvais mariage.*

réintégrer dans sa fonction véritable.[2036] Toutefois, il se rendait compte que son étude ne s'appliquait guère qu'à la classe riche ou moyenne.[2037] Cette idée d'attendre d'avoir acquis une certaine maturité avant de s'épouser, tend à rappeler le concept d'un âge au mariage tardif, développé, un siècle auparavant, par Fourier. Néanmoins, le dessein de Blum n'était pas de théoriser l'union libre, il n'énonçait pas les fondements d'une société nouvelle, ni ne formulait de projet de législation. Son essai eut un succès indéniable, mais il fut d'autant plus décrié. En effet, comme l'écrivit Pierre Avigdor, dans une thèse dans laquelle il se pencha sur les diverses publications préconisant l'union libre, et où il critiqua longuement le point de vue de Blum : *de tels ouvrages, lorsqu'ils ont eu, comme celui-ci, du succès, agissent puissamment sur l'état des esprits et par la suite sur les mœurs. C'est fréquemment* […] *la littérature qui prépare les lois, ou du moins l'esprit dont elles sont animées.*[2038] Malgré le retentissement de son essai, la théorie très avant-gardiste avancée par Blum ne fit pas école à cette époque.

La crainte que l'union libre portât atteinte au mariage et que fut mise à mal l'institution de la famille légitime, toujours considérée comme le fondement de la société civile, persistait. Au cours du premier tiers du XXe siècle, un nombre non négligeable de thèses de doctorat de droit et d'historiographie juridique furent consacrées au thème du concubinage,[2039] et à *la crise du mariage*.[2040] Dans la thèse qu'il soutint au tout début du siècle, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*, François Olivier-Martin commençait par démontrer la *supériorité sociale* du mariage sur le concubinage, et faisant état du développement de l'union libre, se préoccupait de l'avenir de la famille : *Le groupement solide et fort que constituait la famille ancienne, et que le législateur avait rêvé de maintenir, est devenu un groupement*

[2036] *Idem*, Page 38.

[2037] *Id.*, Page 279. *Pour l'immense majorité de la nation,* écrivait-il, *pour toute la classe ouvrière ou paysanne, on pourrait affirmer, ce me semble, que la question est résolue. Elle est même résolue dans un sens voisin de celui que j'ai tenté d'indiquer. Ni dans les faubourgs populeux des villes, ni dans les campagnes, le mariage ne suppose nécessairement la virginité de l'épouse ; les filles aiment librement ; ni l'amant, ni l'enfant ne les déshonorent.*

[2038] AVIGDOR Pierre, *op. cit.*, Page 257.

[2039] Pour les références de ces travaux universitaires, *cf.* bibliographie.

[2040] Pour une analyse de certaines de ces thèses, *cf.* BARRIÈRE Louis-Augustin, « Penser le(s) concubinage(s), La doctrine française et le concubinage depuis le Code civil », dans Mélanges RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé*, Paris, Litec 2002, Pages 162 à 166.

amorphe, exposé à toutes les chances de destruction des fantaisies individuelles.[2041] Partageant sur ce point une opinion assez similaire, la thèse de Joseph de Regard de Villeneuve : *La crise du mariage et le problème juridique de l'union libre*, s'inquiétait de l'essor du nombre des unions irrégulières : *Tandis que l'institution du mariage traverse une crise particulièrement grave, l'union libre, au contraire, bien que réprouvée par les honnêtes gens et ignorée volontairement par le législateur, gagne chaque jour du terrain*. L'auteur jugeait que c'était *une situation pleine de dangers pour la famille et, partant, pour la société*. Selon lui, le défaut de réglementation des unions illégitimes ne devait plus perdurer. Le législateur devait, d'une part, *enrayer le développement de l'union libre* au moyen de mesures destinées à faciliter davantage l'accès au mariage et au divorce. On constate que les solutions proposées étaient identiques à celle du siècle précédent, d'ailleurs, Joseph de Regard de Villeneuve soulignait leur insuffisance. C'est pourquoi, il conseillait, d'autre part, d'*accepter la situation telle qu'elle est*, et de réglementer l'union libre (non pas de manière générale, car *il ne s'agit pas de faire du concubinage une sorte de mariage inférieur*, précisait-il, mais seulement partiellement afin d'apporter des solutions aux problèmes naissant des rapports entre les concubins et entre eux et les tiers).[2042] Cela ne traduisait aucunement un renoncement à la prééminence du mariage, mais une manière de rapprocher les deux types d'union, en terme de responsabilité, pour annihiler l'attrait croissant pour le concubinage.[2043] La thèse d'Adrien Peytel, *L'union libre devant la loi*, faisait également référence à *la crise actuelle du mariage*. Tout en estimant que l'indissolubilité *a toujours été la qualité idéale que devait posséder le mariage* et qu'il fallait conserver ce principe, il admettait qu'*une certaine liberté n'est pas un obstacle à la constance et à la fidélité*, et comprenait la nécessité du divorce. Il reconnaissait d'ailleurs, que, *depuis vingt ans qu'il est admis, le divorce n'a pas ébranlé la famille, et l'ordre social n'en a pas souffert, il n'a donc point pour effet, comme on l'a prétendu, de détruire la famille.* S'attachant à la question de l'admission de la recherche de

---

[2041] OLIVIER-MARTIN François, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire, 1789-1804*, Thèse droit, Université de Paris, 1901, Pages 1 à 6.

[2042] REGARD de VILLENEUVE J. de, *La crise du mariage et le problème juridique de l'union libre*, Thèse, Faculté de droit de Lyon, 1910, Pages 29 à 36 et 173 à 175.

[2043] *Ibidem. L'homme*, écrivit-il, *se soumettra de moins en moins aisément à la loi du mariage, car le besoin indéfini de liberté le pousse à s'affranchir successivement de tous les jougs qui lui pèsent. Pour échapper aux obligations que le mariage impose aux conjoints, tous ceux auxquels ces obligations paraîtront trop lourdes vivront en concubinage. Mais le jour où des devoirs analogues à ceux des époux incomberont aux concubins, ce jour-là, à notre avis, ces derniers n'hésiteront pas à régulariser une situation qui tout en leur créant, à peu de choses près, les mêmes obligations, ne leur procurera jamais dans la vie de chaque jour les mêmes avantages qu'un mariage légitime.*

la paternité, il soulignait la signification d'une telle réforme au regard *de l'effet principal du mariage, du but et de la raison d'être de l'union légale* ; *en accordant*, concluait-il, *un effet identique à l'union libre ce serait faire plus que d'établir une règle équitable en faveur de l'enfant, ce serait admettre définitivement l'union libre comme un état de droit*.[2044]

Ce ne fut qu'à partir de 1910, que les assemblées délibérèrent sur la proposition de loi déposée en 1905 par Rivet (devenu sénateur) et Béranger, et la loi fut votée non sans une certaine résistance de la part du Sénat. Ainsi, après des dizaines d'années de ténacité, la modification de l'article 340 fut enfin obtenue : la loi fut promulguée le 16 novembre 1912 ; elle portait : la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée.[2045] La nouvelle loi ouvrait à l'enfant naturel une action dans certains cas déterminés. L'action en recherche de paternité pouvait désormais être valablement intentée dans les cinq hypothèses suivantes : *dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapportera à celle de la conception ;* dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles, et s'il existe un commencement de preuve par écrit dans les termes de l'article 1347 ; dans les cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant du père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité ; *dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu dans un état de concubinage notoire pendant la période légale de conception* ; *dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père.*[2046] La loi édictait des fins de non-recevoir tirées d'une part de l'inconduite de la mère (les hypothèses prévues rappellent quelque peu celles de l'ancien droit),[2047] et d'autre part de l'impossibilité d'être le père (cette fin de non-recevoir parait calquée sur l'article 312 qui réglementait l'action en désaveu du père légitime).[2048] Les délais restreints pour exercer l'action étaient également caractéristiques de la

---

[2044] PEYTEL Adrien, *L'union libre devant la loi*, Thèse droit, Paris, 1905, Pages 88 à 97 à et 304.

[2045] *Cf.* DUCHESNE Maurice, *La recherche de la paternité : commentaire de la loi du 16 novembre 1912*, Thèse droit, Lyon, 1914.

[2046] CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, Page 1070. Selon Jean Carbonnier, la loi du 16 novembre 1912 reprenait *les deux sources psychosociologiques de la filiation naturelle* consacrées par l'article 8 de la loi du 12 brumaire an II, c'est-à-dire *la volonté, revêtue ou non de forme, du père et de la mère, et la possession d'état*.

[2047] Les termes de la loi étaient les suivants : *S'il est prouvée que, pendant la période légale de la conception, la mère était d'une inconduite notoire ou a eu commerce avec un autre individu.*

[2048] Les termes de la loi étaient les suivants : *Si le père prétendu était pendant la même période soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident dans l'impossibilité physique d'être père de l'enfant.*

volonté des législateurs d'encadrer la reconnaissance judiciaire de la paternité.[2049] D'autant plus que la loi disposait que le tribunal civil saisi de l'affaire était compétent pour condamner le demandeur de mauvaise foi.[2050] De surcroit, les enfants adultérins ou incestueux étaient exclus du bénéfice de la loi.

Dans le projet de loi (déposé en 1905), le terme concubinage n'apparaissait pas, c'était l'expression *cohabitation notoire* qui y était inscrite. Au cours des débats, fut soulevé le caractère vague de cette expression, et on lui substitua celle de *concubinage notoire* qui, selon le rapporteur du Sénat, faisait référence à la vie commune, maritale du père et de la mère. Par contre, selon le rapporteur à la chambre, le concubinage notoire n'impliquait pas nécessairement la cohabitation constante (il pouvait recouvrir des *liaisons assez fréquentes dans un certain monde, dans lesquelles la maîtresse vit hors du domicile particulier de son amant*).[2051] C'est la raison pour laquelle, après l'adoption de la loi, la notion de concubinage fit l'objet de controverses, avec d'un coté, les tenants d'une conception restrictive (qui était celle qui avait été prônée par le rapporteur de la loi au Sénat) qui requéraient l'apparence matrimoniale, la vie maritale, et la communauté de ménage ; et de l'autre, les partisans d'une conception plus laxiste, pour lesquels des relations suffisamment habituelles suffisaient.[2052] La majeure partie de la doctrine penchait pour l'interprétation la moins stricte.[2053] Selon Eugène Gaudemet, la loi attachait *au concubinage notoire une sorte de présomption de paternité très atténuée*.[2054] Pour sa part, la jurisprudence était partagée.[2055] Elle prit position en faveur d'une conception large du concubinage, par un arrêt de la Cour de cassation du 7

[2049] L'action pouvait être exercée par la mère, au nom de l'enfant, dans un délai de deux ans après l'accouchement, la cessation du concubinage ou de l'entretien. A défaut d'une action engagée par la mère, l'enfant pouvait agir dans l'année suivant sa majorité.

[2050] Les peines variaient entre un et cinq ans de prison, 50 et 3000 francs d'amende, et allaient jusqu'à une interdiction de séjour de cinq à dix ans.

[2051] CASSIN René, Note sous Cass. civ. 7 février 1922, dans *Recueil Sirey*, 1922, 1ère partie, Pages 321-322.

[2052] CARBONNIER Jean, *op. cit.*, Pages 1074-1075.

[2053] PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Tome II : *La famille*, Collab. : ROUAST André, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1926, Pages 765 à 767. Ces auteurs considéraient que *sans être restrictive, l'interprétation de la loi de 1912 ne doit pas modifier son esprit. La définition étroite est condamnée.* Selon eux, la notion de concubinage impliquait : *la continuité des relations*, et *un certain genre de vie* (*ou au moins une certaine attitude de la femme rendant de sa part vraisemblable la fidélité*).

[2054] *Cf.* GAUDEMET Eugène, « Jurisprudence française en matière de droit civil, Personnes et droits de famille », dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, N° 43, Pages 402-403.

[2055] *Cf.* CASSIN René, *ibidem.*

février 1922. En l'espèce, *la demoiselle B.* avait exercé une action en déclaration de paternité contre *le sieur L.*, les termes de l'arrêt étaient les suivants : *Vu l'article 340, alinéa 4, Code civil ; Attendu que, d'après cette disposition, la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception ; que la loi n'exige pas, en outre, qu'il y ait eu, pendant la même période communauté d'habitation entre les concubins ;* [...] *Attendu qu'au lieu de se borner à apprécier en fait si les relations ayant existé entre la mère et le prétendu père présentaient le caractère d'un concubinage notoire, l'arrêt attaqué a repoussé la demande, par ce motif de droit que « le concubinage notoire ne peut s'entendre que de toute cohabitation notoire entre le père prétendu et la mère, pendant la période légale de la conception, c'est-à-dire de la vie commune menée par un homme et une femme qui ne sont pas mariés, mais qui ont donné à leur association les apparences d'une union légitime » ; Attendu qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué a violé le texte de loi susvisé.* Par conséquent, l'arrêt fut cassé.[2056] En commentant cet arrêt, René Cassin, qui approuvait cette solution jurisprudentielle, indiquait que *dans le langage usuel du droit, l'état de concubinage n'implique pas toujours l'existence d'un faux ménage* ; et que les Chambres avaient attribué un sens large à l'expression *concubinage notoire* puisque lors de la discussion sur la loi, l'exigence d'*une vie en commun dans l'habitation du prétendu père* fut repoussée. Cela lui semblait d'autant plus juste que dans certaines unions stables, le ménage commun n'était pas possible du fait de convenances personnelles, de considérations familiales ou de carrière, ou d'autres raisons. De plus, il estimait que si cet arrêt *ne limite pas étroitement le domaine de la présomption de paternité, très atténuée et de pur fait, créée par l'article 340, alinéa 4, il n'en modifie pas les caractères. Celle- ci demeure différente, et par son champ d'application et par sa fragilité, de celle instituée par l'article 312 du Code civil, dans l'intérêt de la filiation légitime.*[2057] Eugène Gaudemet considérait que la solution de la Cour de cassation était conforme avec le texte de l'article 340 et les travaux préparatoires de la loi, et qu'elle se conciliait *avec la notion de communauté d'existence* précédemment établie par des cours d'appel.[2058] Par la suite, cette jurisprudence fut maintenue : des relations empreintes de

---

[2056] *Recueil général des lois et des arrêts*, Paris, Sirey, 1922, Pages 321 à 323.
[2057] CASSIN René, *ibid*.
[2058] *Cf.* GAUDEMET Eugène, *op. cit.*, Pages 618-619.

stabilité et de continuité étaient regardées comme constitutives d'un *concubinage notoire*.[2059] En vertu de cette loi de 1912, le Code civil accorda un effet juridique au concubinage ; sans constituer une preuve directe de la paternité, le concubinage mettait en œuvre une sorte de présomption. Ce profond changement pouvait être souligné dans le *Traité* de Planiol et Ripert : *les auteurs de la loi* […] *ont innové et même innové hardiment, renonçant pour la première fois au parti pris d'ignorance du législateur en présence du fait social du concubinage*.[2060]

Par ailleurs, en ce début de XXe siècle, les concubines ne furent plus systématiquement méconnues par les lois et elles purent profiter des nouvelles mesures sociales. La loi du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couches ne distinguait pas les femmes nécessiteuses mariées et celles qui ne l'étaient pas.[2061] Et la loi du 14 juillet 1913 relative à l'assistance aux familles nombreuses attribua des allocations aux ménages irréguliers, à condition que les enfants fussent reconnus.[2062] La législation de guerre allait promulguer une série de textes contenant des mesures bénéficiant aux concubins ou aux enfants naturels,[2063] et reconnaitre officiellement des effets au concubinage.[2064] Tout d'abord, le 23 août 1914, une circulaire interministérielle d'application de la loi du 5 août 1914 relative aux allocations pour les familles nécessiteuses dont le soutien était appelé sous les drapeaux, organisa, d'une manière restrictive, la possibilité d'une attribution des secours aux concubines.[2065] Cette brèche dans le principe d'ignorance légale de l'union libre n'était pas

---

[2059] Sur cette jurisprudence *cf.* CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, Pages 1074-1075 ; DEROUSSIN David, *op. cit.*, Page 140.

[2060] PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *op. cit.*, Pages 764-765.

[2061] L'article 3 de la loi disposait : *Toute femme de nationalité française et privée de ressources, qui se livre habituellement chez autrui à un travail salarié comme ouvrière, employée ou domestique, a droit...* Cité par BEUCHER Jean, *op. cit.*, Pages 28-29.

[2062] La loi accordait *à tout chef de famille de nationalité française, ayant à sa charge deux ou plusieurs enfants légitimes ou reconnus, et dont les ressources sont insuffisantes pour les élever, une allocation annuelle par enfant de moins de treize ans. Si les enfants restaient à la charge de la mère par suite de la mort du père, de sa disparition, d'abandon par lui de sa famille ou de toute autre cause, la loi accordait à la mère les mêmes droits qu'au chef de famille.* Citée par BEUCHER Jean, *ibidem*.

[2063] CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, Page 1034. Il indique qu'en 1917, le taux d'illégitimité était monté à 14,2% en raison de la guerre

[2064] LANDRE René, *Le concubinage devant la loi et la jurisprudence moderne*, Thèse, Faculté de droit de Nancy, 1921, Pages 62 à 64 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *op. cit.*, Page 63.

[2065] L'article 6 de la circulaire disposait que *dans des cas exceptionnels, les commissions cantonales et les commissions d'appel auront à apprécier s'il n'y aurait pas lieu d'admettre au bénéfice des allocations et majorations une personne sans lien de droit avec le militaire, mais qui prouverait qu'en fait elle vivait à son*

directement issue d'une loi, elle n'en constituait pas moins une ouverture vers d'autres droits. En outre, pour les enfants victimes de la guerre fut admise, *à titre exceptionnel*, la légitimation sans mariage, par la loi du 7 avril 1917. Les enfants nés hors mariage dont le père mobilisé était décédé depuis le 4 août 1914 pouvaient bénéficier de cette disposition (cette légitimation était prononcée par un jugement).[2066] Par la suite, le décret du 3 août 1917 qui réglementait la consommation de pain, aux articles 1er et 9, prévit un carnet tenu pour toutes les *personnes vivant au foyer*. Puis, la loi du 9 mars 1918 qui édicta, à l'article 19, la suspension des instances en matière de loyers à l'égard des locataires mobilisés, étendit, à l'article 20, le bénéfice du maintien dans les lieux *aux personnes parentes ou non, qui,* [...] *vivaient habituellement* [...] *avec le locataire mobilisé et qui justifieront qu'elles étaient à sa charge.* L'apport de cette loi était primordial en ce qu'elle contenait une assimilation entre les couples mariés et les couples non-mariés. La même assimilation fut introduite dans la loi du 29 décembre 1918 sur les pécules pour les ayants droit des militaires décédés.[2067] Tandis que lors de la discussion de la loi sur les pensions du 31 mars 1919, les amendements qui furent déposés au Sénat et à la chambre, en faveur des *compagnes* des soldats décédés, furent rejetés. Peut-être que le caractère permanent de cette loi sur les pensions résolut les législateurs à se contenter de l'attribution de secours pour les concubines, plus conforme, à leurs yeux, à l'aspect circonstancié des droits accordés.[2068] Néanmoins, par la suite, d'autres lois vinrent conforter la reconnaissance légale du concubinage. Le décret du 30 avril 1920 attribua des primes de natalité aux mères d'enfants *naturels reconnus*. Et surtout, la loi du 1er avril 1926 relative aux loyers maintint les avantages acquis par les concubines.[2069] Ces législations

---

foyer et dans des conditions de moralité suffisantes, et qui pourrait dès lors soit isolément, soit avec des ascendants, collatéraux, et enfants vivant au même foyer, être considérée comme constituant en fait, dans l'esprit de la loi, la famille dont le militaire était le soutien unique ou principal. Cité par LANDRE René, *ibidem*.

[2066] NIZARD Alfred, *op. cit*., Pages 114-115, note 3 ; BOYER Laurent, *op. cit.*, Page 161.

[2067] L'amendement Pressemane qui disposait : *Dans le cas où des personnes, mêmes étrangères à la famille, seront jugées s'être comportées à l'égard du défunt comme une épouse, un enfant ou un ascendant, le Tribunal pourra ordonner, soit qu'elles soient attributaires directes, soit que le transfert s'accomplisse à leur profit*, fut adopté sans opposition. Cité par LANDRE René, *ibid*.

[2068] Dans un rapport du 14 décembre 1917, M. Lugol expliqua : *La Commission des pensions estimant que les plus larges facilités ont été données aux militaires pour leur permettre de régulariser par le mariage la situation des femmes auxquelles ils étaient attachés par les liens d'une longue affection* [la loi du 4 avril 1915, *assez défectueuse*, d'après René Landre, avait organisé le mariage par procuration des mobilisés]*, a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'adopter l'amendement. S'il est justifié qu'un homme voulant régulariser une situation de ce genre a été tué avant d'avoir pu le faire, ce sera le cas pour le Gouvernement d'accorder à sa compagne un secours qui lui tiendra lieu de la pension que le militaire voulait lui réserver.* Cité par LANDRE René, *ibid*.

[2069] La nouvelle loi, à l'article 3, reprit les mêmes conditions que la loi du 9 mars 1918 (elle ajoutait l'hypothèse de l'abandon de domicile). Elle prescrivait : *Le bénéfice de la prorogation restera acquis en cas d'abandon de*

protectrices constituaient les prémices de mesures en matière sociale au profit de la famille naturelle.

Tout comme les théories avant-gardistes sur l'union libre, les dispositions législatives progressistes étaient loin de convaincre l'ensemble du monde juridique et politique, elles provoquèrent divers positionnements réactionnaires. Et pourtant, indéniablement la famille naturelle sortait du non-droit.

Section 2 – Du familialisme conjugal à l'ère possible du pluralisme des modèles familiaux

L'appréhension juridique de l'illégitimité dans les dernières décennies de la IIIe République révèle la préoccupation de sauvegarder la suprématie du modèle de famille fondée sur le mariage tel qu'il avait été organisé en 1804 (§ 1). Ce dernier sursaut conservateur fit place à une acceptation de plus en plus large de la famille naturelle (§ 2).

§ 1 : L'exaltation de la famille légitime

Le souci de préserver l'exclusivité du mariage contre l'intrusion d'une union de second rang restait d'actualité. En effet, dans le même temps où des lois prenaient en considération l'union hors mariage pour conférer des droits aux concubines, le dessein de faire avorter cette ligne progressiste se faisait jour parmi les législateurs. D'abord, dans le but de parer au développement du concubinage en supprimant les déchéances pécuniaires frappant les seconds mariages des veuves, fut édictée une série de mesures législatives,[2070] parmi

---

domicile ou de décès du locataire ou de l'occupant aux personnes vivant habituellement avec lui : membre de sa famille ou à sa charge. Citée par BEUCHER Jean, *op. cit.*, Page 33.
Le 7 juillet 1928, la Cour de cassation jugea que *si les membres de la famille vivant avec le titulaire du bail sont les personnes qui lui sont rattachées par des liens légaux de parenté, collatéraux et alliés, il certain qu'on doit considérer comme étant « à la charge » du locataire décédé sa concubine, et qu'elle est recevable à réclamer la prorogation.* Citée par LASKINE Edmond, DUBRUJEAUD André, *L'union libre devant la loi et les tribunaux*, Paris, E. Muller, 1935, Page 56.

[2070] Déjà au début du siècle, la loi du 21 février 1906 abrogea l'ancien article 386 du Code civil qui mettait fin à l'usufruit légal de la mère sur les biens de son enfant mineur lorsqu'elle contractait un second mariage. Par la suite, la loi du 3 avril 1917 abrogea l'ancien alinéa 7 de l'article 767 du Code civil, qui faisait cesser l'usufruit du conjoint survivant sur les biens de son conjoint prédécédé en cas de nouveau mariage. Et la loi du 9 août 1919, à

lesquelles l'article 18 (§ 2) de la loi du 31 mars 1919 sur les pensions militaires, qui permettait à la veuve qui se remariait de conserver son droit à pension. Au cours de la discussion de la loi, en réponse aux opposants à cette disposition, *l'argument décisif* du député Bonnevay fut présenté dans les termes suivants : […] *Si vous voulez vraiment maintenir dans ce pays ce principe qu'à la base de l'organisation sociale se trouve le mariage, que le mariage est une institution que l'État doit encourager, la première mesure à prendre est de ne pas le pénaliser en supprimant, pour les veuves qui se remarieront, les avantages que vous leur avez dès à présent constitués*.[2071] Ensuite, une tentative de réforme pour améliorer la situation de la concubine échoua. Il s'agissait d'une proposition de loi, présentée le 26 mai 1920, à la chambre des députés, et visant à modifier certains articles des lois sur les accidents du travail, dans laquelle il fut notamment envisagé d'ajouter la concubine parmi les bénéficiaires de la loi, mentionnés à l'article 3 de la loi du 9 avril 1898 (modifiée par la loi du 31 mars 1905).[2072] Les auteurs de la proposition s'insurgèrent contre la situation faite à la concubine : *Il n'est pas juste,* soutenaient-ils, […] *avec l'évolution des idées, d'écarter plus longtemps du droit à la rente viagère de 20% du salaire annuel, l'épouse de fait c'est-à-dire, la compagne qui vivait maritalement avec le décédé ; il faut lui ouvrir les mêmes droits qu'à la veuve légale* […] *Il n'est pas admissible que la crainte de favoriser le concubinage aboutisse à un pareil degré d'inhumanité. D'ailleurs, avec le système de la loi, les patrons se trouvent avoir intérêt à embaucher des ouvriers vivant en concubinage de préférence à des ouvriers mariés.* [...].[2073] L'amendement fut repoussé. *Il serait singulièrement grave*, affirma un député pour justifier ce rejet, *d'introduire pour la première fois dans une disposition législative expresse, l'assimilation dans les termes et dans le fond de la concubine à l'épouse, de lui donner le nom même, et les droits de la femme mariée.* [...].[2074]

---

l'article 14, modifia l'ancien article 206 du Code civil qui faisait cesser l'obligation alimentaire au profit de la belle-mère lorsque celle-ci convolait en secondes noces.

[2071] Cité par LANDRE René, *op. cit.*, Pages 26-27.

[2072] L'amendement était rédigé dans les termes suivants : *L'épouse de fait, c'est-à-dire la compagne vivant maritalement avec le décédé au moment de l'accident, aura les mêmes droits que le conjoint survivant quand elle sera mère d'un enfant reconnu par la victime ou quand elle pourra établir qu'elle vivait maritalement depuis au moins trois ans avec lui, si toutefois il n'y a pas d'épouse légitime.* Cité par BEUCHER Jean, *op. cit.*, Page 40.

[2073] Cité par *ibidem.*

[2074] Cité par *idem*, Page 40-41.

La lutte pour le respect des *bonnes mœurs* rejoignait le discours nataliste particulièrement virulent au sortir de la Grande Guerre.[2075] On observe que l'état de concubinage étant perçu comme une situation immorale dans l'entre-deux-guerres, les couples de concubins inspiraient moins confiance que les couples mariés (d'autant plus que beaucoup n'avaient que de faibles revenus, et des logements parfois insalubres) et ils étaient proportionnellement plus souvent déchus de leurs prérogatives parentales.[2076] Par contre, l'existence de la famille naturelle ne fut pas niée par le législateur dans le cadre de la protection sociale : le nombre d'enfants naturels, reconnus ou *accueillis* fut pris en considération par la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales ; et les enfants naturels reconnus ne furent pas exclus du bénéfice de la loi du 11 mars 1932 sur les allocations familiales.[2077] La loi du 13 août 1936 établit une allocation spécifique à l'attention des mères isolées (à partir du deuxième enfant).[2078] Si la réprobation sociale touchait toujours les filles-mères, elle tendait à s'atténuer. Pour leur venir en aide, des maisons maternelles et des institutions spécialisées (privées et publiques) furent établies. De leur côté, les associations féministes et la Ligue des droits de l'homme réclamèrent la disparition de toute discrimination pour la maternité quelque fussent les circonstances de la conception.[2079] Le taux d'illégitimité restait élevé,[2080] même si, à l'aube de la seconde guerre mondiale, on constate une diminution du nombre de naissances illégitimes.[2081] En outre, la corrélation entre la fécondité illégitime, l'urbanisation et l'industrialisation était encore plus nette qu'au siècle précédent.[2082]

La pensée juridique conservait assez largement une idéologie conservatrice. Le concubinage, dans une thèse soutenue dans les années 1920, fut accusé de revêtir un *caractère anti-social*, par conséquent il fut même envisagé sous l'angle d'*un fait illicite*.[2083] Cette

---

[2075] Sur cette idéologie nataliste, *cf.* BARD Christine, *Les femmes dans la société française au XXe siècle*, Paris, Armand Colin, 2003, Pages 52 à 54.
[2076] SOHN Anne-Marie, « Concubinage et illégitimité », dans *Encyclopedia of European Social History*, 2001, Page 12.
[2077] DEROUSSIN David, *op. cit.*, Page 142.
[2078] *Idem*, Page 149.
[2079] BARD Christine, *op. cit.*, Page 56.
[2080] CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, Page 1034. L'auteur indique que pour la période 1925-1930, il était de 8,70%.
[2081] GARDEN Maurice, « Le souci de l'enfance », *op. cit.*, Page 316. L'auteur établit que de 1935 à 1937, la proportion des naissances illégitimes était de 6,7%.
[2082] *Cf. ibidem*.
[2083] Selon les termes employés par LANDRE René, *op. cit.*, Page 5.

conception était reprise de celle développée par Charles Lefebvre qui estimait au sujet des concubins : *Leur liaison n'est qu'un pur fait qui ne produit de lui-même aucun effet civil. Mais, de plus c'est un fait considéré comme contraire aux bonnes mœurs, au bon ordre social, et que nous pouvons appeler illicite, quoique non délictueux. La loi ne l'a pas dit expressément, mais cela résulte à l'évidence de toute notre tradition française et de notre système d'institution du mariage.* […] *Or, de cette donnée d'union immorale vont surgir des obstacles à ce que le concubinage puisse avoir certains effets, qu'on chercherait à lui faire produire en lui adjoignant des conventions ou actes juridiques auxquels des amants pourraient songer, comme rentrant dans les facultés ou libertés de droit commun* […].[2084] En revanche, d'après le *Traité pratique* de Planiol (édition de 1926), le concubinage était *une situation de pur fait*, il n'était pas entaché d'illicéité ; mais, pour autant, la famille naturelle ne pouvait exister juridiquement : *L'union libre est un fait grave, en raison même de la liberté sans limite que donne aux concubins une situation hors le droit. Cette liberté extrême est incompatible avec l'existence de la famille qu'ils créent.*[2085] Au cours de l'année universitaire 1928-1929, le thème de la série de conférences organisées par la Faculté de droit de Nancy fut : *Le maintien et la défense de la famille par le droit.*[2086] Dans l'un de ces cours publics, Henri Simonnet (professeur de droit civil) s'arrêtait sur cette interrogation : *« Le mariage ou l'union libre ? ». Car c'est une option qu'on vous propose tous les jours. L'antique mariage est menacé, et par les pratiques de ceux qui veulent l'ignorer, et par les doctrines, sinon de plus en plus répandues, du moins de plus en plus agressives de ceux qui veulent lui substituer l'union libre, les uns directement, les autres grâce à la transition d'un divorce aussi largement ouvert que possible.* Pour ce juriste, *cette autre union de l'homme et de la femme, volontaire, mais formée en dehors des cadres légaux et réguliers, qu'on nomme de vieille tradition le concubinage, et que plus élégamment, mais plus fallacieusement, on tend maintenant à décorer du nom d'union libre*, mettait en danger le mariage et même la civilisation.[2087] Dans une autre conférence, François Gény soutenait *la nécessité sociale, d'une famille*

[2084] LEFEBVRE Charles, *La famille en France dans le droit et dans les mœurs*, Paris, 1920, Page 189. Cité par LANDRE René, *op. cit.*, Pages 10-11.
[2085] PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *op. cit.*, Pages 58-59.
[2086] *Cf.* SENN Félix, KROELL Maurice, MICHON Lucien... [et al.], *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, Paris, Recueil Sirey, 1930.
[2087] SIMONNET Henri, « Le mariage et l'union libre », dans SENN Félix, KROELL Maurice, MICHON Lucien... [et al.], *op. cit.*, Pages 79 et 107-108.

régulièrement et fermement constituée sur la base du mariage, pour justifier *la situation défavorable faite aux enfants naturels.*[2088]

La charge de la doctrine juridique contre l'union libre se révélait particulièrement virulente dans le milieu des juristes catholiques. C'est ce que l'on constate à la lecture de certains articles parus dans la *Revue catholique des institutions et du droit*. Déjà au début du siècle, l'émoi avait été suscité par l'éventualité d'un futur élargissement du divorce qui conduirait à *la faillite du mariage civil et* [à] *la reconnaissance légale de l'union libre* ;[2089] et la réforme de l'article 340 fut critiquée (non pour la réforme elle-même qui était considérée comme nécessaire), il lui était reproché de faire acquérir à l'enfant reconnu judiciairement des droits de famille, et cette concession était jugée *excessive*.[2090] L'évolution de la législation, de la jurisprudence et des mœurs était inquiétante aux yeux de ces jurisconsultes, dont l'un deux les accusait *d'avoir gravement compromis la famille française*. En effet, pour Paul Chassagnade-Belmin (ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation*),*[2091] *après avoir sapé le mariage, base fondamentale de la famille, on cherche à donner à l'union libre une reconnaissance juridique qui peu à peu devra amener l'abandon des institutions matrimoniales.*[2092] *C'est un devoir* […] *de défendre dans l'ordre juridique comme dans l'ordre social les institutions fondamentales au premier rang desquelles il faut placer le mariage*, concluait-il.[2093]

[2088] GENY François, « L'enfant naturel et la famille », dans SENN Félix, KROELL Maurice, MICHON Lucien... [et al.], *op. cit.*, Page 121.

[2089] *Cf.* SERMET Ernest, « Du divorce à l'union libre », dans *Revue catholique des institutions et du droit*, août 1909, Pages 114 à 129, et septembre 1909, Pages 209 à 232.

[2090] *Cf.* CAVROIS de SATERNAULT, « La réforme de l'article 340 », dans *Revue catholique des institutions et du droit*, Volume 52, janvier 1914, Pages 58 à 72, et février 1914, Pages 138 à 169, et spécialement pages 158 et 165 à 169.

[2091] *Cf.* CHASSAGNADE-BELMIN Paul, « La reconnaissance juridique de l'union libre », dans *Revue catholique des institutions et du droit*, novembre-décembre 1930, Volume 68, Pages 532 à 546.

[2092] La suite de ses propos éclaire particulièrement sa pensée : *Une ambiance littéraire sentimentale, un individualisme et un égoïsme qui poussent chacun à réclamer des droits et à s'affranchir de toute contrainte, un oubli des principes moraux et de la loi naturelle dans la société même réputée instruite et honnête, dans la magistrature ou au Parlement, le travail lent mais constant des agents du communisme et de la franc-maçonnerie pour supprimer la famille et ne laisser subsister que l'omnipotence de l'État, expliquent suffisamment comment des idées que la conscience repousse arrivent à prendre place dans la législation ou dans les arrêts*. *Idem*, Page 532.

[2093] *Id.*, Page 546.

Les positions de la doctrine dominante des années 30 étaient empreintes d'une certaine anxiété à l'idée de voir s'institutionnaliser une union en marge du mariage. Louis Josserand s'inquiétait de voir *L'avènement du concubinat* induit par la jurisprudence.[2094] Il différenciait l'union libre qu'il qualifiait de *concubinat moderne* du simple concubinage (relevant seulement d'une communauté de lit) ; en ne se contentant pas de produire les effets attachés à ce simple concubinage, et parce que l'union libre *implique la communauté d'existence, parce qu'elle revêt l'apparence d'un mariage*, analysait Josserand, *elle devient un centre de rapports obligatoires, actuels ou éventuels, dès maintenant réalisés ou simplement en puissance, qui s'affirment de plus en plus nombreux et toujours plus effectifs, au point d'imprimer à la situation d'où ils dérivent le caractère d'une véritable institution*.[2095] Ce juriste s'élevait contre ce mouvement jurisprudentiel, en reprochant à la jurisprudence de s'immiscer *dans un domaine d'ordre public, réservé au législateur*, et en objectant à *toute tentative d'ériger l'union libre à l'état d'union de seconde zone*, l'absence de volonté nuptiale.[2096] La doctrine qu'il prônait consistait à restreindre les effets juridiques du concubinat, de façon à ce qu'ils concernassent uniquement la sauvegarde des droits des tiers. A ses yeux, l'apparence d'une union régulière ne pouvait pas aboutir à la consécration du concubinat, *l'état d'époux s'acquiert par la célébration du mariage et jamais, même partiellement* […], *par une possession, si continue et si prolongée soit-elle.*[2097]

[2094] *Cf.* JOSSERAND Louis, « L'avènement du concubinat », dans *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*, 1932, N° 13, Chronique, Pages 47 à 49.

[2095] *Idem*, Pages 46-47.

[2096] *Id.*, Pages 49-50. A ce propos, il ajoutait : *non seulement il serait extrêmement grave qu'une institution comme le concubinat se dressât en face de l'union régulière, ou même au dessous-d'elle ; non seulement une jurisprudence qui tendrait à ce résultat* […] *irait à l'encontre de la volonté des parties qui ont entendu vivre au jour et éluder tout statut matrimonial, même imparfait, même à l'état d'ébauche ; elle imposerait la qualité de contractants à ceux qui ont voulu demeurer, juridiquement des tiers.*

[2097] *Id.*, Pages 50-51. Par conséquent, il estimait que les solutions jurisprudentielles tendant *à la protection des tiers, du public, contre le faux ménage doivent être approuvées et maintenues : il faut notamment,* indiquait-il, *que le concubin soit lié par les engagements pris par la femme dans l'intérêt de la communauté irrégulière ; et il est juste que le locataire réponde aux termes de l'art. 1735, du fait dommageable de sa compagne : la théorie de l'apparence, comme les exigences de l'équité, justifient cette conception* […]. Mais il lui paraissait *inadmissible qu'il puisse, vis-à-vis des tiers, se prévaloir de cette situation ; elle lui crée des obligations sans lui conférer des droits*, écrivait-il. *Ainsi,* poursuivait-il, *les concubins qui vivent maritalement, ne sauraient se composer, à leur profit, un statut, même inférieur, de gens mariés et la concubine, privée de son soutien, est sans qualité, à notre avis, pour réclamer une indemnité à l'auteur de l'accident* [dans lequel le concubin a trouvé la mort] *; elle n'a pas plus de vocation à des dommages-intérêts qu'elle n'a de vocation successorale par rapport à la victime.*

Adoptant un point de vue quelque peu discordant, Paul Esmein analysait, lui aussi, les conclusions de la jurisprudence impliquant une reconnaissance de l'union libre.[2098] Tout en présupposant que la mission des tribunaux consistait dans la sauvegarde du mariage, *fondement essentiel de la famille dans le Code civil, et dans laquelle la grande majorité des français ont foi*, il démontrait que les arrêts qu'ils rendaient ne devaient qu'inciter les concubins à se marier, car les tribunaux ne pouvaient pas prononcer la mise hors la loi des concubins. Il expliquait, en effet, qu'à partir du moment où, sous l'ancien droit, les juridictions laïques ne reprirent pas à leur compte la procédure usitée par les juges d'Église consistant à ordonner la séparation des concubinaires, la jurisprudence était fixée : les tribunaux ne pouvaient pas obliger les concubins à cesser de se fréquenter, leur union n'était pas jugée illicite. Pour lui, l'admission d'une demande d'indemnité formée par une concubine pour abandon non justifié par la conduite de cette dernière, ne contribuait pas au développement de l'union libre. *Si l'abandon*, écrivait-il, *doit donner lieu à une lourde indemnité, la différence avec l'abandon d'une épouse est réduite, et l'une des raisons de ne pas épouser disparaît.* Ainsi, en invoquant l'acceptation de l'union libre par l'opinion publique, il contredisait la ligne doctrinale qui refusait la sanction judiciaire de l'abandon sans motif de la concubine.[2099] Ce juriste ne soutenait donc pas l'ignorance du droit envers le concubinage, il approuvait la position selon laquelle la simple cohabitation d'un couple non marié pût produire des effets.

Eut égard au salut de l'institution matrimoniale, la tonalité de la chronique de Marcel Nast était particulièrement alarmiste : il y affirmait que *le mariage légal est à son crépuscule*.[2100] La responsabilité en était imputable, selon lui, à l'évolution législative des cinquante dernières années : la loi de 1884 qui supprima l'indissolubilité du mariage, la loi de 1896 et les lois postérieures qui facilitèrent l'accès au mariage, et tout particulièrement la récente loi du 18 février 1938[2101] qui, selon ses termes, *a détruit la société de personnes qu'il engendrait.*[2102] De plus, il craignait que la réforme des régimes matrimoniaux (dont le

---

[2098] *Cf.* ESMEIN Paul, « L'union libre », dans *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*, 1935, N° 21, Chronique, XIII, Pages 49-50.
[2099] *Idem*, Pages 51-52.
[2100] NAST Marcel, « Vers l'union libre, ou le crépuscule du mariage légal », dans *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*, 1938, N° 19, Chronique, IX, Page 37.
[2101] Cette loi disposait que *la femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile* (article 215 du Code civil).
[2102] NAST Marcel, *op. cit*., Pages 37 à 39. Il reprochait au législateur de s'être *attaqué à ses effets, c'est-à-dire à tout ce qui en constituait l'originalité et le distinguait de l'union libre. Le code de 1804*, expliquait-il, *avait conçu et organisé le mariage comme une véritable société de personnes et de biens.* […] *Mais sous l'influence de*

Parlement était, à cette période, saisi) aboutisse à remplacer le régime légal de la communauté par celui de la séparation de biens. Il prédisait, dès lors, un rapprochement tel entre le mariage légal et le mariage de fait, que le peu de différences qui subsisteraient entre les deux seraient peu à peu supprimées, et que la conséquence des modifications apportées au mariage de 1804 fût *l'assimilation légale de toutes les unions sexuelles, hors les passagères*.[2103]

Institué dans une optique nataliste et familialiste par le décret-loi du 29 juillet 1939, le Code de la famille fut mis en vigueur le 1er janvier 1940.[2104] Il concernait le système des allocations familiales ; et il comprenait les personnes ayant la charge d'enfants naturels reconnus et d'enfants recueillis au nombre des prestataires.[2105] Par contre, le versement d'une prime à la première naissance était réservé aux naissances légitimes.[2106] Les mouvements féministes furent déçus de constater que le Code de la famille ne prévoyait aucun secours pour les filles-mères.[2107] De plus, il contenait des mesures relatives à la répression de l'avortement, de l'alcoolisme et de l'outrage aux bonnes mœurs,[2108] et il apportait des modifications concernant la réglementation de l'adoption et de la tutelle des enfants naturels. Le Code de la famille laissait présager, sous plusieurs aspects, la politique en matière familiale du gouvernement de Vichy. Par ailleurs, le décret-loi du 1er septembre 1939, qui portait sur les allocations militaires, incluait parmi ses bénéficiaires les concubines et les enfants naturels même non reconnus.[2109]

Le culte de la famille, déjà installé dans les dernières années de la IIIe République, fut renforcé sous le régime de Vichy. A cet égard, le régime érigé le 10 juillet 1940, comptait

---

certains féministes et au nom des principes de la Révolution de 1789 [...]*, le législateur a relégué au musée des souvenirs la « société conjugale » et est sollicité d'y envoyer aussi la « société de biens.* […] *L'unité de domicile n'est plus obligatoire* […]. *La loi de 1838, il est vrai, a laissé subsister les devoir de secours, d'assistance et de fidélité. Mais, seul, le premier est, en droit et en fait, sérieux et effectif, car il comporte une sanction directe et énergique (article 213 nouveau). Au contraire, les devoirs d'assistance et de fidélité sont purement platoniques,* […] *car la loi civile est impuissante à les sanctionner* […]. *L'autorité maritale a été supprimé par la loi du 18 février 1838.* [...]

[2103] *Idem*, Pages 39-40.

[2104] Pour une analyse du Code de la famille, *cf.* MESSU Michel, *Les politiques familiales, Du natalisme à la solidarité*, Paris, Ed. Ouvrières, 1992, Pages 61 à 69.

[2105] DEROUSSIN David, *op. cit.*, Page 143.

[2106] MESSU Michel, *op. cit.*, Page 65

[2107] BARD Christine, *op. cit.*, Page 54.

[2108] Sur ces points, *cf.* BONINCHI Marc, *Vichy et l'ordre moral*, Paris, PUF, 2005, Pages 41 à 43.

[2109] *Cf.* DEROUSSIN David, *op. cit.*, Pages 142-143.

restaurer la prééminence du modèle de la famille légitime, considéré comme *fondement de l'édifice social.*[2110] Il s'y employa par une propagande reposant sur *une ode à la famille française issue de justes noces*.[2111] L'existence de la famille naturelle était déniée car elle contrevenait au principe de légitimité, qui était fondamental dans la nouvelle idéologie.[2112] Un profond attachement à l'*ordre moral* fut symptomatique de la période de Vichy.[2113] La *Révolution nationale* qui s'opéra sous la nouvelle devise *Travail, famille, patrie*, valorisait les mères de familles, et niait toute liberté des femmes dans leur vie privée.[2114] Si la dissolubilité du mariage ne fut pas annihilée par le régime du maréchal Pétain, la possibilité de divorcer fut tout de même restreinte par la loi du 2 avril 1941 *sur le divorce et la séparation de corps*.[2115] En effet, la loi interdisait d'engager une procédure de divorce avant la troisième année de mariage (article 233 du Code civil). De surcroît, la décision judiciaire pouvait être différée de quatre années supplémentaires : jusqu'à deux par une décision d'ajournement du juge (article 238, al. 5), et jusqu'à deux autres si le motif de la demande n'était pas la condamnation d'un des deux époux à une peine afflictive ou infamante (article 246, al. 2). Les causes du divorce étaient modifiées dans un sens restrictif.[2116] En outre, la conversion de la séparation de corps en divorce redevenait facultative pour le juge. A dessein d'appuyer la limitation de la faculté de dissoudre le mariage, une disposition pénale dissuasive était insérée dans la loi du 2 avril 1941 (article 5) : toute personne ayant offert ses services par des voies multiples (presse, affichage, lettre...) en vue de faire engager ou poursuivre une procédure de divorce ou de

---

[2110] Sur l'affirmation du caractère familial de la Révolution nationale, *cf.* BORDEAUX Michèle, *La victoire de la famille dans la France défaite*, *Vichy 1940-1944*, Paris, Flammarion, 2002, Pages 16 et 57 à 59.

[2111] Sur la propagande véhiculant *une mystique familiale*, *cf. idem*, Pages 46 à 50.

[2112] *Id.*, Page 10. L'auteur analyse que la légitimité *avantage les situations familiales régulières, les enfants légitimes, les couples mariés, sanctionne les « familles naturelles », expression soigneusement évitée par les juristes maîtres de la règle, pour qui il n'y a, stricto sensu, pas matière à famille.*

[2113] Sur cette question, *cf.* BONINCHI Marc, « Ordre moral et protection de la famille sous le régime de Vichy », dans DURAND Bernard, LE CROM Jean-Pierre, SOMMA Alessandro (dir.), *Le droit sous Vichy*, Francfort-sur-le-Main, V. Klostermann, 2006, Pages 333 à 357.

[2114] *Cf.* BARD Christine, *op. cit.*, Pages 130-131.

[2115] Sur cette législation, *cf.* BORDEAUX Michèle, « Sept ans de réflexion, Divorce et ordre social (1940-1945) », dans POUMARÈDE Jacques et ROYER Jean-Pierre (dir.), *Droit, Histoire et sexualité*, Lille, L'espace juridique, 1987, Pages 229 à 247.

[2116] Les causes de divorce admises par la loi étaient : l'adultère de la femme (article 229), l'adultère du mari (article 230), la condamnation à une peine afflictive et infamante du conjoint (article 231) qui était la seule cause péremptoire de divorce, et *les sévices ou injures de l'un envers l'autre, lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage et rendant intolérable le maintien de la vie conjugale* (article 232).

séparation de corps était passible d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 100 à 10000 francs.[2117]

Le régime de Vichy, empreint de sa propagande moralisatrice, s'attacha à punir rigoureusement les infidélités conjugales ;[2118] d'autant plus que la *reconstitution familiale* opérée par le couple illégitime était inadmissible car elle était jugée déstabilisatrice pour la société.[2119] L'adultère commis par les femmes de prisonniers de guerre fit l'objet d'une répression spécifique,[2120] différente de celle prévue en cas d'adultère simple.[2121] La loi du 23 décembre 1942 tendant à protéger *la dignité du foyer* édicta des sanctions pénales à l'encontre de toute personne vivant en *concubinage notoire avec l'épouse de celui qui est retenu loin de son pays par circonstances de guerre.* Le coupable était passible de trois mois à trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 1500 à 25000 francs. Quant à l'épouse adultère, elle s'exposait à la même peine ; elle n'était pas l'auteur principal du délit, mais seulement la complice, elle ne pouvait être poursuivie que sur la plainte de son conjoint. La peine pouvait être assortie d'une mesure de sursis à l'exécution, et des circonstances atténuantes pouvaient être prises en compte.[2122] Le ministère public avait même la possibilité d'intervenir pour réprimer ce concubinage : en l'absence de plainte du mari trompé, le parquet pouvait engager d'office des poursuites contre l'amant.[2123] Le concubinage devenait dès lors un délit contre

---

[2117] Sur cette disposition, *cf.* LE GALL Yvon, « Travail, Famille, Patrie, à l'épreuve de la peine », dans DURAND Bernard, LE CROM Jean-Pierre, SOMMA Alessandro (dir.), *Le droit sous Vichy*, Francfort-sur-le-Main, V. Klostermann, 2006, Pages 302-303.

[2118] Pour des statistiques montrant l'accroissement de la répression (elle perdura après la Libération, dans une proportion inférieure, jusqu'au début des années 1950), *cf.* OLIVIER Cyril, *Le vice ou la vertu, Vichy et les politiques de la sexualité*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail-Toulouse, 2005, Pages 86 à 93 ; du même auteur, « Les couples illégitimes dans la France de Vichy et la répression sexuée de l'infidélité (1940-1944) », dans *Crime, Histoire et Sociétés*, Vol. 9, N° 2, 2005, Pages 99 à 123 ; et BONINCHI Marc, *Vichy et l'ordre moral*, *op. cit.*, Pages 102 à 109.

[2119] OLIVIER Cyril, *Le vice ou la vertu, Vichy et les politiques de la sexualité*, *op. cit.*, Pages 106 à 108.

[2120] Pour une vue d'ensemble de cette législation, *cf.* BORDEAUX Michèle, *La victoire de la famille dans la France défaite*, *Vichy 1940-1944*, *op. cit.*, Pages 195 à 210.
Sur l'origine de cette législation et la *préoccupation collective* qu'elle recouvrait, *cf.* OLIVIER Cyril, *Le vice ou la vertu, Vichy et les politiques de la sexualité*, *op. cit.*, Pages 80-81 et pages 98 à 100.
Sur l'élaboration de cette législation, *cf.* BONINCHI Marc, *Vichy et l'ordre moral*, *op. cit.*, Pages 88 à 95.

[2121] Les articles 337 et 338 du Code pénal édictaient que l'épouse et son amant encouraient une peine de trois mois à deux ans de prison.

[2122] Sur l'utilisation du sursis et des circonstances atténuantes par les juridictions, *cf.* BONINCHI Marc, *Vichy et l'ordre moral*, *op. cit.*, Pages 109-110.

[2123] Pour une analyse de l'initiative des poursuites dans le processus judiciaire relatif aux infidélités conjugales, *cf.* OLIVIER Cyril, *Le vice ou la vertu, Vichy et les politiques de la sexualité*, *op. cit.*, Page 94 à 98.

l'ordre public.[2124] Pour être qualifiée de *concubinage notoire*, la relation devait répondre à trois critères : la stabilité, la continuité (sans qu'il y eut forcément cohabitation) et la publicité. Par rapport à celle qui avait retenue pour l'article 340 du Code civil, l'interprétation de l'expression *concubinage notoire* de la nouvelle loi était encore plus extensive : ni l'existence des relations sexuelles, ni leur fréquence et leur régularité, ni la fidélité apparente des concubins n'était exigées.[2125] La requalification du délit en *adultère et complicité* fut quelquefois opérée par les tribunaux. S'agissant des condamnations pour le délit de *concubinage notoire*, les juges prononcèrent des peines plutôt modérées par rapport au discours de l'État français, très radical en matière de répression de ce délit.[2126] Un autre trait significatif de la politique de protection de la famille légitime par la pénalisation accrue de l'adultère ressortit des affaires concernant l'adultère du mari, exigeant l'entretien d'une concubine au domicile conjugal ;[2127] on relève un quasi triplement du nombre de cas jugés entre 1941 et 1944.[2128]

Le domaine des aides sociales fut également touché par le régime de l'ordre moral en vigueur.[2129] En effet, l'administration vichyste se prononça pour le refus du versement des allocations familiales aux familles illégitimes.[2130] Les concubines furent exclues du nombre des bénéficiaires de l'allocation de salaire unique, et les enfants nés hors mariage ne pouvaient pas ouvrir droit à la distribution de cette allocation.[2131] Un contrôle permettant de révéler les

---

[2124] BARD Christine, *op. cit.*, Page 133.

[2125] *Cf.* OLIVIER Cyril, *Le vice ou la vertu, Vichy et les politiques de la sexualité*, *op. cit.*, Page 82 et 84.

[2126] Pour une étude de la jurisprudence, en particulier celle de quinze tribunaux correctionnels, *cf. idem,* Pages 83 à 85 et 114 à 140.

[2127] L'article 339 du Code pénal disposait que le mari et sa maîtresse encouraient une amende de 100 à 2000 francs.

[2128] OLIVIER Cyril, *Le vice ou la vertu, Vichy et les politiques de la sexualité*, *op. cit.*, Page 91.

[2129] Sur cette question, *cf.* BORDEAUX Michèle, *La victoire de la famille dans la France défaite*, *Vichy 1940-1944*, *op. cit.*, Pages 77 à 89.

[2130] Lors du congrès du 15 mai 1941, le Comité central des allocations familiales signala aux participants qu'il y avait *au Ministère* [du travail] *une tendance, pour l'attribution des allocations, à ne plus avalises les situations de familles irrégulières, ceci dans un but de relèvement de la moralité.* Rapport du congrès, cité par CAPUANO Christophe, *Le familial en France sous le régime de Vichy : territoires, réseaux, trajectoires, Les exemples de la Bourgogne et de la Franche-Comté*, Thèse histoire, Université de Bourgogne, 2008, Volume 1, Pages 382-383.

[2131] *Il ne peut être question de lui allouer [à une femme] l'allocation si elle vit en concubinage avec un homme assurant, même en partie, ses besoins*, fut-il énoncé au cours du congrès du 15 mai 1941. Rapport du congrès, cité par CAPUANO Christophe, *op. cit.*, Page 384.

Lors du congrès de Montluçon du 26 juin 1941, le directeur de la caisse de Chambéry et les représentants des caisses estimèrent que la loi a *pour principal dessein de favoriser la famille régulière en écartant tout autre*

perceptions jugées abusives par des femmes vivant en état de concubinage fut assuré par le patronat qui en profita pour exercer une surveillance sur les mœurs de ses salariés.[2132] Par ailleurs, de l'esprit d'institutionnalisation du familial, découla la mise en place d'une *charte de la famille* par la loi Gounot, du 29 décembre 1942, qui institua une Fédération des familles françaises.[2133] Les familles naturelles ne furent évidemment pas reconnues au sein de cette fédération.

La visée nataliste de la politique vichyste sous-tendit la loi du 2 septembre 1941 qui prévoyait d'assister les femmes enceintes. Elle édictait l'obligation, pour les structures hospitalières de les recevoir gratuitement dans le mois qui précédait et dans celui qui suivait l'accouchement, sans qu'il pût y avoir d'inquisition de leur part.[2134] Parallèlement à l'ambition nataliste, le fait que l'atmosphère de stigmatisation de l'illégitimité touchât les parents sans forcément se répercuter sur les enfants naturels explique quelques aspects de la législation relative à la filiation. Ainsi, les enfants adultérins virent s'étendre leur faculté d'être légitimé par la loi du 14 septembre 1941.[2135] L'article 331 du Code civil fut réformé : la légitimation des enfants adultérins *a patre* était autorisée même en présence d'enfants ou de descendants légitimes issus du premier mariage. En outre, la légitimation sans mariage des enfants naturels, dont les parents s'étaient trouvés dans l'impossibilité de se marier du fait de la mobilisation et du décès du père, fut prévue, *à titre exceptionnel* (tout comme dans la loi du 7 avril 1917), par la loi du 2 novembre 1941 et par l'ordonnance du 2 décembre 1944.[2136] Dans les affaires touchant la filiation naturelle simple, si la jurisprudence ne favorisa pas la recherche de paternité, comme d'ailleurs dans la période précédente (elle interpréta notamment très strictement les conditions de cette recherche), quelques décisions plutôt progressistes furent prises par les tribunaux (par exemple, le droit de visite dans la famille

---

famille de ce bénéfice et qu'il faut dans l'ensemble, exclure tous les enfants illégitimes de l'allocation de salaire unique. Rapport du congrès, cité par *idem*, Pages 384-385.

[2132] Sur ce contrôle, *cf. id.*, Pages 416 à 419.

[2133] Sur cette charte, *cf.* BORDEAUX Michèle, *La victoire de la famille dans la France défaite*, *Vichy 1940-1944*, *op. cit.*, Pages 16-17 et 69 à 76.

[2134] Sur cette disposition, *cf.* LE GALL Yvon, *op. cit.*, Page 303.

[2135] Sur cette législation, *cf.* BORDEAUX Michèle, *La victoire de la famille dans la France défaite*, *Vichy 1940-1944*, *op. cit.*, Pages 210 à 216 ; MONTAZEL Laurence, « La filiation sous le régime de Vichy : un droit en manque d'unité », dans DURAND Bernard, LE CROM Jean-Pierre, SOMMA Alessandro (dir.), *op. cit.*, Pages 72 à 76.

[2136] NIZARD Alfred, *op. cit.*, Pages 114-115, note 3.

naturelle).[2137] La glorification de la famille légitime n'engendra pas un désintérêt envers le sort des filles-mères et de leurs enfants. Philippe Renaudin, commissaire général à la famille, estima que la société se devait de les assister. Une note émanant du Cabinet du maréchal Pétain fit état des sollicitations de filles-mères qui ne parvenaient pas à assumer la charge de leur enfant avec la trop minime *allocation aux filles-mères* (perçue pour l'enfant pendant trois ans). Le coût financier engendré par les abandons à l'Assistance publique et la lutte contre l'avortement conduisirent à envisager des dispositions pour obliger le père à reconnaître l'enfant, et des contraintes pénales *pour protéger la moralité publique et sauvegarder la famille*.[2138] De surcroît, la note préconisait d'accorder les mêmes droits aux enfants légitimes et aux enfants naturels, et, à cet effet, elle contenait plusieurs propositions.[2139] Elle se prononçait pour l'ouverture des droits aux allocations familiales et à l'allocation de salaire unique même si les enfants étaient nés hors mariage.[2140] Il en résulta que le bénéfice de l'allocation de salaire unique fut étendu aux filles-mères grâce à la loi du 6 juillet 1943, relative aux enfants naturels, qui prescrivit que les enfants naturels, reconnus par leur mère et à sa charge effective et exclusive, pouvaient ouvrir droit au versement de cette allocation.[2141] Peu avant, la loi du 15 avril 1943, relative à l'assistance à l'enfance, enjoignit de maintenir les maisons maternelles accueillant les mères célibataires et leurs enfants (qui avaient été créées par le décret-loi de 1939).[2142]

Avec la chute du régime de Vichy, l'instrumentalisation outrée de la propagande en faveur de la famille légitime s'estompa, et l'accès à la légalité civile du couple non marié put être à nouveau à l'ordre du jour.

[2137] Sur la jurisprudence, *cf.* MONTAZEL Laurence, *op. cit.*, Page 77-78 et 84-85.

[2138] Cabinet militaire du maréchal Pétain, Vichy, le 25 janvier 1943. Archives nationales, 2AG 605. Citée par CAPUANO Christophe, *op. cit.*, Pages 386-387.

[2139] Les mesures suggérées dans la note étaient : le maintien de l'accueil gratuit des filles-mères dans les établissements spécialisés ; le remplacement de *l'allocation de fille-mère* par les allocations familiales et de salaire unique ; le droit à la prime à la première naissance si l'enfant est reconnu par le père dans les six ou douze mois qui suivent la naissance ; la modification des inscriptions sur le registre d'état civil : arrivé à 20 ans, l'état civil de l'enfant naturel doit comporter le nom du père et de la mère même s'il a été reconnu par l'un des deux car *il ne doit pas être victime de le « faute » de ses parents*. Citée par *ibidem*.

[2140] A ce propos, il était ajouté dans la note : *Tout en conservant à la famille son caractère sacré de cellule-mère de la Patrie, il semble qu'une nouvelle législation plus libérale doit être envisagée pour permettre aux enfants naturels d'aborder la lutte pour la vie avec les mêmes chances de succès que celui qui a eu le bonheur de naître dans un foyer régulier.* Citée par *ibid*.

[2141] CAPUANO Christophe, *ibid*.

[2142] MONTAZEL Laurence, *op. cit.*, Page 73.

§ 2 : L'appréhension nouvelle de la famille hors mariage

Dès 1932, Louis Josserand, dans son *Cours de droit civil*, avait admis l'existence de la famille naturelle, et il en traitait à la suite du titre relatif à la famille légitime. *Bien que les rédacteurs du Code civil*, disait-il, *aient voulu jeter le voile sur les rapports hors mariage et encore qu'il ait été dit au cours des travaux préparatoires que « l'État n'a aucun intérêt à ce que la filiation des enfants naturels soit constatée », on trouve, dans le code et dans la législation postérieure, les éléments constitutifs de la parenté naturelle et, par suite, de la famille naturelle ; ainsi qu'il arrive toujours, la fiction a été démentie et vaincue par la réalité*.[2143] Il soulignait l'*infériorité* de la famille naturelle, qui était *loin d'avoir la même ampleur que la famille légitime*.[2144] Pourtant, dans les décennies qui suivirent, la majeure partie de la doctrine ne s'aligna pas sur la position de Louis Josserand, et les juristes qui traitaient du droit de la famille, niaient toujours l'existence de la famille naturelle.[2145]

La théorie de la personnalité morale de la famille, qui avait été avancée, en particulier, par René Savatier, en 1939, avait été soulevée dans l'objectif d'une institutionnalisation de la famille légitime,[2146] il en ressortit néanmoins un questionnement plus large. Si la famille devenait un sujet de droit, indépendamment des individus composant une famille, et par la même constituant une personne morale ; il lui appartenait divers droits (des droits extrapatrimoniaux tels, entre autres, le nom patronymique, et la puissance paternelle, ainsi que des droits touchant le patrimoine dont, notamment, la réserve héréditaire et les droits ouverts

---

[2143] JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français*, Tome I, 2e édition, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1932, Pages 613-614.

[2144] *Ibidem*. Il indiquait que ceci tenait à plusieurs causes : l'enfant naturel n'était rattaché qu'à ses auteurs, il n'entrait pas dans leurs familles ; la maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant* ne s'appliquait pas ; et la concubine n'était pas l'alliée des parents de son concubin. Par conséquent, la famille naturelle se limitait aux père et mère et à leur descendance.

[2145] Dans l'édition de 1952 du *Traité pratique*, André Rouast reprenait la même formule que celle de l'édition de 1926 : *Cette liberté extrême* [des concubins] *est incompatible avec l'existence de la famille qu'ils créent.* PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Tome II : *La famille*, Augmenté par ROUAST André, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, Page 60.

[2146] *Cf.* BORDEAUX Michèle, *La victoire de la famille dans la France défaite*, *Vichy 1940-1944*, *op. cit.*, Pages 130 à 133.

par la législation sociale).[2147] Tout en énonçant : *La famille envisagée comme titulaire d'un droit familial est, d'ordinaire, la famille légitime fondée sur le mariage* […]. *La famille légitime seule, en particulier, peut engendrer juridiquement un ménage, avec tous les droits associés à cette construction familiale*. Il admettait que *d'autres droits, tels le nom patronymique et la réserve successorale ont été étendus,* […] *à la famille naturelle*.[2148] En partant du postulat de l'existence juridique propre du groupe familial, il s'avérait envisageable de ne pas statuer uniquement sur la famille légitime, Savatier se rendait ainsi compte du dépassement du cadre traditionnel. Si la famille constituait une personne morale, celle-ci pouvait inclure d'autres structures conjugales que le mariage, et cela induisait la possibilité d'une pluralité de modèles familiaux.

Après la Libération, de nouveaux droits furent peu à peu conférés aux concubins. Lors de l'organisation du nouveau régime de la Sécurité sociale, les situations de fait furent prises en compte.[2149] Sur le plan des assurances sociales, l'ordonnance du 19 octobre 1945, à l'article 74, décréta que les enfants à la charge de l'assuré qu'ils soient légitimes, naturels, reconnus ou non, étaient bénéficiaires des prestations en nature de l'assurance maladie.[2150] On mesure ici tout le progressisme de cette législation sociale qui intégrait les enfants naturels non reconnus. De plus, l'ordonnance du 19 octobre 1945, à l'article 23, prescrivit que l'allocation spéciale d'assurance en cas de décès devait être attribuée aux personnes qui étaient, au jour du décès, à la charge effective, totale ou permanente de l'assuré qui venait de mourir (le conjoint ne devant en profiter qu'à leur défaut). L'administration interpréta cette disposition en intégrant la concubine parmi les personnes à charge lorsque son concubin la faisait vivre. Et, au niveau des prestations familiales, les législateurs prirent en compte l'intérêt des enfants, qu'ils fussent légitimes ou naturels, et les difficultés des filles-mères. La loi du 22 août 1946 assimila la mère naturelle à la mère légitime pour l'attribution de l'allocation de salaire unique (puisque selon les termes de la loi, l'allocation était due à toute personne salariée, seule et ayant au moins un enfant à charge). Les filles-mères étaient bénéficiaires, comme les femmes mariées,

---

[2147] SAVATIER René, « Une personne morale méconnue : La famille en tant que sujet de droit. », dans *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*, 1939, N° 25, Chronique XIII, Pages 49 à 51.
[2148] *Idem*, Page 52.
[2149] RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « L'évolution du statut civil de la famille depuis 1945 », dans LAROQUE Pierre (dir.), *La politique familiale en France depuis 1945*, Ministère des affaires sociales et de la solidarité nationale, Paris, La documentation française, 1985, Page 66.
[2150] ROUAST André, « La sécurité sociale et le droit de la famille », dans *Le droit privé au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Tome I, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, Page 352.

de l'allocation de maternité, et des allocations prénatales.[2151] Cette inclusion de la famille naturelle dans le dispositif de la Sécurité sociale essuya des reproches. André Rouast écrivit que *l'occasion aurait été bonne pour* [...] *favoriser* [la famille ayant pour base légale le mariage] *et pour lutter contre le développement du concubinage, cette union instable par essence, contraire à la morale, et qui ne saurait être constitutive de familles ordonnées et fécondes.* S'il ne mettait pas en cause la nécessité d'assister les mères naturelles, il regrettait que *les secours attribués en ce cas aient pu être qualifiés d'allocations familiales, au même titre que celles qui étaient données pour l'enfant légitime. C'était reconnaître légalement l'existence de la famille naturelle* […].[2152]

En matière de baux à loyers, alors que la loi du 1er avril 1926 avait reconnu, à la concubine, un droit à la prorogation, la loi du 1er février 1944 qui prévoyait le droit au maintien dans les lieux en réserva le bénéfice à l'occupant. Les tribunaux interprétèrent la loi de manière restrictive et refusèrent, le plus souvent, le bénéfice du maintien à la concubine, faute de titre régulier de location.[2153] Ce fut la loi sur les loyers du 1er septembre 1948 (qui créa l'allocation de logement), à l'article 5, qui permit à la concubine de bénéficier du maintien dans les lieux si elle justifiait qu'elle répondait à la désignation de personne à charge. Les législateurs avaient délibérément entendu protéger la concubine.[2154] Dans les décisions favorables à la concubine, la notion de prise en charge et de dépendance prévalait pour les juges (alors qu'en matière de société de fait, c'était celle de collaboration et de travail en commun qui était déterminante).[2155] Par conséquent, la concubine qui résidait effectivement avec le défunt se vit accorder la priorité sur la femme séparée de fait, ce qui souleva des protestations.[2156]

[2151] ROUAST André, « La Femme mariée et la Concubine au point de vue de la législation sociale », dans LAS CASES Emmanuel de, PETTITI Louis, SIMONNET François... [et al.], *op. cit.*, Pages 37 à 39.
[2152] ROUAST André, « La sécurité sociale et le droit de la famille », *op. cit.*, Pages 349 à 351.
[2153] CHEVROT Marcel et PETTITI Louis, « La législation des baux à loyers », dans LAS CASES Emmanuel de, PETTITI Louis, SIMONNET François... [et al.], *Conditions de l'épouse et de la concubine dans la législation française*, Paris, Recueil Sirey, 1956, Page 10.
[2154] Au cours de la discussion sur la loi à l'Assemblée nationale, le garde des sceaux énonça : *Nous pensons à la concubine qui perd celui qui a été le compagnon de sa vie et aussi un soutien. C'est notamment en sa faveur qu'en 1926 les termes « ou à sa charge » ont été prévus, et c'est le cas qui se trouvera encore préservé par le texte que nous présente la Commission*. Cité par CHEVROT Marcel et PETTITI Louis, *idem*, Page 11.
[2155] *Id.*, Page 12.
[2156] RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, *op. cit.*, Page 64, note 3.

S'agissant de la législation des pensions, la loi du 20 septembre 1948 (article 62 du Code des pensions de retraite) assimilait la veuve remariée et la concubine pour la radiation de leur pension (initialement, c'était la loi du 9 septembre 1941 qui avait supprimé leurs pensions aux veuves qui se remariaient, et mit sur le même plan le concubinage notoire et le remariage relativement à cette suppression). Le veuf remarié et le concubin étaient également assimilés (article 63 du Code des pensions de retraite). Puis, la situation des concubines connut une évolution qui lui fut favorable, notamment grâce à la loi du 12 novembre 1955 qui prévoyait que les concubines des invalides de guerre pouvaient obtenir des *secours* dont le montant était égal à celui des pensions. Bien qu'il fût ici question de *secours*, et non de pensions, les concubines étaient traitées de manière égalitaire avec les veuves légitimes.[2157]

Si le désintérêt légal face aux unions hors mariage ne figurait plus à l'ordre du jour, la méfiance face à l'essor des effets juridiques attachés au concubinage était toujours prégnante pour les tenants de la doctrine juridique.[2158] Cette inquiétude persistait également au sein des mouvements familialistes. En préfaçant un ouvrage paru au milieu des années 1950, le Président d'honneur de la Fédération des Familles de France, Georges Pernot, reprocha au Parlement de voter des mesures tendant *à assimiler* [...] *la concubine à la femme légitime et à considérer* [la famille naturelle] *comme une véritable famille.* Il rappela que, dès 1932, Josserand avait prophétisé l'avènement du concubinat, et déclara qu'il *est aujourd'hui réalisé*. *Si l'on réunissait*, écrivit-il, *dans un texte unique les dispositions éparses dans les lois les plus disparates, on se trouverait en présence d'un véritable « Code » du concubinat*.[2159] Une étude sociologique du concubinage fut menée par René Thèry (à partir des résultats du recensement de 1954) dans le dessein *de mesurer dans les faits la vitalité d'une de nos institutions*

[2157] MAS Georges, « Droits comparés de la Concubine et de l'Épouse en matière de pensions », dans LAS CASES Emmanuel de, PETTITI Louis, SIMONNET François... [et al.], *op. cit*., Pages 43 et 46.

[2158] André Rouast énonçait qu'*il est à craindre que l'on aboutisse à faire de l'union libre un mariage de second ordre, ce qui porterait préjudice au mariage lui-même, en favorisant dans l'opinion publique des situations qui demeureront malgré tout dangereuses à raison de leur instabilité. Seules les mesures qui constituent une charge, sans avantage correspondant pour les concubins, peuvent être acceptées sans hésitation. La formule législative en matière d'union libre ne doit pas être un parti-pris d'ignorance, mais une formule de combat.* PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème édition, Tome II : *La famille*, Par ROUAST André, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, Page 67.

[2159] PERNOT Georges, « Préface », dans LAS CASES Emmanuel de, PETTITI Louis, SIMONNET François... [et al.], *Conditions de l'épouse et de la concubine dans la législation française*, Paris, Recueil Sirey, 1956, Pages III-IV.

fondamentales : la famille fondée sur le mariage.[2160] Ses conclusions l'amenèrent à contester les *sombres prophéties que l'on faisait il y a vingt ou vingt-cinq ans sur « l'avènement du concubinat » ou le « crépuscule du mariage légal »*, en soutenant que *le concubinage apparaît donc pour la famille* […] *un péril dont rien d'ailleurs nous fait penser qu'il s'accroisse, tout au contraire.* Il en déduisit que *la défense du mariage est non seulement possible, mais facile*, et qu'il fallait *accentuer, à l'égard du concubinage, la politique de discrimination, voire de combat*.[2161] De leur coté, les tribunaux continuaient à régler les situations conflictuelles dues à la rupture du concubinage, sur le plan de la liquidation du patrimoine du couple et sur celui de l'admission de l'indemnisation de la concubine. S'agissant des donations entre concubins, la jurisprudence annulait celles ayant pour cause la continuation des *relations irrégulières*, et elle validait celles ayant pour cause une obligation naturelle née du devoir de réparation du préjudice subi du fait de la rupture.[2162]

Le concept de famille ne fut pas davantage précisé avec l'avènement de la IVe République. A cet égard, René Thèry évoquait *le désarroi intellectuel dont firent preuve les Constituants de 1945 et 1946 lorsqu'ils abordèrent le problème familial : ils purent bien proclamer que « la Nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement », mais ils ne parvinrent jamais à nous dire en quoi cette famille consiste : si bien que nous ignorons toujours si elle repose sur le mariage et la filiation légitime ou sur la seule filiation.* Au cours des années cinquante, la question de la manière de concevoir la famille se posait, selon René Thèry, car le droit mettait en œuvre *simultanément trois conceptions bien distinctes de la famille.*[2163] Ces trois conceptions se différenciaient selon la nature des relations unissant les membres du groupe familial : celle, traditionnelle, du Code civil (*relations juridiques interindividuelles du mariage et de la filiation*) ; celle, issue de la réforme de 1938-1942 et de l'ordonnance de 1945, où la famille était appréhendée comme un ensemble *(relations juridiques de type sociétaire pour une œuvre commune de procréation et*

[2160] Pour cette étude, *cf.* THÉRY René, « Le concubinage en France, recherche de sociologie juridique », dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1960, Pages 33 à 52.
[2161] *Idem*, Page 52.
[2162] Sur les solutions jurisprudentielles, *cf.* PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Tome II : *La famille*, Augmenté par ROUAST André, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, Pages 62 à 65 ; et, sur la jurisprudence postérieure, *cf.* RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, *op. cit.*, Pages 109 à 115 et 117-118.
[2163] THÉRY René, « Trois conceptions de la famille dans notre droit », dans *Recueil Dalloz*, 1953, Chronique IX, Page 47.

d'éducation) ; et celle, issue de la législation sociale, construite autour de la notion de *charges de famille* (*relations de fait d'ordre interindividuel sur la base de la prise en charge d'une subsistance*).[2164] Au début des années soixante, René Savatier notait que désormais les textes régissant le droit intégraient fréquemment le mot famille en tant que concept de droit. *Cet accueil*, analysait-il, *marque la conscience d'un besoin, ainsi que l'éveil juridique d'une réalité, sensiblement différente d'ailleurs de la famille d'autrefois, et sans doute beaucoup plus proche de l'amour.*[2165] Il supposait l'existence de la famille naturelle quand il exposait que *le propre de la famille naturelle, pour autant qu'on puisse parler d'une famille, est,* [...] *d'être occulte et inorganisée*.[2166]

L'attachement, dans le milieu des juristes, à la sauvegarde du mariage n'avait pas disparu, et le bien-fondé du statut d'infériorité des enfants naturels continuait à être soutenu. Ainsi, en 1952, André Rouast prétendait : *L'enfant naturel est le fruit d'une union irrégulière* […]. *Si la législation ne fait aucune différence entre lui et l'enfant légitime, il est à craindre que le respect du mariage soit compromis dans l'opinion publique. Qu'on le veuille ou non, toute mesure qui rapproche les effets des deux filiations, légitime et illégitime, est une prime à la débauche et à l'union libre*.[2167] Les réactions de ce type, peu novatrices en la matière, ne purent entraver l'évolution fondamentale du statut juridique des enfants naturels, puisqu'on constate que dès le milieu du XIXe siècle, l'égalité entre enfants naturels et enfants légitimes se réalisait déjà dans les faits (par le biais de libéralités testamentaires).[2168] La réforme opérée par la loi du 16 novembre 1912 en matière de recherche de paternité fut discutée sous plusieurs angles, au cours des travaux de la commission de réforme du Code civil (1946-1954). D'un côté quelques juristes (dont André Rouast) s'inquiétaient du caractère punitif que la pratique judiciaire avait conféré fréquemment, selon eux, à l'article 340 ; de l'autre côté, certains auteurs pensaient qu'il fallait aller plus loin en élargissant les cas d'ouverture et certains d'entre eux proposaient de permettre que, sur la seule preuve que le défendeur avait

---

[2164] *Cf. idem*, Pages 47 à 49.
[2165] SAVATIER René, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963 (1ère édition : 1937), « Avertissement pour l'édition de 1963 ».
[2166] *Idem*, Page 163.
[2167] PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *op. cit.*, Page 600.
[2168] LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *op. cit.*, Page 219.

eu commerce avec la mère pendant la période légale de conception, la paternité naturelle pût être déclarée.[2169] Mais, les cinq cas d'ouverture furent maintenus.

Le taux d'illégitimité fut décroissant jusqu'aux années 1960, mais par la suite, la tendance se renversa et il connut une ascension de plus en plus importante.[2170] Les lois améliorant la condition des enfants nés hors mariage se succédèrent. La loi 25 juillet 1952 introduisit de nouvelles règles relatives au nom des enfants naturels.[2171] Dans le but de faciliter l'établissement de la filiation maternelle, l'article 341, relatif à la recherche de maternité, fut modifié par la loi du 15 juillet 1955. Il était désormais possible de faire valoir la possession d'état constante à titre de commencement de preuve par écrit. Cette loi accorda, aux enfants incestueux ou adultérins, le droit d'intenter une action alimentaire sans qu'elle *ait pour effet de proclamer l'existence d'un lien de filiation dont l'établissement demeure prohibé*. Ce droit fut étendu aux enfants naturels simples non reconnus par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 20 mai 1969.[2172] Ensuite, la loi du 5 juillet 1956 supprima la restriction posée à la légitimation des enfants adultérins *a patre*, en autorisant la légitimation même en présence d'enfants légitimes issus du mariage au cours duquel ils avaient été conçus. Puis, la loi du 14 décembre 1964 sur la tutelle prévit une solution identique pour les enfants légitimes et les enfants naturels ; elle admit donc, de façon implicite, l'existence de la famille naturelle. S'agissant de la puissance paternelle, la loi du 4 juin 1970, substitua à cette ancienne notion celle d'autorité parentale ; et cette loi réforma ce domaine, tant pour les enfants légitimes que pour les enfants naturels.[2173] Enfin, ce fut la loi du 3 janvier 1972 qui mit explicitement un terme à la primauté de la filiation légitime : *L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime*. Cette loi fut précédée par une mesure d'ordre fiscal, et par l'abrogation de l'article 337 du Code civil, qui protégeait la famille légitime contre une reconnaissance d'enfant naturel faite après le mariage.[2174] Elle établit l'égalité entre les enfants

---

[2169] CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, Pages 1070-1071.
[2170] *Idem*, Page 1034. L'auteur indique qu'en 1936, il était de 6,7%, en 1955, de 6,4%, en 1962-1965, de 5,9% puis, en 1976 de 8,5%, en 1981, de 12,7%, et en 1989, de 28,2%.
[2171] Sur la législation portant sur le nom de l'enfant naturel, *cf.* RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « L'évolution du statut civil de la famille depuis 1945 », *op. cit.*, Pages 160 à 162.
[2172] HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, Page 305.
[2173] Sur la tutelle et la puissance paternelle sur l'enfant naturel (antérieurement à la loi de 1970), et sur l'autorité parentale sur l'enfant naturel, *cf.* RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, *op. cit.*, Pages 162 à 165.
[2174] Sur cette loi, *cf.* LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *op. cit.*, Pages 219 à 222 et 227-228.

légitimes et les enfants naturels simples, notamment en matière successorale. Les enfants naturels entraient désormais dans la famille de leur auteur. La loi de 1972 créa l'action à fins de subsides pour compenser le défaut d'établissement de la filiation paternelle. La légitimation était désormais possible pour tous les enfants.[2175] Bien plus que les diverses mesures accordant des droits aux concubins, ce fut la loi du 3 janvier 1972 qui consacra l'existence de la famille naturelle. Cette loi marque l'achèvement du questionnement soulevé consécutivement à la conception, dégagée par René Savatier, de la personnalité civile de la famille : la famille naturelle devenait une famille au même titre que la famille légitime.

Sur le plan jurisprudentiel, la question relative à l'attribution de dommages-intérêts à la concubine, en cas d'accident mortel de son compagnon, était controversée. Le droit à indemnisation avait été accordé, puis il y eut un revirement dans les années trente. Les tribunaux opposaient à la concubine l'immoralité de la situation et l'absence d'intérêt légitime. Le préjudice subi par la concubine finit par être admis par la Chambre mixte de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 27 février 1970. La jurisprudence participa ainsi à la reconnaissance juridique du concubinage.[2176]

Au point de vue sociologique, à partir des années 1970, de profonds changements touchèrent la sphère de la conjugalité : une désaffection à l'endroit du mariage se propageait, d'où un accroissement de la proportion des couples hors mariage et des naissances hors mariage.[2177] D'une part, on constate une multiplication des unions libres,[2178] et d'autre part, le développement du phénomène de la cohabitation juvénile, qui constituait, la plupart du temps, un mode de vie prénuptial.[2179] Une diversification des modes de vie conjugale s'instaurait.[2180]

[2175] Pour une étude détaillée de la situation de l'enfant naturel à partir de la loi de 1972 (les reconnaissances, les légitimations, les décisions judiciaires, l'autorité parentale), *cf.* PRIOUX France, « Le droit et les familles non mariées en France », dans *Population*, 1994, Volume 49, N° 6, Pages 1349 à 1360.
[2176] CARBONNIER Jean, *op. cit.*, Page 1471.
[2177] *Cf.* LENOIR Rémi, « L'évolution des structures familiales », dans LAROQUE Pierre (dir.), *La politique familiale en France depuis 1945*, Ministère des affaires sociales et de la solidarité nationale, Paris, La documentation française, 1985, Pages 47 à 49 et 56-57.
[2178] Pour une analyse comparative de la pratique du concubinage en 1954 (d'après l'étude de René Théry) et en 1990, *cf.* PRIOUX France, « La fréquence de l'union libre en France », dans *Population*, 1995, Volume 50, N° 3, Pages 828 à 844.
[2179] Pour une étude de ce phénomène, *cf.* ROUSSEL Louis, « La cohabitation juvénile en France », dans *Population*, 1978, Volume 33, N° 1, Pages 15 à 42.

Dans l'objectif de dissoudre de façon apaisée les unions conjugales à la demande des époux, la loi du 11 juillet 1975 réintroduisit le divorce par consentement mutuel (qui avait été établi, sous la Révolution, par la loi du 20 septembre 1792, et qui n'avait pas été repris dans le Code civil de 1804, ni dans la loi du 27 juillet 1884).[2181] L'idée qui était sous-tendue était celle d'un divorce-remède. L'annonce de cette réforme avait pu effrayer certains juristes qui craignaient qu'elle annihilât toute distinction entre le mariage et le concubinage.[2182] Par la suite, d'autres dénoncèrent *comme premier effet pervers* [de cette loi] *la légitimation du concubinage*.[2183] En outre, la loi du 11 juillet 1975 mit fin à l'exclusivité de la représentation de la famille légitime dans les associations familiales[2184] en ouvrant ces associations à toutes personnes *ayant charge légale d'enfants par filiation ou adoption, soit exerçant l'autorité parentale ou la tutelle sur un ou plusieurs enfants* [...], toutefois la loi ne faisait pas explicitement référence à la famille naturelle.[2185] Une autre mesure relevant du domaine des assurances sociales, pour la couverture du risque maladie et du risque maternité, constitua un progrès considérable : la loi du 2 janvier 1978 attribua la qualité d'ayant droit au concubin ou à la concubine d'un assuré social.[2186] Là encore, des juristes ne manquèrent pas de soulever des critiques à l'encontre de cette disposition législative et notamment le *risque d'assimilation de l'union de fait à l'union de droit*.[2187] En outre, il est notable que les textes disparates accordant une protection sociale aux concubins ne furent pas intégrés au Code civil. Sur le

---

[2180] Sur cette question, *cf.* FORSÉ Michel, « Le recul du mariage », dans *Revue de l'OFCE*, Année 1986, Volume 16, N°1, Pages 217 à 234 ; VILLENEUVE-GOKALP Catherine, « Du mariage aux unions sans papiers : histoire récente des transformations conjugales », dans *Population*, 1990, Volume 45, N° 2, Pages 265 à 297.

[2181] Sur cette loi, *cf.* LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *op. cit.*, Pages 148 à 154.

[2182] Le professeur Malaurie écrivit qu'il s'agissait d'*une nouvelle étape dans l'élaboration de la société permissive que la France connaît depuis 1964* […]. *Avec le nouveau régime de divorce, n'y aura-t-il plus alors que le nom qui fasse la différence du mariage et du concubinage ?* MALAURIE Philippe, « Mariage et concubinage en droit français contemporain », dans *Archives de philosophie du droit*, Tome 20, *Réformes du droit de la famille*, Paris, Sirey, 1975, Pages 17-18.

[2183] DREYFUS François-Georges, « La Ve République et la famille », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Page 209.

[2184] L'Union Nationale et les Unions Départementales des Associations Familiales (UNAF et UDAF) furent créées par l'ordonnance du 3 mars 1945.

[2185] *Cf.* GOUNOT Emma, « Les familles légitimes non fondées sur le mariage », dans NERSON Roger, *Mariage et famille en question*, Tome 1, Éd. du CNRS, 1978, Pages 191-192.

[2186] L'article 13 de la loi édictait : *La personne qui vit maritalement avec un assuré social et qui est à sa charge effective, totale et permanente* […] *a la qualité d'ayant droit de l'assuré pour l'ouverture du droit aux prestations en nature des assurances maladie et maternité.*

[2187] PEYRARD Georges, « Les couples non mariés », dans NERSON Roger, *op. cit.*, Page 224.

plan de la preuve de la filiation naturelle, la loi du 25 juin 1982 disposa que la possession d'état était le troisième mode d'établissement de la filiation naturelle. Les législateurs se préoccupaient toujours davantage de la famille naturelle. La loi du 22 juillet 1987 permit aux concubins d'exercer l'autorité parentale conjointe. Puis, la recherche de paternité naturelle fut facilitée par la loi du 8 janvier 1993 qui supprima les cas d'ouverture et les fins de non-recevoir.[2188] De plus, la loi du 8 janvier 1993 édicta que l'autorité parentale serait exercée en commun par les deux parents non mariés à condition qu'ils *vivent en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance*. Il s'agit d'un nouvel effet attribué au concubinage, consistant en l'acquisition de droits familiaux. Enfin, l'ordonnance du 4 juillet 2005 (modifiée par la loi du 16 janvier 2009) consacra la disparition de toute trace d'infériorité des enfants naturels en unifiant la matière de la filiation.[2189]

[2188] Sur cette loi, *cf*. LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *op. cit.*, Page 222.
[2189] Sur cette loi, *cf*. *idem*, Page 223.

Conclusion

En songeant aux propos de Montesquieu : *Il a fallu flétrir le concubinage* […] *; il a donc fallu flétrir les enfants qui en étaient nés*, on constate que l'effacement de la flétrissure infligée au concubinage a procédé de l'amélioration de la condition des enfants naturels, qui a trouvé sa conclusion avec l'obtention d'un statut d'égalité avec les enfants légitimes. Avec la reconnaissance de l'existence juridique de la famille naturelle, une nouvelle réalité familiale s'est emparée du droit, celle du pluralisme.

Le corollaire de cette consécration juridique de la famille naturelle semble être la loi du 15 novembre 1999, bien que ce ne soit pas son but à l'origine, puisqu'elle est élaborée avant tout à l'attention des couples de même sexe. Le droit ne peut plus se contenter d'un modèle unique en matière de conjugalité. En effet, au terme de plusieurs siècles de lutte ouverte contre le concubinage, puis de combat voilé par le biais de l'ignorance de la loi et par des incitations au mariage, nous sommes entrés dans l'ère de l'acceptation de formes alternatives de conjugalité. Une partie de la population ne souhaite pas se marier, la vie démocratique impose le respect de ce choix et des solutions juridiques appropriées. Quatorze ans avant la loi relative au PACS, Jean Carbonnier estime que les réponses fragmentaires issues de lois diverses et de la jurisprudence sont insuffisantes et que le législateur doit produire une réforme d'ensemble pour organiser un statut pour les concubins, d'autant plus que le droit comparé peut l'y aider. Il propose d'épargner les formalités inhérentes à la conclusion d'un mariage aux concubins prêts à accepter *un concubinage légalisé, civilisé*. *On pourrait*, écrit-il, *privatiser ces formalités, les remplacer par des actes notariés, actes inomés, contrats ou distrats...*[2190]

La loi du 15 novembre 1999 institue le pacte civil de solidarité et le règlemente aux articles 515-1 à 515-7 du Code civil.[2191] De plus, la loi inscrit le concubinage dans le Code

[2190] CARBONNIER Jean, Préface dans RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique*, Tome I, Paris, Éditions du CNRS, 1986, Pages 10-11.
[2191] L'article 515-1 définit le PACS comme *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.*

civil, l'article 518-8 se contente d'en apporter la définition,[2192] la loi ne créée aucun lien de droit entre les concubins. Pour autant, le concubinage accède à la légalité civile. Avec la loi, on aboutit à la reconnaissance juridique de deux formes d'union à côté du mariage : le PACS, et le concubinage. C'est un retour à la pluralité des formes d'unions, le fondement de cette pluralité est différent de celui de la Rome antique, puisque l'instauration du PACS est une réponse à l'impossibilité de se marier pour les couples homosexuels non pas pour des raisons liées au statut social des personnes, mais parce l'institution matrimoniale est, pour l'instant, réservée aux couples composés d'un homme et d'une femme. Néanmoins, comme à Rome pour le concubinat, le fait de s'unir par un PACS dénote également un choix délibéré de la part de couples hétérosexuels qui peuvent prétendre au mariage. D'ailleurs, on constate que ceux-ci représentent la majorité des pacsés.

Les avancées législatives n'ont pas abouti à une assimilation entre le mariage, le PACS, encore moins entre le mariage et le concubinage. Le PACS est un contrat, et non une institution civile. En 1999, la loi n'accorde pas au PACS un véritable statut, puisqu'il doit seulement régler les relations matérielles entre les partenaires. La législation relative au PACS ne lui attribue pas les mêmes effets que ceux attachés au mariage. En matière de transmission des biens, la situation du partenaire survivant est différente de celle de l'époux survivant. Le Pacs ne confère pas la qualité d'héritier au partenaire, il n'a pas de vocation successorale (en ce sens, le PACS se distingue du concubinat romain), donc le partenaire devient, sur ce plan, un simple concubin. Toutefois, sur le plan fiscal, depuis 2007, le partenaire est totalement exonéré des droits de succession pour les biens qu'il reçoit par testament. Quant aux concubins de l'article 515-8 du Code civil, ils sont considérés comme des étrangers l'un vis-à-vis de l'autre. Les concubins peuvent se consentir des donations ou des legs. En effet, la jurisprudence a admis leur licéité, les libéralités entre concubins sont généralement validées, la cause des donations et des dispositions testamentaires n'est plus désormais jugée contraire aux bonnes mœurs (même dans l'hypothèse d'un concubinage adultérin).

En outre, pour le législateur, le PACS ne s'inscrit pas dans une perspective familiale, donc la loi n'a pas d'incidence sur le titre du Code civil consacré à la filiation. Donc la

---

[2192] L'article 515-8 dispose : *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.*

dissociation entre la question du couple et celle de la filiation perdure. Aucune présomption de paternité ne profite aux enfants naturels, leur filiation s'établit par la reconnaissance (ou, seulement pour la mère, par la déclaration de naissance si son nom y est inscrit), la possession d'état, ou par la voie judiciaire. L'idée, qui avait été abondamment soulevée, dans la seconde partie du XIXe siècle, d'appliquer une présomption de paternité à l'union hors mariage : *Is pater est quem concubinatus demonstrat*, n'est pas admise dans notre droit ; la présomption reste perçue comme l'effet principal et exclusif du mariage. Il semble évident qu'aujourd'hui, la paternité étant aisément prouvable grâce aux tests génétiques, cela n'aurait aucune utilité au niveau de la possibilité d'établir la paternité. Sur le principe seulement, cela amènerait à une égalité parfaite entre les enfants naturels et les enfants légitimes en alignant les modes d'établissement de la paternité. A ce propos, Irène Théry écrit, en 1998, qu'*il ne paraît en aucune façon souhaitable d'étendre au concubinage une quelconque présomption de paternité* [concernant le père naturel]*, ce qui irait absolument à l'encontre de la spécificité de cette communauté de vie. En ce sens, une exigence d'égalité abstraite des filiations ne respecterait pas les significations respectives du mariage et du concubinage.*[2193]

Parallèlement, la reconnaissance juridique du couple homosexuel est engagée avec le vote de la loi sur le PACS. Elle peut sembler inaboutie puisque le mariage est refusé aux couples de même sexe. Il s'agit du mouvement inverse de celui développé jusqu'ici, puisque c'est l'inscription dans la norme conjugale qui est revendiquée par une partie des couples homosexuels, alors que l'union libre, du moins celle apparue dans les années soixante, implique une contestation de la norme. Cette sollicitation est inhérente à l'obtention des avantages conférés exclusivement par le mariage. Et, sous un aspect non juridique, le mariage a probablement une force que ne possède pas le PACS, en termes de représentation symbolique de l'engagement des conjoints. Quelques temps avant l'adoption de la loi relative au PACS, Jacques Poumarède s'interroge : *Qu'en est-il de l'égalité face aux revendications homosexuelles en faveur de la reconnaissance d'un contrat ou d'un pacte d'union civile* ?[2194] L'actualité incite à transposer ses propos : Qu'en est-il de l'égalité face aux revendications homosexuelles en faveur du mariage ?

[2193] THÉRY Irène, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1998, Page 173.

[2194] POUMARÈDE Jacques, « De la sécularisation au déclin contemporain », dans BONTEMS Claude (dir.), *Mariage- Mariages*, Actes du colloque international de l'AFAD, Paris, PUF, 2001, Page 70.

Comme les développements se sont attachés à le souligner à propos de l'admission de la recherche de paternité naturelle et de la reconnaissance juridique du concubinage, l'évolution du droit familial ne se réalise pas sans heurts. Les exemples d'agréments donnés au mariage homosexuel, tirés du droit comparé, pourraient conforter l'engagement d'une réforme. Seul l'article 75 du Code civil énonce la sexualisation du mariage en employant les termes de *mari et femme*. La question de l'admission du mariage entre personnes de même sexe pose surtout celle de la remise en cause du modèle *naturel* de la famille fondée sur un couple de sexe différent et donc reproducteur. La perspective du mariage homosexuel induit celle du mariage pluriel, car la présomption de paternité ne peut être un effet attaché au mariage contracté par des personnes de même sexe, donc il y aurait à côté du mariage hétérosexuel, un mariage dépourvu de présomption de paternité, dont les modalités resteraient à déterminer. Par ailleurs, face à la réalité sociale de l'homoparentalité, le débat est ouvert sur une reconnaissance légale des familles homoparentales.

Sources

XIIIe - XVIIIe siècle

− AGUESSEAU d', *Œuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau*, Tomes quatrième et septième, Paris, Libraires associés, 1764 et 1772.

− BEAUMANOIR Philippe de, *Coutumes de Beauvaisis*, *Texte critique publié avec une introduction et une table analytique par* SALMON A., Tome premier, Paris, Alphonse Picard et fils, 1899.

− BLONDEAU Claude et GUERET Gabriel, *Journal du Palais*, Tome premier, Paris, Guignard et Robustel, 1713.

− BOUCHEL Laurens, *La bibliotheque ou thrésor du droict français*, Tome premier, Paris, J. Petit-Pas, 1629.

− BOURDOT de RICHEBOURG Charles Antoine, *Nouveau coutumier général*, Paris, M. Brunet, 1724, 4 volumes.

− BOURJON François, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, Tome premier, Nouvelle édition, Paris, Grangé et Cellot, 1770.

− BRILLON Pierre Jacques, *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle des Parlemens de France, et autres tribunaux*, Nouvelle édition, Tome quatrième, Paris Cavelier, 1727.

− BRILLON Pierre Jacques, *Nouveau dictionnaire civil et canonique de droit et de pratique*, Paris, Besoigne, 1697.

− CHORIER Nicolas, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape, dans ses décisions*, Seconde édition, Grenoble, Veuve d'André Giroud, 1769.

− DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Neuvième édition, Tomes premier, second, troisième, et quatrième, Paris, Veuve Desaint, 1777.

− DENISART Jean Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence* (Mise dans un nouvel ordre, corrigée et augmentée), Tomes troisième et cinquième, Paris, Veuve Desaint, 1786.

− *Le Dictionnaire de l'Académie Françoise*, Paris, Veuve Jean Baptiste Coignard, 1694.

− DIDEROT, D'ALEMBERT, *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tomes II, III et IV, Paris, Briasson et autres, 1751-1753-1754, et Tome X, Neufchastel, Faulche et Compagnie, 1765.

− DIDEROT, *Œuvres philosophique*s, Paris, Bordas, 1990.

− DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Seconde édition, Tome I, Paris, Veuve Jean Baptiste Coignard, 1695.

− DURAND DE MAILLANE Pierre-Toussaint, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, 2e édition, Tomes premier, troisième et quatrième, Lyon, Duplain, 1770.

− DURAND DE MAILLANE Pierre-Toussaint, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, 3e édition, Tomes premier, troisième, quatrième et cinquième, Lyon, Duplain, 1776.

− *Encyclopédie méthodique*, *Jurisprudence*, Tomes neuvième et dixième, Paris, Panckoucke, 1789-1791.

− FERRIÈRE Claude-Joseph de, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Nouvelle édition, Tome premier, Paris, Damonneville, 1762.

− FEVRET Charles, *Traité de l'abus*, Tomes I et II, Lyon, Girin et Rivière, 1673.

− FOURNEL, *Traité de la séduction considérée dans l'ordre judiciaire*, Paris, Demonville, 1781.

− FREMINVILLE Edme de la Poix, *Dictionnaire ou traité de la police générale des villes, bourgs, paroisses, et seigneuries de la campagne*, Paris, Chez les Associés au Privilège des Ouvrages de l'auteur, 1771.

− GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, 2e édition, Tomes premier, second, quatrième, septième, et dixième, Paris, Visse, 1784-1785.

− HELVÉTIUS, *De l'homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation*, Tome second, Londres, Chez la Société typographique, 1773.

− JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Tomes premier et troisième, Paris, Debure Père, 1771.

− LE RIDANT, *Code matrimonial*, Herissant, Paris, 1766.

− LE RIDANT, *Traité sur le mariage*, *Examen de deux questions importantes sur le mariage*, s. n., 1753.

− LOYSEL, *Institutes coutumières*, Tome I, Paris, Gosselin, 1710.

− MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Tome I, Paris, Garnier, 1987 ; et Tome II, Paris, Bordas, 1990 (1re édition : 1748), 566 et 753 pages.

− MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Paris, Bordas, 1992 (1re édition : 1721), 419 pages.

− MORELLY, *Code de la Nature, ou Le véritable Esprit de ses Loix*, Partout, Chez le Vrai Sage, 1755.

− MUYART DE VOUGLANS Pierre-François, *Institutes au droit criminel*, Paris, Le Breton, 1757.

− PERRIER François et RAVIOT Guillaume, *Arrests notables du Parlement de Dijon*, Tome premier et tome second, Dijon, Augé, 1735.

− *Pétition à la Convention nationale en faveur des enfants naturels*, Paris, Imp. Poliglotte, 1793.

− POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, Tomes premier et second, Paris, Debure, 1771.

− POTHIER, *Œuvres de Pothier contenant : Les traités du droit français*, Par M. Dupin, Tome sixième : *Traité de la puissance maritale, de la communauté, des donations entre mari et femme*, Tome septième : *Traité des successions, des donations testamentaires, des donations entre vifs, des substitutions, des propres*, Paris, Pichon-Béchet, 1827.

− RASSICOD Etienne, « Dissertation sur la réception et l'autorité du Concile de Trente en France », dans *Notes sur le Concile de Trente*, Bruxelles, Foppens, 1708.

− *Recueil d'édits, déclarations et arrest de sa Majesté, Concernant l'Administration de la Justice et la Police des Colonies Françaises de l'Amérique, et les Engagés*, Tome 2, Paris, Libraires associez, 1744.

− RICARD Jean-Marie, *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, Tome I, Paris, Rollin, 1754.

− ROUSSEAUD DE LACOMBE Guy du, *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier*, Paris, Durand, 1769.

− SERPILLON François, *Code civil ou Commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667*, Paris, Delaguette, 1776.

− SERVAN, *Œuvres*, Nouvelle édition par X. de Portets, Tome I, Paris, Chez les Éditeurs, 1825.

− SOURDIS Henri d'ESCOUBLEAU de, *Procédure de Monseigneur l'illustrissime et reverendissime Cardinal de Sourdis, Archevesque de Bourdeaus, et Primat d'Aquitaine, Contre Jean Le Conte, escuyer, Sieur de Saugean et Jamine Chaloubie, ses diocesains, excommuniez pour leur concubinage, Avec l'arrest de la Cour de Parlement de Tholoze, sur ce intervenu. Ensemble les raisons canoniques au contraire*, Bourdeaus, Par Pierre de la Court, 1627.

− TAISAND, *Coutume générale des Pays et Duché de Bourgogne*, Dijon, Jean Ressayre, 1698.

XIXe siècle

− *Code civil des Français*, *Édition originale et seule officielle*, Paris, Imprimerie de la République, An XII, 1804.

− DUVERGIER Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, Tomes premier à quatorzième, Paris, A. Guyot et Scribe, 1824-1825.

− DUVERGIER Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlemens, et avis du Conseil d'État*, Tomes quarante-sixième et cinquantième, Paris, Directeur de l'administration, 1824-1878.

− FUZIER-HERMAN Ed., *Répertoire général alphabétique du Droit Français*, Tome treizième, Paris, Larose, 1895.

− ISAMBERT, JOURDAN, DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieur, 1821-1833, 29 volumes.

– *Journal officiel de la République Française sous la Commune du 19 mars au 24 mai 1871* (*réimpression*), Paris, V. Bunel, 1871, 655 pages.

– LAROUSSE Pierre, *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle*, Tome IV, Genève-Paris, Slatkine, 1982 (1re édition : 1866-1876).

– LEDRU-ROLLIN, LÉVESQUE J.-A., *Journal du palais*, *Recueil le plus complet de la jurisprudence française*, 3e édition, Tome 44, Paris, F.-F. Patris, 1845.

– LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Tomes troisième, quatrième, cinquième, sixième, septième, dixième et onzième, Paris, Treuttel et Würtz, 1827.

– MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit*, 4e édition, Tome deuxième, Paris, Garnery, 1827.

– MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5e édition, Tomes cinquième, sixième et quatorzième, Paris, Garnery, 1827-1828.

XXe siècle

– NAZ R., *Dictionnaire de droit canonique*, Tomes troisième et sixième, Paris, Letouzey et Ané, 1938.

– *Recueil général des lois et des arrêts*, Paris, Sirey, 1831-1950.

– VACANT A., MANGENOT E., AMANN E. (dir.), *Dictionnaire de théologie catholique*, Tomes troisième, neuvième et quinzième, Paris, Letouzey et Ané, 1911, 1927 et 1946.

Bibliographie

Ouvrages

XVIe-XVIIIe siècle

− BOISSEL François, *Le catéchisme du genre humain*, Seconde édition, Paris, s. n., 1792.

− BONNEVILLE, *Le nouveau code conjugal, établi sur les bases de la Constitution et d'après les principes et les considérations de la loi déjà faite et sanctionnée qui a préparé et ordonné ce nouveau code*, Paris, Chez les Directeurs de l'Imp. du Cercle, 1792.

− CHODERLOS de LACLOS, *De l'éducation des femmes*, Paris, Léon Vannier, 1903.

− GOUGES Olympe de, *Les droits de la femme*, s. n., 1791.

− MALESHERBES Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON de, *Mémoire sur le mariage des protestans, en 1785*, Londres, s. n., 1787.

− PASQUIER Estienne, *Les lettres d'Estienne Pasquier*, Tome premier, Paris, Laurent Sonnius, 1619.

− PRÉVOST Abbé, *Manon Lescaut*, Paris, Gallimard, 1972 (1re édition : 1731).

− PROUDHON, *Cours de législation et de jurisprudence françaises*, Tomes premier et second, Besançon, Tissot, 7e année républicaine.

− RABELAIS, *Le Tiers Livre des faicts et dicts Heroïques du bon Pantagruel*, Paris, M. Fezandat, 1552 (1re édition : Paris, Christian Wechel, 1546).

− RESTIF de la BRETONNE, *La vie de mon père*, Paris, Garnier Frères, 1970 (1re édition : 1779), 315 pages.

− RESTIF de la BRETONNE, *Le paysan perverti*, Paris, Robert Laffont, 2002 (1re édition : 1776).

− RESTIF de la BRETONNE, *Le Thesmographe, ou idées d'un honnête-homme, sur un projet de règlement, Proposé à toutes les Nations de l'Europe, pour opérer une Réforme générale des Loix*, La Haie, Chès Gosse-Junior et Changuion, Paris, Chès Maradan, 1789, 590 pages.

− ROBESPIERRE Maximilien de, *Les droits et l'état des bâtards* (discours prononcé en 1786), Arras, Académie des sciences, lettres et arts, 1971, 158 pages.

− TURGOT Anne Robert Jacques, *Le Conciliateur ou Lettres d'un ecclésiastique à un magistrat*, 1754, dans *Œuvres de Turgot*, Tome second, Osnabrück, Otto Zeller, 1966 (réimpression de l'édition de 1844), Pages 688 à 703.

XIXe siècle

− ACOLLAS Émile, *L'enfant né hors mariage : le droit de l'enfant*, Seconde édition, Paris, Germer-Baillière, 1870, 160 pages.

− AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, Tome sixième, 4e édition, Paris, Marchal et Billard et Cie, 1873.

− BALZAC Honoré de, *La cousine Bette*, Paris, SECA, 1966 (1re parution : en feuilleton, 1846), 396 pages.

− BALZAC Honoré de, *Physiologie du mariage*, Paris, Gallimard, 1971 (1re édition : 1829).

− BARET Paul, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger,* Paris, Marescq, 1872, 239 pages.

− CADET Ernest, *Le mariage en France : statistiques, réformes, Études morales sur la société contemporaine*, Paris, Guillaumin, 1870, 249 pages.

− CHABOT de l'ALLIER, *Questions transitoires sur le Code civil*, Tomes I, II et III, Dijon, Lagier, 1829.

− DAUBIÉ Julie-Victoire, *La femme pauvre au XIXe siècle*, Deuxième édition (refondue et augmentée), Tome second : *Condition morale*, Paris, E. Thorin, 1869 (1re édition : Guillaumin, 1866), 302 pages.

− DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Tome second, Bruxelles, P. J. de Mat, 1825 (1re édition : 1813).

− DUMAS Alexandre fils, *La recherche de la paternité, Lettre à M. Rivet, député*, Paris, Calmann Lévy, 1883, 138 pages.

− GIRARD Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1898 (1re édition : 1895).

− GIRARDIN de Émile, *La liberté dans le mariage*, dans *Questions philosophiques, Questions de mon temps, 1852 à 1857*, Paris, Michel Lévy frères, 1868, Pages 377 à 533.

− JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français*, Tome I, 2e édition, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1932.

− LAFERRIÈRE Firmin, *Essai sur l'histoire du droit français depuis les temps anciens jusqu'à nos jours, y compris le droit public et privé de la Révolution française*, 2e édition, Tome second, Paris, Guillaumin et Cie, 1859.

− PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Tome II : *La famille*, Collab. : ROUAST André, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1926.

− PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, 2e édition, Tome II : *La famille*, Par ROUAST André, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.

− RICHER Léon, *Le code des femmes*, Paris, E. Dentu, 1883, 402 pages.

− SAGNAC Philippe, *La législation civile de la Révolution française, 1789-1804*, Paris, Hachette, 1898, réimp., 1971, 445 pages.

− SAND George, *Jacques*, Paris, Michel Lévy frères, 1853 (1re édition : 1834).

− SCHŒLCHER Victor, *Des colonies françaises, Abolition immédiate de l'esclavage*, Paris, Pagnerre, 1842.

− TISSOT Joseph, *Le mariage, la séparation et le divorce : considérés aux points de vue du droit naturel, du droit civil, du droit ecclésiastique et de la morale, suivis d'une étude sur le mariage civil des prêtres*, Paris, Marescq Ainé, 1868, 352 pages.

− VIOLLET Paul, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1886.

XXe - XXIe siècles

− ADLER Laure, *Secrets d'alcôve, Histoire du couple de 1830 à 1930*, Paris, Hachette littératures, 2006 (1re édition : 1983), 239 pages.

- ARABEYRE Patrick, HALPÉRIN Jean-Louis, KRYNEN Jacques (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français*, XIIe-XXe siècle, Paris, PUF, 2007, 827 pages.

- ARIÈS Philippe et DUBY Georges (dir.), *Histoire de la vie privée*, Tome 4 : PERROT Michelle (dir.), *De la Révolution à la grande guerre*, Tome 5 : PROST Antoine et VINCENT Gérard (dir.), *De la Première Guerre mondiale à nos jours*, Paris, Seuil, 1987, 636 et 634 pages.

- BADINTER Élisabeth, *L'amour en plus, Histoire de l'amour maternel (XVIIe-XXe siècle)*, Paris, Flammarion, 2009 (1re édition : 1980), 379 pages.

- BARD Christine, *Les femmes dans la société française au XXe siècle*, Paris, Armand Colin, 2003 (1re édition : 2001), 285 pages.

- BART Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Paris, Montchrestien, 2009 (1re édition : 1998), 477 pages.

- BART Jean, *Histoire du droit*, Paris, Dalloz, 2002 (1re édition : 1999), 146 pages.

- BASDEVANT Jules, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage du concile de Trente au Code civil* (Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de l'Université de Paris), Paris, Larose et Forcel, 1900, 236 pages.

- BELS Pierre, *Le mariage des protestants français jusqu'en 1685*, Paris, LGDJ, 1968, 264 pages.

- BÉLY Lucien (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime : royaume de France, XVIe-XVIIIe siècle*, Paris, PUF, 1996, 1384 pages.

- LE BRAS Gabriel et GAUDEMET Jean (dir.), *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident*, Tome XIV : BERNHARD Jean, LEFEBVRE Charles, RAPP Francis, *L'époque de la Réforme et du Concile de Trente*, Paris, Cujas, 1989, 447 pages.

- BLUCHE François (dir.), *Dictionnaire du Grand Siècle*, Paris, Fayard, 1990, 1640 pages.

- BLUM Léon, *Du mariage*, Paris, Albin Michel, 1990 (1re édition : 1907), 281 pages.

- BOLOGNE Jean Claude, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Hachette Littératures, 2005 (1re édition : 1995), 478 pages.

- BONINCHI Marc, *Vichy et l'ordre moral*, Paris, PUF, 2005, 318 pages.

- BORDEAUX Michèle, *La victoire de la famille dans la France défaite*, *Vichy 1940-1944*, Paris, Flammarion, 2002, 395 pages.

- BOURQUIN Laurent (dir.), *Dictionnaire historique de la France moderne*, Paris, Belin, 2005, 441 pages.

- BURGUIÈRE André, KLAPISCH-ZUBER Christiane, SEGALEN Martine, ZONABEND Françoise (dir.), *Histoire de la famille*, Tome 2 : *Le choc des modernités*, Paris, Armand Colin, 1986, 559 pages.

- BURGUIÈRE André, *Le mariage et l'amour en France, De la Renaissance à la Révolution*, Paris, Seuil, 2011, 384 pages.

- CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2009 (1re édition : 2000), 486 pages.

- CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Volume 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 2004 (1re édition : 1955-1956).

- CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, 276 pages.

- CARBONNIER Jean, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995 (1re édition : 1979), 336 pages.

- CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 2001 (1re édition : 1969), 278 pages.

- CASTALDO André (Textes présentés par), TAUBIRA Christiane (Introduction de), *Codes noirs de l'esclavage aux abolitions*, Paris, Dalloz, 2006, 150 pages.

- CHARPENTIER Jehanne, *Le droit de l'enfance abandonnée, Son évolution sous l'influence de la Psychologie (1552-1791)*, Paris, PUF, 1967.

- CHAUMIER Serge, *La déliaison amoureuse, De la fusion romantique au désir d'indépendance*, Paris, Payot, 2004 (1re édition : 1999), 343 pages.

- CHEVALIER Louis, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIXe siècle*, Paris, Perrin, 2007 (1re édition : Plon, 1958), 566 pages.

- DAUCHY Serge et DEMARS-SION Véronique (dir.), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*, Paris, Éditions La mémoire du droit, 2005, 468 pages.

- DEMARS-SION Véronique, *Femmes séduites et abandonnées au 18e siècle*, *L'exemple du Cambrésis*, Lille, L'espace juridique, 1991, 479 pages.

- DEROUSSIN David, *Histoire du droit privé (XVIe-XXIe siècle)*, Paris, Ellipses, 2010, 460 pages.

- DEWERE-FOURCADE Mireille, *Le concubinage*, Que sais-je?, Paris, PUF, 1989, 127 pages.

- DONZELOT Jacques, *La police des familles*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1977, 221 pages.

- DUBY Georges et PERROT Michelle, *Histoire des femmes en Occident*, Tome III : ZEMON DAVIS Natalie et FARGE Arlette (dir.), *XVIe – XVIIIe siècle*, Tome IV : FRAISSE Geneviève et PERROT Michelle (dir.), Le *XIXe siècle*, Tome V : THÉBAUD Françoise (dir.), Le *XXe siècle*, Paris, Perrin, 2002 (1re édition : 1990-1992), 658, 764 et 891 pages.

- DUBY Georges, *Le chevalier, la femme et le prêtre*, Paris, Hachette Littératures, 1981, 312 pages.

- ESMEIN Adhémar, *Le mariage en droit canonique*, 2e édition, mise à jour par R. GÉNESTAL et J. DAUVILLIER, Tomes premier et second, Paris, Libraire du recueil Sirey, 1929-1935 (1re édition : 1891), 477 et 507 pages.

- EWALD François (dir.), *Naissance du Code civil, La raison du législateur, Travaux préparatoires du Code Civil rassemblés par P.A. FENET*, Paris, Flammarion, 1989, 409 pages.

- FARGE Arlette, *La vie fragile : violence, pouvoirs et solidarités à Paris au XVIIIe siècle*, Paris, Hachette, 1986, 354 pages.

- FARGE Arlette et FOUCAULT Michel, *Le désordre des familles*, *Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, Paris, Gallimard Julliard, 1982, 362 pages.

- FILLON Anne, *Les trois bagues aux doigts, Amours villageoises au XVIIIe siècle*, Paris, Robert Laffont, 1989, 527 pages.

- FLANDRIN Jean-Louis, *Le sexe et l'Occident*, Paris, Seuil, 1981, 375 pages.

- FLANDRIN Jean-Louis, *Les amours paysannes*, Paris, Gallimard, 1993 (1re édition : 1977), 334 pages.

- FONSEGRIVE George, *Mariage et union libre*, Paris, Plon-Nourrit, 1904, 392 pages.

- FRAISSE Geneviève, *Muse de la raison : démocratie et exclusion des femmes en France*, Paris, Gallimard, 1995 (1re édition : 1989), 378 pages.

- GARNOT Benoît, *On n'est point pendu pour être amoureux..., La liberté amoureuse au XVIIIe siècle*, Paris, Belin, 2008, 188 pages.

- GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, Les mœurs et le droit*, Paris, Cerf, 1987, 520 pages.

- GARAUD Marcel, *La Révolution française et la famille*, Manuscrit mis à jour et complété par SZRAMKIEWICZ Romuald, Paris, PUF, 1978, 270 pages.

- GENDREL Michel, *Les mariages in extremis*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958, 211 pages.

- GÉNESTAL Robert, *Histoire de la légitimation des enfants naturels en droit canonique*, Paris, E. Leroux, 1905, 238 pages.

- GIROLLET Anne, *Victor Schœlcher, abolitionniste et républicain*, Paris, Karthala, 2000, 409 pages.

- GODINEAU Dominique, *Citoyennes tricoteuses : les femmes du peuple à Paris pendant la Révolution française*, Aix-en-Provence, Alinéa, 1988, 420 pages.

- GOUBERT Pierre, DENIS Michel (présentés par), *1789, les français ont la parole : cahiers des États Généraux*, Paris, Gallimard, 1989 (1re édition : 1964), 261 pages.

- GOUBERT Pierre et ROCHE Daniel, *Les Français et l'Ancien Régime*, Tome 2 : *Culture et société*, Paris, Armand Colin, 1984, 392 pages.

- GRIMMER Claude, *La femme et le bâtard, Amours illégitimes et secrètes dans l'ancienne France*, Paris, Presses de la Renaissance, 1983, 280 pages.

- HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2006 (1re édition : 2004), 383 pages.

- HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2001 (1re édition : 1996), 384 pages.

- HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, 309 pages.

- HOFFMANN Paul, *La femme dans la pensée des Lumières*, Genève, Slatkine, 1995 (1re édition : 1977), 621 pages.

- KNIBIEHLER Yvonne, FOUQUET Catherine, *Histoire des mères du Moyen-Âge à nos jours*, Paris, Montalba, 1980, (1re édition : 1977), 365 pages.

- LAS CASES Emmanuel de, PETTITI Louis, SIMONNET François... [et al.], *Conditions de l'épouse et de la concubine dans la législation française*, Paris, Recueil Sirey, 1956, 59 pages.

- LASKINE Edmond, DUBRUJEAUD André, *L'union libre devant la loi et les tribunaux*, Paris, E. Muller, 1935, 200 pages.

- LEBRUN François, *La vie conjugale sous l'Ancien Régime*, Paris, Armand Colin, 1975, 179 pages.

- LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille,* Paris, PUF, 1996, 475 pages.

- LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Les officialités à la veille du concile de Trente*, Paris, LGDJ, 1973, 293 pages.

- LÉVY Jean-Philippe, CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2010 (1re édition : 2002), 1619 pages.

- MARION Marcel, *Dictionnaire des institutions de la France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, A. et J. Picard, 1999 (1re édition : 1923), 564 pages.

- MESSU Michel, *Les politiques familiales, Du natalisme à la solidarité*, Paris, Éd. Ouvrières, 1992, 142 pages.

- MOUSSET Sophie, *Olympe de Gouges et les droits de la femme*, Paris, Pocket, 2007, 133 pages.

- NAQUET Alfred, *Vers l'union libre*, Paris, F. Juven, 1908 (1re édition : 1905), 279 pages.

- OLIVIER Cyril, *Le vice ou la vertu, Vichy et les politiques de la sexualité*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail-Toulouse, 2005, 311 pages.

- OLIVIER-MARTIN François, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Tome 2, Paris, Ernest Leroux, 1930, 652 pages.

- OURLIAC Paul, GAZZANIGA Jean-Louis, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985, 442 pages.

- OURLIAC Paul, MALAFOSSE Jehan de, *Histoire du droit privé*, Tome III : *Le droit familial*, Paris, PUF, 1968, 554 pages.

- PIERRARD Pierre, *La vie quotidienne du prêtre français au XIXe siècle, 1801-1905*, Paris, Hachette, 1986, 488 pages.

- PETOT Pierre, *Histoire du droit privé français*, La famille, Paris, Loysel, 1992, 528 pages.

- PHAN Marie-Claude, *Les amours illégitimes, Histoires de séduction en Languedoc (1676-1786)*, Paris, Éditions du CNRS, 1986, 240 pages.

- P.-LÉVY Françoise, *L'amour nomade, La mère et l'enfant hors mariage (XVIe XXe siècle)*, Paris, Seuil, 1981, 255 Pages.

- POLY Jean-Pierre, *Le chemin des amours barbares, Genèse médiévale de la sexualité européenne*, Paris, Perrin, 2003, 607 pages.

- POUZOL Abel, *La recherche de la paternité : étude critique de sociologie et de législation comparée*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1902, 579 pages.

- QUÉTEL Claude, *De par le Roy, Essai sur les lettres de cachet*, Privat, Toulouse, 1981, 242 pages.

- RENAUT Marie-Hélène, *Histoire du droit de la famille*, Paris, Ellipses, 2002, 95 pages.

- RICHARD Michel, *La vie quotidienne des protestants sous l'Ancien Régime*, Paris, Hachette, 1966, 319 pages.

- ROCHELANDET Brigitte, *Destins de femmes en Franche-Comté, XVIe-XVIIIe siècles*, Besançon, Cêtre, 2005, 174 pages.

- RONSIN Francis, *Le contrat sentimental*, Paris, Aubier, 1990, 299 pages.

- ROUCHE Michel, SAGAZAN Benoît de (collab.), *Petite histoire du couple et de la sexualité*, Tours, Éditions CLD, 2008, 260 pages.

- RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique*, Tomes I et II, Paris, Éditions du CNRS, 1986, 236 et 251 pages.

- SALA-MOLINS Louis, *Le Code Noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, Presses universitaires de France, 2005 (1re édition : 1987), 292 pages.

- SAVATIER René, *L'art de faire des lois : Bonaparte et le Code civil*, Paris, Dalloz, 1927, 47 pages.

- SAVATIER René, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963 (1re édition : 1937), 224 pages.

- SEGALEN Martine, *Éloge du mariage*, Paris, Gallimard, 2003, 127 pages.

- SEGALEN Martine, *Sociologie de la famille*, Paris, Armand colin, 2002 (1re édition : 1981), 293 pages.

- SENN Félix, KROELL Maurice, MICHON Lucien, [et al.], *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, Paris, Recueil Sirey, 1930, 295 pages.

- SINGLY François de, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Armand Colin, 2007 (1re édition : 1993), 128 pages.

- SOBOUL Albert, *Dictionnaire historique de la Révolution française*, Paris, PUF, 1989, 1132 pages.

- SOBOUL Albert, *Les sans-culottes*, Paris, Seuil, 1968, 248 pages.

- SOLÉ Jacques, *Être femme en 1500, La vie quotidienne dans le diocèse de Troyes*, Paris, Perrin, 2000, 255 pages.

- SOLÉ Jacques, *L'amour en Occident*, Paris, Albin Michel, 1976, 311 pages.

- SZRAMKIEWICZ Romuald, *Histoire du droit français de la famille*, Paris, Dalloz, 1995, 143 pages.

- TALLON Alain, *Le concile de Trente*, Paris, Les éditions du cerf, 2000, 135 pages.

- THÉRY Irène, *Le démariage, Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1996 (1re édition : 1993), 426 pages.

- THÉRY Irène, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1998, 413 pages.

- TIMBAL Pierre-Clément, *Droit romain et ancien droit français*, Paris, Dalloz, 1975, 239 pages.

− VALDRINI Patrick, DURAND Jean-Paul, ÉCHAPPÉ Olivier, [et al.], *Droit canonique*, Dalloz, Paris, 1999 (1re édition : 1989), 696 pages.

− VAN USSEL Jos, *Histoire de la répression sexuelle*, Paris, Robert Laffont, 1972, 349 pages.

− WALCH Agnès, *Histoire du couple en France : de la Renaissance à nos jours*, Rennes, Éditions Ouest-France, 2003, 221 pages.

− ZELDIN Theodore, *Histoire des passions françaises (1848-1945)*, Tome I : *Ambition et amour*, Paris, Payot et Rivages, 2003 (1re édition : 1978 pour la traduction française), 537 pages.

Articles

XIXe siècle

− AMIABLE Louis, « De la condition des enfants illégitimes dans l'ancien droit français », dans *Revue historique de droit français et étranger*, Tome dixième, 1864, Pages 369 à 390.

− BEAUCHET Ludovic, « Étude historique sur les formes de célébration du mariage dans l'ancien droit français », dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger,* 1882, Pages 351 à 393 et 631 à 683.

− BRUNETIÈRE Ferdinand, « La recherche de la paternité », dans *Revue des deux Mondes*, Tome cinquante-neuvième, 15 septembre 1883, Pages 349 à 380.

− DUGUIT Léon, « Étude historique sur le rapt de séduction », dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1886, Pages 587 à 625.

− ESMEIN Adhémar, « Le délit d'adultère à Rome et la loi *Julia de adulteriis* », dans *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, *Droit romain*, Paris, Larose et Forcel, 1886, Pages 71 à 169.

− GIRAUD Léon, « La vérité sur la recherche de la paternité », dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1884, Nouvelle série, Tome XIII, Pages 590 à 633 et 672 à 687.

– LETORT Charles, « Compte-rendu de la séance de la Société d'économie politique du 5 janvier 1897 », dans *Journal des économistes*, 5e série, Tome XXIX, Guillaumin, Paris, 1897, Pages 114 à 132.

– MICHEL Georges, « Le mariage des indigents », dans *L'Économiste français*, 5 avril 1890, Pages 419 à 421.

– MORILLOT Léon, « De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge en Europe », dans *Revue historique de droit français et étranger*, Tome douzième, 1866, Pages 149 à 187, 363 à 391 et 526 à 552.

XXe - XXIe siècles

– ARIÈS Philippe, « L'amour dans le mariage », dans *Communications*, 1982, Volume 35, N° 1, Pages 116 à 122.

– BARRIÈRE Louis-Augustin, « Penser le(s) concubinage(s), La doctrine française et le concubinage depuis le Code civil », dans Mélanges RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé*, Paris, Litec 2002, Pages 143 à 181.

– BART Jean, « Claude Basire et le mariage des prêtres », dans *Religion et Révolution en Côte-d'Or*, Colloque des 25-26 novembre 2010, Archives départementales de la Côte-d'Or, Actes à paraître.

– BART Jean, « La famille bourgeoise, héritière de la Révolution ? », dans LÉVY Marie-Françoise (dir.), *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Paris, O. Orban, 1989, Pages 357 à 372.

– BART Jean, « Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille », dans *Annales historiques de la Révolution française*, N° 300, 1995, Pages 187 à 196.

– BART Jean, « Le but de la société est le bonheur commun », dans *Les déclarations de l'an I*, Colloque de Poitiers, 2 et 3 décembre 1993, Paris, PUF, 1995, Pages 134 à 143.

– BATTAGLIOLA Françoise, « Mariage, concubinage et relations entre les sexes, Paris, 1880-1890 », dans *Genèses*, 1995, Volume 18, N° 1, Pages 68 à 96.

– BÉRARD Pierre, « Le sexe entre tradition et modernité, XVIe-XVIIIe siècle », dans *Cahiers internationaux de Sociologie*, Volume LXXVI, Paris, PUF, 1984, Pages 135 à 160.

– BERNHARD Jean, « Évolution du sens de la forme de célébration du mariage dans l'Église d'occident », dans *Revue de droit canonique*, 1980, Volume 30, N° 1-2, Pages 187 à 205.

– BERNHARD Jean, « Le décret *Tametsi* du Concile de Trente : triomphe du consensualisme matrimonial ou institution de la forme solennelle du mariage ? », dans *Revue de droit canonique*, 1980, Volume 30, N° 3-4, Pages 209 à 234.

– BIGOT Grégoire, « La jurisprudence au secours de l'alimentation des enfants illégitimes au XIXe siècle », dans PLESSIX-BUISSET Christiane (dir.), *Ordre et désordre dans les familles*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2002, Pages 125 à 147.

– BONINCHI Marc, « Ordre moral et protection de la famille sous le régime de Vichy », dans DURAND Bernard, LE CROM Jean-Pierre, SOMMA Alessandro (dir.), *Le droit sous Vichy*, Francfort-sur-le-Main, V. Klostermann, 2006, Pages 333 à 357.

– BONTEMS Claude, « Mariage et famille : l'originalité et les limites du modèle occidental », dans *Le Banquet*, N° 12, 1998.

– BORDEAUX Michèle, « Sept ans de réflexion, Divorce et ordre social (1940-1945) », dans POUMARÈDE Jacques et ROYER Jean-Pierre (dir.), *Droit, Histoire et sexualité*, Lille, L'espace juridique, 1987, Pages 229 à 247.

– BOUDOUARD Laurence et BELLIVIER Florence, « Des droits pour les bâtards, l'enfant naturel dans les débats révolutionnaires », dans THÉRY Irène, BIET Christian (dir.), *La Famille, la Loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, Pages 122 à 144.

– BOUGLÉ-LE ROUX Claire, « Tes père et mère honoreras! Code pénal de 1810 et Cour de cassation : une politique pénale au service du chef de famille (1811-1824) », dans PLESSIX-BUISSET Christiane (dir.), *Ordre et désordre dans les familles*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2002, Pages 65 à 82.

– BOYER Laurent, « Concubinages et concubinats du code d'Hammurabi à la fin du XIXe siècle », dans RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique*, Tome I, Paris, Éditions du CNRS, 1986, Pages 127 à 163.

– BRUNET Laurence, DEMOULIN Florence, « Propos circonspects sur une notion séduisante, la possession d'état de couple », dans *Le Banquet*, N° 12, 1998.

– BURGUIÈRE André, « Demande d'État et aspirations individualistes, Les attentes contradictoires des familles à la veille de la Révolution », dans LÉVY Marie-Françoise (dir.), *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Paris, O. Orban, 1989, Pages 25 à 32.

- BURGUIÈRE André, « La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil) », dans *Droit et Société*, N° 14, 1990, Pages 21 à 36.

- BURGUIÈRE André, « La famille et l'État, Débats et attentes de la société française à la veille de la Révolution », dans THÉRY Irène, BIET Christian (dir.), *La Famille, la Loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, Pages 147 à 156.

- BURGUIÈRE André, «La Révolution et la famille», dans *Annales*, Volume 46, N° 1, 1991, Pages 151 à 168.

- CARBONNIER Jean, « L'amour sans la loi, Réflexions de psychologie sociale sur le droit de la filiation, en marge de l'histoire du protestantisme français », dans *Bulletin de la société de l'histoire du protestantisme français*, 1979, Tome 125, Pages 47 à 75.

- CARBONNIER Jean, « Le droit entre le droit et le non-droit. Conclusion juridique pour un colloque de démographie sur la nuptialité », dans *Population*, 1992, Volume 47, N° 3, Pages 745 à 759.

- CASSIN René, Note sous Cass. civ. 7 février 1922, dans *Recueil Sirey*, 1922, 1re partie, Pages 321-322.

- CAVROIS de SATERNAULT, « La réforme de l'article 340 », dans *Revue catholique des institutions et du droit*, Volume 52, janvier 1914, Pages 58 à 72, et février 1914, Pages 138 à 169.

- CHASSAING Jean-François, « Famille romaine, famille chrétienne », dans BOUINEAU Jacques (dir.), Centre d'Études Internationales sur la Romanité, *La famille*, Paris, L'Harmattan, 2006, Pages 187 à 199.

- CHASSAGNADE-BELMIN Paul, « La reconnaissance juridique de l'union libre », dans *Revue catholique des institutions et du droit*, novembre-décembre 1930, Volume 68, Pages 532 à 546.

- CHAUNU Huguette, « Le mariage civil des protestants au XVIIIe siècle et les origines de l'état civil », dans *Annales, Économies, Sociétés, Civilisations*, Volume 5, N° 3, 1950, Pages 341 à 343.

- CHEVROT Marcel et PETTITI Louis, « La législation des baux à loyers », dans LAS CASES Emmanuel de, PETTITI Louis, SIMONNET François... [et al.], *Conditions de l'épouse et de la concubine dans la législation française*, Paris, Recueil Sirey, 1956, Pages 10 à 15.

- CLÈRE Jean-Jacques, « De quelques aspects juridiques de la condition des femmes pendant la Révolution française », dans CHARLOT Patrick, GASPARINI Éric (dir.), *La femme dans l'histoire du droit et des idées politiques*, Éditions universitaires de Dijon, 2008, Pages 145 à 158.

- CLÈRE Jean-Jacques, « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806), dans *Revue de l'arbitrage*, janvier-mars 1981, Pages 3 à 28.

- COLIN Ambroise, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, Pages 257 à 300.

- COMPPER Gaëlle, « Le modèle juridique officiel de la famille et les pratiques familiales à la Guadeloupe : quelques pistes de recherches », dans NIORT Jean-François (dir.), *Du Code noir au Code civil, Jalons pour l'histoire du Droit en Guadeloupe*, Paris, L'Harmattan, 2007, Pages 159 à 186.

- CORLEY R. Christopher, « Entre le droit et la pratique, un exemple dijonnais : « les donations à cause de mort » et l'âge à la majorité, XVIe-XVIIIe siècles », dans BARDET Jean-Pierre, LUC Jean-Noël, ROBIN-ROMERO Isabelle (dir.), *Lorsque l'enfant grandit, Entre dépendance et autonomie*, Paris, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2003, Pages 341 à 348.

- COSTES Maurice, « Une nouvelle étape dans la simplification des formalités du mariage : La loi du 9 août 1919 », dans *Lois nouvelles*, 1922, 1re partie, Pages 1 à 31.

- COURTEMANCHE Andrée, « Morale sexuelle des clercs et des laïcs à Fréjus au XIVe siècle », dans *Revue de l'histoire des religions*, 1992, Volume 209, N° 4, Pages 349 à 380.

- CUILLIERON Monique, « Les causes matrimoniales des officialités de Paris au Siècle des Lumières, 1726-1789 », dans *Revue historique de droit français et étranger,* 1988, Volume 4, Pages 527 à 559.

- DEGERT A., « Le mariage de Gaston d'Orléans et de Marguerite de Lorraine », dans *Revue historique*, Tomes CXLIII et CXLIV, 1923, Pages 161 à 180 et 1 à 57.

- DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) », dans *Pouvoirs*, N° 107, Le Seuil, 2003, Pages 37 à 53.

- DEMARS-SION Véronique, « L'amour astucieux : les mariages par surprise dans le ressort de l'officialité de *Cambrai* au XVIIIe siècle », dans BONTEMS Claude (dir.), *Mariage-Mariages*, Actes du colloque international de l'AFAD, Paris, PUF, 2001, Pages 183 à 206.

- DEPAUW Jacques, « Amour illégitime et société à Nantes au XVIIIe siècle », dans *Annales, Économies, Sociétés, Civilisations*, Volume 27, N° 4-5, 1972, Pages 1155 à 1182.

- DESAN Suzanne, « Qu'est-ce qui fait un père ? Illégitimité et paternité de l'an II au Code civil », dans *Annales Histoire, Sciences sociales*, 2002, Volume 57, N° 4, Pages 935 à 964.

- DESSERTINE Dominique, « Le divorce féminin sous la Révolution, une quête du bonheur ? », dans *Les femmes et la Révolution française*, *2-L'individuel et le social, apparitions et représentations*, Actes du colloque international, 12-13-14 avril 1989, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1990, Pages 77 à 81.

- DESSERTINE Dominique, « Le divorce sous la Révolution : audace ou nécessité ? », dans THÉRY Irène, BIET Christian (dir.), *La Famille, la Loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, Pages 312 à 321.

- DREYFUS François-Georges, « La Ve République et la famille », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 203 à 211.

- DOUSSET Christine, « La perception de la pauvreté féminine sous la Révolution (dans la législation sur l'assistance) », dans *Les femmes et la Révolution française*, *1-Modes d'action et d'expression, Nouveaux droits-Nouveaux devoirs*, Actes du colloque international, 12-13-14 avril 1989, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1989, Pages 397 à 402.

- DUPÂQUIER Jacques, « Révolution et protection sociale », dans THÉRY Irène, BIET Christian (dir.), *La Famille, la Loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, Pages 461 à 479.

- DUPONT-BOUCHAT Marie-Sylvie, « Les nouvelles conduites sexuelles au XVIe et XVIIe siècles, Discours de l'Église et Discours du Droit Laïque », dans POUMARÈDE Jacques et ROYER Jean-Pierre (dir.), *Droit, Histoire et sexualité*, Lille, L'espace juridique, 1987, Pages 105 à 120.

- ESMEIN Paul, « L'union libre », dans *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*, 1935, N° 21, Chronique, XIII, Pages 49 à 52.

- FORSÉ Michel, « Le recul du mariage », dans *Revue de l'OFCE*, Année 1986, Volume 16, N°1, Pages 217 à 234.

- FORTUNET Françoise, « De l'égalité dans la différence : les enfants dans le droit révolutionnaire », dans LÉVY Marie-Françoise (dir.), *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Paris, O. Orban, 1989, Pages 341 à 348.

- FORTUNET Françoise, « Le mariage civil, une fête civique? », dans *Réjouissances citoyennes en Côte-d'Or, 1789-1800*, Dijon, Archives départementales de la Côte-d'Or (Cahier du Comité départemental pour l'histoire de la Révolution en Côte-d'Or, Nouvelle série n°1), 2005, Pages 45 à 51.

- FORTUNET Françoise, « Qui sont les mères de nos enfants? », dans *Les femmes et la Révolution française*, *1-Modes d'action et d'expression, Nouveaux droits-Nouveaux devoirs*, Actes du colloque international, 12-13-14 avril 1989, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1989, Pages 403 à 407.

- FORTUNET Françoise, « Sexualité hors mariage à l'époque révolutionnaire : les mères des enfants de la nature », dans POUMARÈDE Jacques et ROYER Jean-Pierre (dir.), *Droit, Histoire et sexualité*, Lille, L'espace juridique, 1987, Pages 187 à 198.

- FREY Michel, « Du mariage et du concubinage dans les classes populaires à Paris (1846-1847) », dans *Annales ESC*, 1978, n° 4, Pages 803 à 829.

- FREY Michel, « Hypothèses sur les comportements concubins au sein des classes populaires à Paris en 1846/1847 : le rôle des prostituées et des femmes logeant en garnis », dans *Aimer en France, 1760-1860*, Actes du Colloque international (20-22 juin 1977), Clermont-Ferrand, Faculté des lettres et sciences humaines, 1980, Tome 2, Pages 565 à 578.

- GARDEN Maurice, « La famille entre l'anthropologie et l'histoire », dans LEQUIN Yves (dir.), *Histoire des français XIXe-XXe siècles, Un peuple et son pays,* Paris, Armand Colin, 1984, Pages 369 à 405.

- GARDEN Maurice, « Le souci de l'enfance », dans LEQUIN Yves (dir.), *Histoire des français XIXe-XXe siècles, Un peuple et son pays,* Paris, Armand Colin, 1984, Pages 307 à 341.

- GASPARINI Eric, « Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire : la quête du juste milieu », dans *Annales historiques de la Révolution française*, N° 328, 2002, Pages 121 à 133.

- GAUDEMET Eugène, « Jurisprudence française en matière de droit civil, Personnes et droits de famille », dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, N° 43, Pages 395 à 405 et 607 à 624.

- GAUDEMET Jean, «Mariage clandestin et appel comme d'abus », dans GAUDEMET Jean, *Sociétés et mariage*, Strasbourg, Cerdic, 1980, Pages 408 à 424.

- GAUDEMET Jean, « Union libre et mariage dans la Rome impériale », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 375 à 392.

– GAUTIER Arlette, « Les familles esclaves aux Antilles françaises, 1635-1848 », dans *Population*, 2000, Volume 55, N° 6, Pages 975 à 1001.

– GENY François, « L'enfant naturel et la famille », dans SENN Félix, KROELL Maurice, MICHON Lucien... [et al.], *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, Paris, Recueil Sirey, 1930, Pages 115 à 148.

– GHESTIN Jacques, « L'action des parlements contre les « mésalliances » aux XVIIe et XVIIIe siècles », dans *Revue historique de droit français et étranger*, 1956, Pages 74 à 110 et 196 à 224.

– GIRAUD Léon, « La vérité sur la recherche de la paternité », dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1884, Nouvelle série, Tome XIII, Pages 590 à 633 et 672 à 687.

– GOBERT Valérie, « Droit de la famille et matrifocalité », dans NIORT Jean-François (dir.), *Du Code noir au Code civil, Jalons pour l'histoire du Droit en Guadeloupe*, Paris, L'Harmattan, 2007, Pages 221 à 232.

– GOUNOT Emma, « Les familles légitimes non fondées sur le mariage », dans NERSON Roger, *Mariage et famille en question*, Tome 1, Éd. du CNRS, 1978, Pages 191 à 210.

– GUILLAIS-MAURY Joëlle, « La grisette », dans FARGE Arlette et KLAPISCH-ZUBER Christiane (dir.), *Madame ou Mademoiselle*, Paris, Montalba, 1984, Pages 233 à 250.

– HALPÉRIN Jean-Louis, « La composition des tribunaux de famille sous la Révolution ou « les juristes, comment s'en débarrasser? » », dans THÉRY Irène, BIET Christian (dir.), *La Famille, la Loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, Pages 292 à 304.

– HALPÉRIN Jean-Louis, « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », dans *Annales historiques de la Révolution française*, N° 328, avril-juin 2002, Pages 135 à 151.

– H. HUUSSEN Jr. Arend, « La « crise » du mariage et de la famille pendant la Révolution française », dans *Aimer en France, 1760-1860,* Actes du Colloque international (20-22 juin 1977), Clermont-Ferrand, Faculté des lettres et sciences humaines, 1980, Tome 2, Pages 331 à 343.

– H. HUUSSEN Jr. Arend, « Le droit du mariage au cours de la Révolution française », dans *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit*, 1979, Pages 9 à 51 et 99 à 127.

- IMBERT Jean, « Les témoins au mariage du Concile de Trente à 1792, en France », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 307 à 313.

- JALLAMION Carine, « Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », dans *Annales historiques de la Révolution française*, N° 350, octobre-décembre 2007, Pages 69 à 85.

- JEANCLOS Yves, « Consentement et pratique matrimoniale en France au XVIIe siècle », dans *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Volume 58, *Parents et enfants*, Dijon, 2001, Pages 309 à 358.

- JEANCLOS Yves, « Consentement matrimonial et rapt de séduction en France d'après quelques actes de la seconde moitié du XVIIIe siècle », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 269 à 305.

- JONES Huguette, « Mariage et union libre dans la Rome antique », dans DE PAGE Philippe, DE VALKENEER Roland, *L'union libre, Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles le 16 octobre 1992*, Bruxelles, Bruylant, 1992, Pages 29 à 43.

- JOSSERAND Louis, « L'avènement du concubinat », dans *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*, 1932, N° 13, Chronique, Pages 45 à 51.

- KARABELIAS Evangelos, « Le concubinat à Byzance : discipline ecclésiastique et droit impérial », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 739 à 748.

- KNIBIEHLER Yvonne, « L'enfant au sein de l'espace public », dans LÉVY Marie-Françoise (dir.), *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Paris, O. Orban, 1989, Pages 79 à 84.

- LABROUSSE Élisabeth, « Les mariages bigarrés, Unions mixtes en France au XVIIIe siècle », dans POLIAKOV Léon (dir.), *Le couple interdit, entretiens sur le racisme*, Paris, Mouton, 1980, Pages 159 à 176.

- LASCOUMES Pierre, « L'émergence de la famille comme intérêt protégé par le droit pénal, 1791-1810 », dans THÉRY Irène, BIET Christian (dir.), *La Famille, la Loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, Pages 340 à 348.

− LAIDIÉ Frank, « Les fêtes du Directoire », dans *Réjouissances citoyennes en Côte-d'Or, 1789-1800*, Dijon, Archives départementales de la Côte-d'Or (Cahier du Comité départemental pour l'histoire de la Révolution en Côte-d'Or, Nouvelle série n°1), 2005, Pages 35 à 44.

− LAIDIÉ Frank, « Parents, enfants, la famille dans la fête révolutionnaire. Images et symboles d'une régénération juridique », dans *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Volume 58, *Parents et enfants*, Dijon, 2001, Pages 493 à 510.

− LEFAUCHEUR Nadine, « Des bâtards aux filles mères ou du modèle angélique au modèle patriotique », dans THÉRY Irène, BIET Christian (dir.), *La Famille, la Loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, Pages 491 à 502.

− LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « *Ad matrimonium contrahere compellitur* », dans *Revue de droit canonique*, 1978, Volume 28, N° 2-4, Pages 210 à 217.

− LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 393 à 401 (article réédité dans LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Autour de l'enfant, Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804*, Leiden-Boston, Brill, 2008, Pages 185 à 198).

− LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », dans *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, XXXVI, *L'enfant,* Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1976, Pages 251 à 269 (article réédité dans LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Autour de l'enfant, Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804*, Leiden-Boston, Brill, 2008, Pages 259 à 274).

− LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « *Nomen*, *tractatus*, *fama*, Variation sous un même terme », dans *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Fascicule 45, Dijon, 1988, Pages 287 à 297 (article réédité dans LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Autour de l'enfant, Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804*, Leiden-Boston, Brill, 2008, Pages 207 à 220).

− LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « *Si mieux n'aime l'épouser*, Mariage et relations charnelles hors mariage (France XVIe-XVIIIe) », dans LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Autour de l'enfant, Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804*, Leiden-Boston, Brill, 2008, Pages 31 à 50.

− LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « *Tanta est vis matrimonii* : L'écho français d'une vieille controverse », dans LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Autour de l'enfant, Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804*, Leiden-Boston, Brill, 2008, Pages 301 à 314.

− LE GALL Yvon, « Travail, Famille, Patrie, à l'épreuve de la peine », dans DURAND Bernard, LE CROM Jean-Pierre, SOMMA Alessandro (dir.), *Le droit sous Vichy*, Francfort-sur-le-Main, V. Klostermann, 2006, Pages 285 à 332.

− LENOIR Rémi, « L'évolution des structures familiales », dans LAROQUE Pierre (dir.), *La politique familiale en France depuis 1945*, Ministère des affaires sociales et de la solidarité nationale, Paris, La documentation française, 1985, Pages 39 à 62.

− LE ROY Yves, « Le mariage des prêtres et le droit civil français », dans *L'année canonique*, Tome XXVI, 1983, Pages 308 à 339.

− LÉVY Édouard, « L'application de l'édit de 1787 », dans *Revue historique de droit français et étranger*, 1911, Pages 433 à 459, et 1914, Pages 230 à 254.

− MAKSUD Monique et NIZARD Alfred, « Enfants trouvés, reconnus, légitimés. Les statistiques de la filiation en France, aux XIXe et XXe siècles », dans *Population*, Volume 32, N° 6, 1977, Pages 1159 à 1220.

− MALAURIE Philippe, « Mariage et concubinage en droit français contemporain », dans *Archives de philosophie du droit*, Tome 20 : *Réformes du droit de la famille*, Paris, Sirey, 1975, Pages 17 à 28.

− MAS Georges, « Droits comparés de la Concubine et de l'Épouse en matière de pensions », dans LAS CASES Emmanuel de, PETTITI Louis, SIMONNET François... [et al.], *Conditions de l'épouse et de la concubine dans la législation française*, Paris, Recueil Sirey, 1956, Pages 42 à 47.

− MICHON Lucien, « La famille et le mariage au temps de la Révolution », dans SENN Félix, KROELL Maurice, MICHON Lucien... [et al.], *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, Paris, Recueil Sirey, 1930, Pages 47 à 76.

− MONTAZEL Laurence, « La filiation sous le régime de Vichy : un droit en manque d'unité », dans DURAND Bernard, LE CROM Jean-Pierre, SOMMA Alessandro (dir.), *Le droit sous Vichy*, Francfort-sur-le-Main, V. Klostermann, 2006, Pages 67 à 86.

− MOREL Henri, « Le mariage clandestin de Jeanne de Piennes et de François de Montmorency », dans *Mélanges offerts à Jean Dauvilliers*, Toulouse, Université des sciences sociales, Centre d'histoire juridique méridionale, 1979, Pages 555 à 576.

- MULLIEZ Jacques, « Droit et morale conjugale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux », dans *Revue historique*, N° 563, 1987, Pages 35 à 106.

- MULLIEZ Jacques, « La volonté d'un homme », dans DELUMEAU Jean, ROCHE Daniel, *Histoire des pères et de la paternité*, Larousse, 1990, Pages 279 à 312.

- MULLIEZ Jacques, « Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité », dans *La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, Tome I, Paris, PUF, 1988, Pages 373 à 398.

- MURAT Daniel, « Mères et filles-mères dans le Gard durant la Révolution », dans *Les femmes et la Révolution française*, *2-L'individuel et le social, apparitions et représentations*, Actes du colloque international, 12-13-14 avril 1989, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1990, Pages 43 à 52.

- NAST Marcel, « Vers l'union libre, ou le crépuscule du mariage légal », dans *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*, 1938, N° 19, Chronique, IX, Pages 37 à 40.

- NIORT Jean-François, « Le Code civil ou la réaction à l'œuvre en métropole et aux colonies », dans NIORT Jean-François (dir.), *Du Code noir au Code civil, Jalons pour l'histoire du Droit en Guadeloupe*, Paris, L'Harmattan, 2007, Pages 59 à 85.

- NIZARD Alfred, « Droit et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804 », dans *Population*, 1977, Volume 32, N° 1, Pages 91 à 122.

- OLIVIER Cyril, « Les couples illégitimes dans la France de Vichy et la répression sexuée de l'infidélité (1940-1944) », dans *Crime, Histoire et Sociétés*, Vol. 9, N° 2, 2005, Pages 99 à 123.

- PÉNA Marc, « Des libéralités accordées aux bâtards en ancien droit français », dans *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Volume 52, Dijon, 1995, Pages 49 à 81.

- PEROL Lucette, « Diderot, Sophie et la paternité », dans *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, 1988, Volume 5, N° 1, Pages 19 à 26.

- PETER Orsolya Marta, « L'image idéale du mariage et de la filiation à Rome », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 363 à 373.

- PEYRARD Georges, « Les couples non mariés », dans NERSON Roger, *Mariage et famille en question*, Tome 1, Éd. du CNRS, 1978, Pages 211 à 238.

– PHAN Marie-Claude, « Les déclarations de grossesse en France (XVIe-XVIIIe siècles) : essai institutionnel », dans *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Tome XXII, 1975, Pages 61 à 88.

– PHAN Marie-Claude, « La séduction impunie, ou La fin des actions en recherche de paternité », dans *Les femmes et la Révolution française*, *2-L'individuel et le social, apparitions et représentations*, Actes du colloque international, 12-13-14 avril 1989, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1990, Pages 53 à 64.

– PHILIPP Élisabeth, « Le divorce à Paris sous la Révolution, 1792-1802, Étude des comportements face à la loi », dans *Les femmes et la Révolution française*, *2-L'individuel et le social, apparitions et représentations*, Actes du colloque international, 12-13-14 avril 1989, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1990, Pages 64 à 75.

– PLATTARD Jean, « L'invective de Gargantua contre les mariages contractés sans le sceu et adveu des parents », dans *Revue du XVIe siècle*, Tome XIV, 1927, Pages 381 à 388.

- POINARD Robert, « Brève synthèse sur la problématique du mariage des protestants sous l'Ancien Régime », [Ressource électronique]
Disponible sur http://huguenotsweb.free.fr/histoire/mariage_protestant3.htm

– POUMARÈDE Jacques, « De la sécularisation au déclin contemporain », dans BONTEMS Claude (dir.), *Mariage-Mariages*, Actes du colloque international de l'AFAD, Paris, PUF, 2001, Pages 57 à 70.

– POUMARÈDE Jacques, « Mariage, concubinage ou la quadrature du cercle ? », dans NEIRINCK Claire (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, Actes du colloque de Toulouse, 21 juin 2007, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, Pages 17 à 28.

– PRIOUX France, « La fréquence de l'union libre en France », dans *Population*, 1995, Volume 50, N° 3, Pages 828 à 844.

– PRIOUX France, « Le droit et les familles non mariées en France », dans *Population*, 1994, Volume 49, N° 6, Pages 1347 à 1373.

– RENAUT Marie-Hélène, « Le droit et l'enfant adultérin de l'époque romaine à aujourd'hui : ou l'histoire d'un exclu accédant à la vie juridique », dans *Revue historique*, 1997, Tome 297, Pages 369 à 408.

- RICHARD Hugues, « Les professeurs de législation des écoles centrales, témoins du droit privé intermédiaire », dans *La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, Tome I, Paris, PUF, 1988, Pages 267 à 278.

- ROLLAND Muriel, « L'exercice de la puissance paternelle sur les mineurs en Bretagne (1731-1789) ou les moyens d'éviter les mésalliances », dans PLESSIX-BUISSET Christiane (dir.), *Ordre et désordre dans les familles*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2002, Pages 13 à 49.

- ROUAST André, « La Femme mariée et la Concubine au point de vue de la législation sociale », dans LAS CASES Emmanuel de, PETTITI Louis, SIMONNET François... [et al.], *Conditions de l'épouse et de la concubine dans la législation française*, Paris, Recueil Sirey, 1956, Pages 36 à 41.

- ROUAST André, « La sécurité sociale et le droit de la famille », dans *Le droit privé au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Tome I, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, Pages 346 à 361.

- ROUSSEL Louis, « La cohabitation juvénile en France », dans *Population*, 1978, Volume 33, N° 1, Pages 15 à 42.

- RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « L'évolution du statut civil de la famille depuis 1945 », dans LAROQUE Pierre (dir.), *La politique familiale en France depuis 1945*, Ministère des affaires sociales et de la solidarité nationale, Paris, La documentation française, 1985, Pages 63 à 185.

- SAINTE-ROSE Monique, « Problèmes de l' « identité familiale » de la femme esclave dans la Martinique rurale du début du XIXe siècle », dans *Dialogues d'histoire ancienne*, 1985, Volume 11, Pages 686 à 708.

- SAVATIER René, « Une personne morale méconnue : La famille en tant que sujet de droit. », dans *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*, 1939, N° 25, Chronique XIII, Pages 49 à 52.

- SERMET Ernest, « Du divorce à l'union libre », dans *Revue catholique des institutions et du droit*, août 1909, Pages 114 à 129, et septembre 1909, Pages 209 à 232.

- SICARD Germain, « Les femmes devant la justice à Toulouse », dans *Les femmes et la Révolution française*, *1-Modes d'action et d'expression, Nouveaux droits-Nouveaux devoirs*, Actes du colloque international, 12-13-14 avril 1989, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 1989, Pages 387 à 394.

- SIMONNET Henri, « Le mariage et l'union libre », dans SENN Félix, KROELL Maurice, MICHON Lucien... [et al.], *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, Paris, Recueil Sirey, 1930, Pages 77 à 113.

- SOHN Anne-Marie, « Concubinage et illégitimité », dans *Encyclopedia of European Social History*, 2001, Pages 259 à 267.

- THERE Christine, « L'image des solidarités familiales dans l'*Encyclopédie* », dans *Ménages, familles, parentèles et solidarités dans les populations méditerranéennes*, Colloque de l'AIDELF, 1994, Pages 517 à 533.

- THÉRY René, « Le concubinage en France, recherche de sociologie juridique », dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1960, Pages 33 à 52.

- THÉRY René, « Trois conceptions de la famille dans notre droit », dans *Recueil Dalloz*, 1953, Chronique IX, Pages 47 à 52.

- THOMAS Jean-Paul, « Le renouvellement des approches théoriques de la famille au XIXe siècle », dans LÉVY Marie-Françoise (dir.), *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Paris, O. Orban, 1989, Pages 373 à 385.

- TISSERAND Alice, « De l'apparition aux dernières séquelles du statut d'infériorité de l'enfant illégitime », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 695 à 704.

- TOXÉ Philippe, « La *copula carnalis* chez les canonistes médiévaux », dans ROUCHE Michel (dir.), *Mariage et sexualité au Moyen Age, Accord ou crise?*, Colloque international de Conques, Paris, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2000, Pages 123 à 133.

- VILLENEUVE-GOKALP Catherine, « Du mariage aux unions sans papiers : histoire récente des transformations conjugales », dans *Population*, 1990, Volume 45, N° 2, Pages 265 à 297.

- VOVELLE Michel, « L'enfance et la famille dans la Révolution française », Avant-propos dans LÉVY Marie-Françoise (dir.), *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Paris, O. Orban, 1989, Pages 13 à 22.

- WERCKMEISTER Jean, « Le mariage et la famille : évolution des idées et des comportements en France », dans *Revue de droit canonique*, Volume 24, N° 4, 1974, Pages 294 à 319.

– ZINK Anne, « La protection prénatale de l'enfant naturel au XVIIIe siècle », dans GANGHOFER Roland (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, Pages 705 à 715.

Travaux universitaires

– AVIGDOR Pierre, *Examen critique des tendances modernes dans le mariage et vers l'union libre*, Thèse droit, Paris, 1909, 454 pages.

– AUBINEAU Georges, *Étude critique des conséquences juridiques de l'union libre en droit moderne*, Thèse, Université de Poitiers, 1921, 115 pages.

– AYRENX Jacques d', *La condition juridique de la famille illégitime dans le droit intermédiaire*, Thèse droit, Toulouse, 1908, 245 pages.

– BARRAL Pierre, *Condition juridique de la femme vivant en union libre*, Thèse droit, Université de Montpellier, 1928, 78 pages.

– BENOIT-CATTIN Charles, *Les effets juridiques de l'union libre*, Thèse droit, Université de Grenoble, 1922, 115 pages.

– BEUCHER Jean, *La notion actuelle du concubinage : ses effets à l'égard des tiers*, Thèse droit, Paris, 1932, 136 pages.

– BLOQUEL Henri, *Étude sur la recherche de la paternité dans l'ancien droit français et dans le Code civil*, Thèse droit, Paris, Jouve et Boyer, 1900, 214 pages.

– BOYER André, *Conséquences juridiques des états de fait entraînés par l'union libre*, Thèse droit, Université de Montpellier, 1908, 144 pages.

– DENOIX de SAINT-MARC Henri, *Le concubinage : sa notion, ses effets*, Thèse droit, Bordeaux, 1927, 154 pages.

– CAPUANO Christophe, *Le familial en France sous le régime de Vichy : territoires, réseaux, trajectoires, Les exemples de la Bourgogne et de la Franche-Comté*, Thèse histoire, Université de Bourgogne, 2008, 2 volumes, 942 et 299 pages.

– CRATUNESCO Jean, *L'union libre au point de vue juridique et social*, Thèse, Faculté de droit de l'Université de Paris, 1913, 346 pages.

- DEVANCE Louis, *La question de la famille (origines, évolution, devenir) dans la pensée socialiste en France de Fourier à Proudhon*, Thèse histoire, Dijon, 1973, 490 pages.

- DUCHESNE Maurice, *La recherche de la paternité : commentaire de la loi du 16 novembre 1912*, Thèse droit, Lyon, 1914, 231 pages.

- FOLAIN-LE BRAS Marthe, *Un projet d'ordonnance du chancelier Daguesseau : étude de quelques incapacités de donner et de recevoir sous l'Ancien Régime*, Thèse, Université de Paris, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1941, 382 pages.

- GUINARD Pierre, *Les effets juridiques de l'union libre en jurisprudence*, Thèse, Faculté de droit de l'Université de Paris, 1933, 164 pages.

- LANDRE René, *Le concubinage devant la loi et la jurisprudence moderne*, Thèse, Faculté de droit de Nancy, 1921, 68 pages.

- LEROY Fernand, *Le concubinage dans le droit français actuel*, Thèse droit, Université de Lille, 1909, 214 pages.

- LIBOTTE Achille, *De l'état de concubinage*, Thèse droit, Université de Lille, 1921, 190 pages.

- OLIVIER-MARTIN François, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire, 1789-1804*, Thèse droit, Université de Paris, 1901, 259 pages.

- PEYTEL Adrien, *L'union libre devant la loi*, Thèse droit, Paris, 1905, 312 pages.

- REGARD de VILLENEUVE Joseph de, *La crise du mariage et le problème juridique de l'union libre*, Thèse, Faculté de droit de Lyon, 1910, 183 pages.

- TAILLANDIER Pierre, *Le mariage des protestants français sous l'Ancien Régime*, Thèse, Faculté de droit de Poitiers, 1919.

Table des matières

Remerciements .....

Introduction 1

Première partie : L'appréhension juridique des concubinages du concile de Trente à la fin de l'Ancien Régime 19

Titre I – Des couples hors la loi, la répression morale et civile sous l'empire de l'ancien droit 21

Chapitre 1 – L'illégitimité des unions par rapport au droit canonique et aux ordonnances royales 21

Section 1 : La nouvelle discipline matrimoniale et l'incrimination du concubinage : les dispositions tridentines 22

§ 1 : Le concile de Trente, élément de la réforme catholique, face aux critiques à l'encontre de la doctrine canonique du mariage 22

§ 2 : Les décisions conciliaires relatives à la législation matrimoniale : la doctrine nouvelle introduite par le décret *Tametsi* 29

§ 3 : Le chapitre VIII du décret *de reformatione matrimonii* : les peines encourues par les concubinaires 34

§ 4 : La réception des décrets tridentins 36

§ 5 : La répression du concubinage et de la cohabitation des fiancés par les autorités ecclésiastiques 40

Section 2 : L'institution du mariage sous contrôle 46

§ 1: Les prémices de l'intervention de la puissance séculière : l'édit de 1556 sur les mariages clandestins 46

§ 2: La réglementation portant sur la formation du lien matrimonial à travers la législation royale de la fin du XVIe siècle et des XVIIe et XVIIIe siècles 49

§ 3: Un parlementarisme gallican à l'appui de la sécularisation du mariage 60

§ 4 : L'influence de la législation royale quant à la preuve du mariage et la possession d'état d'époux 69

Chapitre 2 - Le traitement des unions illégitimes 79

Section 1 : Le droit séculier aux prises avec les concubinages 79

§ 1 : Les différentes formes de concubinage et leurs définitions juridiques 80

§ 2 : La répression du concubinage notoirement scandaleux 83

§ 3 : Les lettres de cachet : ultime parade contre le déshonneur des familles 89

§ 4 : Les actions intentées par les concubines à l'encontre de leurs séducteurs 101

§ 5 : De l'approche légale similaire entre les mariages secrets et les mariages contractés *in extremis* entre les concubinaires 105

§ 6 : Les pratiques conjugales des esclaves et la qualification des unions légitimes dans les Codes noirs 119

Section 2 : Un cas particulier : le concubinage *forcé* des protestants 125

§ 1 : Les mariages des protestants jusqu'en 1685 125

§ 2 : Les conséquences de la révocation de l'édit de Nantes sur les unions matrimoniales des réformés 133

§ 3 : L'économie du mariage 142

§ 4 : L'avènement d'une tolérance civile 150

Section 3 : Les clercs concubinaires 156

§ 1 : La condamnation du concubinage des clercs par les lois de l'Église 156

§ 2 : La débauche des ecclésiastiques, une atteinte à l'ordre public 167

Titre II – Des conjonctions illicites et des sanctions afférentes 173

Chapitre 1 – La filiation hors mariage blâmée 173

Section 1 – Des enfants mis au ban de la société : les bâtards 174

§ 1 : Le statut d'illégitime des enfants issus des unions illicites 175

§ 2 : De l'établissement de la filiation naturelle au droit aux aliments 182

§ 3 : L'exclusion des bâtards par diverses déchéances 197

§ 4 : La spécificité de la condition des enfants nés de personnes engagées dans les ordres 209

Section 2 – La légitimation des enfants nés hors mariage 215

§ 1 : L'effacement rétroactif du péché par le mariage subséquent des concubins 216

§ 2 : Les légitimations emportant des effets partiels 231

Chapitre 2 – Des relations patrimoniales suspectes : les donations et autres avantages entre concubins 242

Section 1 – Le présupposé de l'interdiction des donations 242

§ 1 : Du silence partiel du droit coutumier à la tentative de législation royale 242

§ 2 : Les controverses doctrinales 247

Section 2 – Le traitement par la jurisprudence des libéralités entre concubins 253

§ 1 : Le principe : la nullité des avantages concédés à la concubine 254

§ 2 : La tolérance vis-à-vis des donations modiques 266

Deuxième partie : Les étapes vers une reconnaissance juridique des unions hors mariage 273

Titre I – Les tolérances du droit révolutionnaire de la famille par rapport à l'illégitimité 275

Chapitre 1 - Le couple sous la Révolution : un éloge du mariage 275

Section 1 – Des idéologies nouvelles aux réformes en matière de droit matrimonial ... 275

§ 1 : Les amorces du débat : un classicisme apparent 275

§ 2 : Une volonté de *régénération* : la sécularisation du mariage et l'admission du divorce 287

Section 2 – La circonspection quant à une réglementation du concubinage 298

§ 1 : L'union libre dédaignée par le droit de la Révolution 298

§ 2 : Une déstigmatisation inaboutie : de quelques sollicitations et de quelques mesures législatives en faveur des mères et des femmes illégitimes 308

Chapitre 2 - L'intégration des *enfants de la nature* : une nécessaire intrusion du droit dans le domaine des unions hors mariage 321

Section 1 – Les nouvelles idéologies appliquées aux enfants nés hors mariage 321

§ 1 : Des démonstrations divergentes de l'iniquité de la condition des bâtards 322

§ 2 : Des droits pour les enfants naturels et une certaine reconnaissance de la légitimité de ceux nés de *mariages privés* 329

Section 2 – Les limites de l'assimilation des enfants nés hors mariage 343

§ 1 : Les restrictions quant à l'accès aux droits de famille par les dispositions législatives et les exigences des juges 343

§ 2 : Le sort des *enfants de la Patrie* 362

Titre II – L'ordre familial du Code civil 373

Chapitre 1 – Le concubinage mis hors du droit 373

Section 1 – L'esprit du Code Napoléon : la dénégation de l'existence juridique de la famille naturelle 373

§ 1 : L'honneur préservé du mariage et l'illégitimité vilipendée 374

§ 2 : Le désintérêt proclamé à l'égard des enfants nés hors mariage 386

Section 2 – Le dessein d'éradication des unions hors mariage 409

§ 1 : La lutte contre le concubinage, suspect d'immoralité, par la promotion du mariage *réparateur* 409

§ 2 : La lutte contre le concubinage, facteur de désordre social, par des mesures d'assouplissement de l'institution matrimoniale 423

Chapitre 2 - La résurgence des couples non mariés 431

Section 1 – Les vecteurs d'une reconnaissance juridique 431

§ 1 : L'amélioration de la condition des enfants naturels 432

§ 2 : La promotion de l'union libre 452
Section 2 – Du familialisme conjugal à l'ère possible du pluralisme des modèles familiaux 469
§ 1 : L'exaltation de la famille légitime 469
§ 2 : L'appréhension nouvelle de la famille hors mariage 482

Conclusion 493

Sources 497
XIIIe - XVIIIe siècle 497
XIXe siècle 500
XXe siècle 501

Bibliographie 502
Ouvrages 502
XVIe-XVIIIe siècle 502
XIXe siècle 503
XXe - XXIe siècles 504
Articles 512
XIXe siècle 512
XXe - XXIe siècles 513
Travaux universitaires 527

Table des matières 529

Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe-XXe siècle)

Résumé :

Cette thèse vise à appréhender la condition juridique des couples non mariés, à travers près de cinq siècles. Le droit canonique du mariage relégua le concubinage à un état permanent de péché, et, au XVIe siècle, le concile de Trente prescrivit des sanctions sévères à l'encontre des concubinaires. Les pères du concile édictèrent des règles encadrant la célébration du mariage. Puis, l'autorité séculière s'arrogea peu à peu la compétence en matière matrimoniale, par les lois et par la jurisprudence. La frontière entre mariage et concubinage était dorénavant strictement établie. Si l'ancien droit ne regarda pas le concubinage comme un délit, il fustigea les bâtards en les soumettant à un statut d'infériorité. Sous la Révolution, la sécularisation du mariage ne remit pas en cause la forme traditionnelle de l'union conjugale, toutefois, les législateurs accordèrent des droits aux enfants naturels reconnus. En 1804, le Code civil ignora absolument le concubinage. Le fondement de la famille était le mariage ; et, les enfants naturels furent, de nouveau, les victimes de la prééminence de l'union légitime. Dés le milieu du XIXe siècle, la rigueur du Code envers la famille naturelle fut atténuée grâce à un courant d'idées progressistes. Puis, au début du XXe siècle, la reconnaissance officielle du concubinage fut opérée par une série de mesures législatives lui conférant des effets juridiques, et la voie vers un pluralisme juridique des modèles familiaux se trouva ouverte.

Mots-clés : concubinage ; illégitimité ; concile de Trente ; célébration du mariage ; mariage civil ; union libre ; famille naturelle ; bâtards/enfants naturels ; femmes séduites ; filles-mères

---

From sin to the civil order, unions outside of marriage under the law (XVI-XX century)

Abstract :

The aim of this thesis is to understand the legal status of unmarried couples, over a period of time extending for nearly five centuries. The canon law of marriage relegated cohabitation to a permanent state of sin, and in the sixteenth century, the council of Trent prescribed severe penalties to punish cohabitation. The fathers of the council enacted rules governing the celebration of marriage. Secular authority then gradually arrogated jurisdiction in matrimonial matters by means of laws and jurisprudence. The line between marriage and cohabitation was now strictly drawn. Although the old law did not consider cohabitation as a crime, it castigated children born outside of wedlock by subjecting them to an inferior status. During the Revolution, the secularization of marriage did not call into question the traditional form of the marital union; however, legislators granted rights to recognized natural children. In 1804, the question of cohabitation was totally absent from the civil Code. Marriage represented the foundation of the family, and illegitimate children were once again the victims of the rule of lawful union. By the mid-nineteenth century, the rigor of the Code toward the natural family was mitigated by a current of progressive ideas. Then, in the early twentieth century, official recognition of cohabitation was brought about by a series of legally-binding legislative measures, and the path to legal pluralism in family matters found an opening.

Keywords: cohabitation ; illegitimacy ; the council of Trent ; celebration of marriage ; civil marriage ; common-law marriage ; natural family ; bastards / natural children, seduced women, unwed mothers