***Chapitre 2 : Le mariage***

Sa définition est ancienne car au 3ème siècle de notre ère, le juriste romain Modestin le décrit comme une société de toute la vie, une communauté de droit divin et humain. En droit français, cet acte fondateur de la famille s’articule autour de 3 grandes périodes.   
• L’Ancien droit → 481 à 1789 → correspond à une christianisation et à une mise sous contrôle de l’institution par une puissance supérieure.   
• Le droit de la période révolutionnaire, « droit intermédiaire » → 1789 à 1804 → la sécularise.  
• Le Code Civil maintien cette conception en faisant du mariage, un contrat solennelle.

1. **Le mariage dans l’Ancien droit**

Le mariage est alors soumis à une influence et à une succession de contrôle.   
L’influence est celle de l’Église qui s’efforce dès l’époque franque (481-987) de le moraliser en luttant contre les pratiques barbares rependues y comprit, dans la famille royale et forte éloignée de l’idéal chrétien comme, la polygamie, l’inceste, le divorce ou encore, la répudiation.   
Au 12ème siècle, cette influence, se transforme en contrôle, le droit canonique a alors élaboré la théorie du mariage sacrement indissoluble, qui assure une compétence exclusive à la juridiction ecclésiastique en la matière.   
Au 16ème siècle, l’État royal y ajoute le sien, sur l’aspect temporel, de sorte que le mariage présente un caractère gallican très marqué au cours des 3 derniers siècles de l’Ancien Régime.

1. **Le mariage sous le contrôle de l’Église**

A partir du 12ème siècle, l’Église impose sa compétence juridictionnelle et législative exclusive. Progressivement, un corps de règle a été élaboré puis recueilli dans les collections canoniques, et l’œuvre créatrice des Papes et des évêques se poursuit au point de constituer un corps de droit canonique.   
Le Pape intervient par Décrétales (lettres) qu’il adresse à des évêques pour régler un point particulier. L’évêque diffuse la décision adoptée par le Pape.   
Canon → règle, décision adoptée par un Concile (= assemblée d’évêques)

Simultanément, ces textes sont commentés par les canonistes dans le cadre des Universités médiévales. Apparait alors une véritable science canonique, c’est la période du droit canonique classique où est élaboré, une doctrine du mariage. Or, canonistes (= spé du droit canonique, juristes) et théologiens (= ceux qui s’intéressent aux dogmes) voient en l’institution matrimoniale, un sacrement institué par Dieu et par voie de conséquence, une image de l’union du Christ avec son Église.

Ce sacrement a pour matière un contrat civil qui se forme par le consentement des époux et qui est inséparable de lui.

Toutefois, le mariage est aussi un moyen de conserver et de propager l’espèce humaine. C’est pourquoi, le droit canonique apporte une grande importance à sa consommation. Sur la base de ces éléments, il a précisé la formation du mariage, les conditions de fond à respecter et il a aussi posé le principe de son indissolubilité.

**A/ La formation du mariage**

Le droit canonique classique admet 4 éléments de formation du mariage :  
 • Les fiançailles  
 • Le consentement sur le modèle du droit romain  
 • La bénédiction nuptiale qui n’est pas exigée à peine de nullité mais dont l’absence expose néanmoins à des sanctions spirituelles.  
 • La consommation du mariage qui jointe au consentement donne au mariage, sa perfection et le rend indissoluble.

Tout le problème consiste à déterminer l’importance que l’on doit reconnaitre à ses éléments.   
Les principaux artisans de la théorie classique sont au nombre de 3 :  
 • Gratien → canoniste, ce moine compose vers 1140 un décret où il tente de réaliser la concordance des « canons discordants » par la méthode scolastique ou encore, méthode du *sic et non*. Méthode qui consiste à réunir dans un 1er temps, tous les textes qui vont dans le sens du pour (*= le sic*) puis tous les textes dans le sens du contre (*= le non*). Dans un 3ème temps Gratien concilie tous ces textes dans une ccl de sa composition, le dictum.   
 • Pierre Lombard → Italien comme Gratien est quant à lui, théologien. Contemporain de Gratien, il vient enseigner la théologie à Paris de 1148 à 1159 avant de devenir l’évêque. Il y rédige vers 1150, ses *Sentences* qui sont considérées comme une œuvre remarquable de la théologie médiévale.   
 • Roland Bandinelli → également canoniste deviendra le Pape Alexandre III et unifiera la doctrine.

La doctrine du 12ème siècle hésite à faire prévaloir le consentement ou la consommation. Gratien essaie de concilier ces éléments ce qui le conduit à distinguer 2 degré dans le mariage. Dans l’échange des consentements, le mariage n’est que commencé, il est confirmé par la consommation qui seule, lui confère l’indissolubilité.   
 Conséquence de la doctrine de Gratien → si un homme s’est engagé successivement avec 2 femmes, le 2nd mariage est valable s’il a été consommé.

Pierre Lombard lui oppose une conception purement consensualiste du mariage. Le consentement suffit à le former et par la même, à former le sacrement. Cependant, il faut rechercher, le sens des paroles prononcées. Il peut en effet s’agir de paroles de présents c'est-à-dire, d’un consentement actuel qui forme immédiatement le mariage mais il peut aussi s’agir de paroles de futurs auquel cas, ce n’est qu’une promesse.

Alexandre III qui était un élève de Lombard tente à son tour de concilier ces deux thèses. Il reprend la distinction entre paroles de présents, et paroles et futurs et pose en principe que le mariage se forme par l’échange des consentements. Mais dans le même temps, il adopte une doctrine très pragmatique considérant que les fiançailles suivis de consommation forment un véritable mariage. Il y a donc selon Alexandre III, 2 modes de formation du lien matrimonial.

A la fin du 12ème siècle, le canoniste Huguccio en déduit que la consommation entre fiancés fait présumer un consentement de présents, c’est la théorie du mariage présumé qui sera consacrée par les Pape Innocent III et Grégoire IX ce dernier considérant même que la présomption est irréfragable (= on ne peut pas prouver le contraire).   
Or, cette distinction entre paroles de présents et paroles de futurs réintroduit dans le droit, la notion de fiançailles. C’est pourquoi l’Église en définit les effets et détermine leur portée lorsqu’elle concerne des impubères. S’agissant des effets, le fiancé s’étend engagé, il doit contracter mariage et cette obligation peut être sanctionnée en justice. Toutefois, si l’official peut le contraindre, il ne peut pas le forcer car il ne s’agit que d’une obligation de faire qui se résout en dommages et intérêts.

Les fiançailles peuvent aussi être résiliées par consentement mutuel ou unilatéralement pour motifs graves comme l’entrée en religion, la lèpre, une infirmité ou encore, pour cause d’hérésie.

Sur le fondement du droit, les canonistes autorisent les fiançailles dès l’âge de 7 ans. Elles sont alors négociées par les familles à l’insu des enfants, à qui elles sont ensuite imposées. C’est pourquoi, afin de préserver leur liberté, l’église prévoit qu’à l’arrivée de la puberté chaque fiancé peut les rompre librement. L’importance du consentement de l’intéressé, postule l’exclusion de celui des parents. D’ailleurs Pierre Lombard et mes canonistes postérieurs posent clairement le principe au nom du respect filial. Il est souhaitable de requérir l’autorisation paternelle mais jamais à peine de nullité.

On estime en effet, qu’en matière spirituel, le mineur est libéré de la puissance paternelle dès la puberté. Le consentement étant l’élément déterminant du mariage, aucune condition de forme n'est imposée. Mais en pratique, l’Église fait tout pour que la cérémonie soit célébrée publiquement. « in facie Ecclesiae » (= a la face de l’Église)   
C’est pourquoi à partir du 13ème siècle, le mariage comporte en principe, 3 formalités essentielles :  
 • Publication des bans en effet, 2 ou 3 dimanche avant le jour fixé, le projet de mariage est publié au prône afin de susciter des oppositions qui feront connaitre les éventuels empêchements au mariage. Cette pratique qui a été inventée à la fin du 12ème siècle par les évêques français est généralisée (étendue à l’ensemble de la chrétienté par le 4ème concile de Latran en 1215. Mais elle n’est pas vraiment efficace en raison de la possibilité d’une dispense totale ou partielle.

• L’échange des consentements à lieu en principe à l’huis du moutier (= devant les portes de l’Église afin d’assurer la plus grande publicité à l’évènement.   
 • La bénédiction nuptiale au cours de laquelle les époux sont placés sous un pallium ou voilà. A paris, le prêtre va ensuite bénir le lit nuptial et d’autres rites païens s’ajoutent comme l’échange des anneaux ou d’une pièce de monnaie qui rappelle l’achat de la femme par le mari à l’époque franque ou encore, la rédaction d’un contrat de mariage.

En pratique, le mariage peut ne pas avoir été précédé de bans, il peut avoir été célébré sans témoins et par un curé autre que celui de la paroisse voir sans témoin. On se trouve alors dans un mariage clandestin. Les époux ont ainsi voulu dissimuler un empêchement ou esquiver une opposition de la famille qui jugeait que cette union constituait une mésalliance.

*Quelle est la position du droit canonique ?*  
A partir du moment où le mariage a été librement consenti, il est valable. Ce qui signifie que la clandestinité n’est pas une cause de nullité car l’Église estime que c’est un moindre mal que la mal conduite. Pourtant en pratique, le mariage clandestin pose un problème de preuve. On admet des présomptions tirées de la possession d’État ou du fait que la femme porte régulièrement une alliance. Mais lorsque la preuve complète ne peut être rapportée, l’Église estime qu’il n’y a pas de mariage. C’est pourquoi, l’Église réprouve les mariages clandestins et prévoit des peines contre leur acteur.   
Pour lutter contre cette pratique, elle impose la présence de témoins et du curé de la paroisse d’un époux. Les mariages clandestins posent en effet, un grave problème dans l’hypothèse suivante, un 1er mariage clandestin a été contracté mais ne peut être prouvé. Si l’un des époux se remarie à la face de l’Église, il est alors bigame.

A défaut d’imposer des conditions de forme, le droit canonique a en revanche multiplié les conditions de fond pour donner naissance à une théorie des empêchements à mariage au 13ème siècle.

**B/ Les conditions de fond : la théorie des empêchements**

Le droit canonique a édité un tel nombre de conditions de fond, qu’il a fallu établir entre elle, une hiérarchie. Le principe est que l’absence d’une condition de fond fait obstacle à la formation du mariage. Elle constitue donc un empêchement. Mais tous les empêchements n’ont pas la même portée et par voie de conséquence, leur violation n’est pas toujours sanctionnée avec la même rigueur. Il convient en effet de distinguer :   
1ère hypothèse → lorsque les époux ont violé une règle essentielle du droit canonique, le juge ecclésiastique doit prononcer la nullité du mariage car l’empêchement ignoré a pour effet de rompre le mariage. « Empêchement dirimants »

2ème → Lorsque les époux ont enfreint une règle peut importante, le mariage reste valable mais ils sont frappé de peines canonique. « Empêchement prohibitif »  
La mise en œuvre des empêchements peut intervenir à priori (= par le biais d’opposition à mariage qui doit être facilitée par la publication des bans. Moyen commun à tous les empêchements) ou bien a postériori (= par le biais de l’action en nullité qui s’applique aux seules empêchements dirimants et dont l’exercice est réservé à une certaine personne)

Cependant, dès le 12ème siècle, on admet que le juge d’Église peut agir d’office. D’ailleurs l’action est imprescriptible.

C’est au 13ème siècle que le critère de distinction des empêchements a été posé. Ainsi, il existe des conditions de validité du mariage dont l’absence constitue un empêchement dirimant et des conditions de licéité dont l’absence constitue un empêchement prohibitif.

1. *Les empêchements dirimants*

Ils peuvent procéder de deux sources différentes :  
 • Le droit divin auquel cas, ils ne peuvent être levé par aucune autorité.  
 • Le droit ecclésiastique c'est-à-dire les décisions des conciles, des Papes ou encore la coutume de l’Église de sorte qu’ils peuvent être levés moyennant une dispense pontificale.   
De plus, certain ont un effet absolu, c'est-à-dire que la personne qui en est frappé ne peut épouser personne. D’autre ont au contraire, un effet relatif c'est-à-dire, qu’ils font obstacle entre 2 personnes déterminées mais chacune peut valablement épouser un tiers.

*Quel est l’effet de l’empêchement dirimant ?*  
 Lorsque le juge ecclésiastique constate l’existence de l’empêchement dirimant, il doit déclarer le mariage nul et sa sentence a un effet rétroactif.  
Conséquence : les époux sont traités comme des concubins et leurs enfants comme des bâtards. Ce qui est injuste lorsqu’au moins un des époux est de bonne foi.   
C’est pourquoi, dans une telle situation, Pierre Lombard voit un quasi mariage. C’est la théorie du mariage putatif au terme de laquelle, le mariage est réhabilité quant à ces effets civils.   
Cette théorie a d’abord jouée en faveur des enfants nés ou conçus avant la sentence d’annulation. Enfants réputés légitimes. Puis elle a été étendue à l’époux de bonne foi voire aux deux au 14ème siècle. Ensuite incorporée au droit canonique par des décrétales des 12ème et 13ème siècles. Mais il y a une condition sine qua non à l’application du mariage putatif, une célébration publique. Ce qui signifie qu’elle ne joue jamais pour les mariages clandestins.

Il existe 3 catégories d’empêchements dirimants :   
 *• Ceux qui tiennent à une incapacité d’un conjoint →* ils sont au nombre de 6.  
- L’âge : puberté fixée à 12 ans pour les filles et 14 ans pour les garçons à l’image du droit romain.   
- L’impuissance à condition d’être antérieur au mariage  
- L’existence d’un précédent mariage non dissout en application du principe monogamique. Seule la mort prouvée d’un époux opère la dissolution du mariage et non la captivité ou l’absence. Cet empêchement ne peut être levé par aucune autorité.  
- La disparité du culte (= la différence de religion) car le mariage en tant que sacrement n’est accessible qu’aux chrétiens.

En revanche, si un conjoint tombe dans l’hérésie, le mariage reste valable car ce n’est qu’un empêchement prohibitif.   
- L’appartenance à un ordre religieux   
- L’engagement dans les ordres majeurs mais en pratique, l’Église a dû lutter pour imposer la règle du célibat des prêtres, des diacres et des sous diacres. C’est plus précisément l’œuvre de la réforme grégorienne par référence au Pape Grégoire VII à la fin du 11ème siècle. Elle a été posée par 2 conciles du Latran de 1123 et 1139. Ces deux derniers empêchements tenant aux règles de la discipline ecclésiastique ne peuvent être levée par dispense exceptionnelle du pape.

*• Ceux qui tiennent à un vice du consentement →* pour éviter de se prêter aux manœuvres des époux, l’Église n’en retient que 2.  
- La violence à condition qu’elle soit de nature à impressionner un individu de caractère ferme en application du droit romain. Il n’est pas nécessaire qu’il s’agisse d’une violence physique. Une simple pression morale suffit mais elle est couverte par le consentement ultérieur de l’époux violenté.   
- L’erreur a entrainé quant à elle la construction d’une théorie beaucoup plus subtile fondée sur l’analyse psychologique. Il a fallu en effet distinguer les erreurs sans importances de celles qui font obstacles à la formation du mariage. Sont ainsi rejeté, l’erreur sur les qualités du futur conjoint. Et l’erreur sur la fortune.

En revanche, l’erreur sur la personne peut se produire dans les familles nobles où l’on s’épouse sans s’être jamais vu. Et l’erreur sur la condition juridique. (= le fait de croire que l’on épouse une personne libre alors qu’en réalité il s’agit d’un serf ou d’une serve). En revanche, jamais l’Église n’a admis que le dol (= manœuvres frauduleuses afin d’inciter quelqu’un à contracter, puisse constituer en la matière un vice du consentement entrainant un consentement dirimant.)   
Loisel recueil la maxime dans ses brocards « en mariage trompe qui peut »

*• Ceux qui résultent de relations antérieures au mariage →* Ils sont aux nombres de 5.  
*- La parenté par le sang :* dès le 9ème siècle est posé la règle d’un empêchement dirimants entre personnes parentes par le sang jusqu’au 7ème degré canonique qui correspond au 14ème degré civil. Puis il est ramené au 4ème degré canonique qui équivaut au 8ème degré civil par le 4ème concile de Latran en 1215.

Mais dans de nombreuses hypothèses, on peut obtenir une dispense du Pape au-delà du 2ème degré canonique. Ce qui est quasiment systématique pour les mariages princiers.

La parenté entre les personnes se calcul en degré sachant qu’un degré se définie comme un intervalle être 2 générations. La parenté en ligne directe et en ligne collatérale.   
*- La parenté spirituelle :* qui résulte de l’administration des sacrements de baptême et de confirmation. Elle crée un empêchement entre parrain et filleul entre les parents de l’enfant et ses parents et entre le baptisé et les enfants du parrain qui sont considéré comme ses frères et sœurs spirituelles.   
*- L’affinité :* c'est-à-dire, l’alliance résultant de la consommation de l’union. Elle se calcul de la même façon que la parenté par le sang et crée un empêchement entre chaque conjoint et la famille de l’autre.   
*- Les fiançailles* créent un empêchement entre chaque fiancé et la famille de l’autre. On parle ici d’empêchement d’honnêteté publique.   
*- L’adultère :* ce qui recouvre deux hypothèses : l’époux adultère a cherché à dissoudre son 1er mariage en provoquant la mort de son conjoint.  
Il a promis le mariage à son complice alors que celui-ci s’avait qu’il était déjà marié. Il y a donc ici, vœu de mort de l’époux trompé.

1. *Les empêchements prohibitifs*

La théorie est ici beaucoup plus vague et ceux qui passent outre encourt de lourdes amendes. La séparation temporaire voire l’excommunication. Il est impossible d’en dresser une liste complète d’autant plus que du fait qu’ils intéressent le for interne c'est-à-dire la conscience, ils ont moins retenu l’attention des canonistes. On peut en retenir 2 :  
- Le temps des fêtes. L’Église estime que certaines périodes de l’année liturgique doivent être consacrées à la prière et à la pénitence. C’est le cas de l’Avent à l’Epiphanie. C'est-à-dire 4 semaines avant Noël et jusqu’au début du mois de janvier. Mais aussi pendant le Carême et la semaine qui suit Pâques. Ainsi que pendant les 3 semaines qui suivent la Saint Jean-Baptiste en juin. Soit au total, une centaine de jours par an. On ne peut donc pas se marier à ces périodes là et si les époux passent outre, ils sont frappés d’une pénitence.   
- La défense faite par l’autorité ecclésiastique en principe, l’évêque. De célébrer le mariage lorsqu’elle soupçonne l’existence d’un empêchement en attendant l’obtention d’une dispense.

Si les époux se marient tout de même, il faut distinguer ici, 2 cas de figure :  
 • l’empêchement existe auquel cas, le mariage est nul.  
 • l’empêchement n’existe pas, le mariage est par conséquent valable mais l’inobservation de la défense constitue une faute qui sera sanctionné par une pénitence.

A la différence du droit romain, le droit canonique n’impose à la veuve aucun délai avant de pouvoir se remarier. Ils préfèrent encourir le risque de confusion de part (= confusion sur la paternité de l’enfant à naitre) plutôt que de voir une veuve mener une vie dissolue.

**C/ L’indissolubilité du mariage**

A l’image de l’union du Christ et de l’Église, le mariage ne peut être rompu. Les autorités ecclésiastiques tentent d’imposer cette doctrine dès l’époque franque mais elle se heurte à des obstacles doctrinaux et pratiques.   
**Doctrinaux :** deux passages de l’évangile selon Saint Mathieu ont jeté le doute dans la mesure où il semble autoriser le divorce pour cause d’adultère de la femme. Il a fallu attendre Saint Augustin au 5ème siècle pour que le principe soit posé pour la 1ère fois.   
Obstacle pratique également. En effet, le divorce et la répudiation sont si encré dans la société laïque que l’Église a dû composer. C’est ainsi que les conciles et les Papes autorisent la séparation et le remariage non seulement aux cas d’adultères mais aussi d’absence prolongée, d’impuissance, de stérilité ou de lèpre.   
En réalité, la doctrine canonique n’a pu triompher que lorsque l’Église a acquis une maîtrise législative et judiciaire totale.

Cependant, elle a dû aussi admettre une atténuation aux principes d’où l’élaboration de la technique de la séparation de corps.

1. *Le principe*

L’indissolubilité du mariage est affirmée avec force par Gratien et par Pierre Lombard au 12ème siècle. A la question de savoir si l’homme qui s’est séparé de son épouse adultère peut en épouser une autre du vivant de la 1ère ? Gratien répond par la négative aux motifs qu’ils subsistent entre eux un lien que la répudiation de brise pas et étend même la règle à la femme séparée.

Pierre Lombard rejette quant à lui le divorce pour cause d’adultère et il transforme les autres causes de divorce autrefois admises comme l’impuissance, en empêchement dirimant. Toutefois, il admet que l’asservissement (= le fait que l’un des époux perde sa liberté) entraine la rupture du mariage sauf s’il est motivé par une intention frauduleuse.

Finalement grâce aux principes d’indissolubilité du mariage, au 13ème siècle, il ne subsiste plus que 3 causes légitimes de dissolution du mariage :  
 • L’entrée en religion d’un époux avant la consommation du mariage.   
 • Le privilège Paulin ainsi dénommé sur le fondement d’un texte de St Paul qui autorise la rupture du mariage contracté entre 2 infidèles c'est-à-dire 2 non chrétiens dont l’un se converti au christianisme.   
 • Une dispense pontificale

1. *La séparation de corps*

C’est Pierre Lombard qui a le 1er dégagé des principes généraux en distinguant 2 catégories de séparation :  
 • La séparation sacramentelle met fin au mariage. Elle survient lorsque le juge ecclésiastique annule un mariage contracté au mépris d’un empêchement dirimant. Ce qui signifie que chaque anciens époux peut se remarier de son côté.  
 • La séparation de corps est quant à elle prononcé au cas d’adultère d’un époux. Elle dispense le couple de la cohabitation et du devoir conjugal mais laisse subsister le lien matrimonial.   
Dès lors, la séparation de corps permet de libérer les époux lorsque la vie commune est devenue intolérable mais elle est soumise à des exigences de forme dans la mesure où elle doit obligatoirement résulter d’une sentence du juge ecclésiastique. La séparation amiable n’est autorisée qu’au cas de vœu de chasteté ou d’entrée en religion des deux époux. Il existe aussi des fins de non-recevoir à une demande en séparation de corps. (= irrecevable par la juridiction) Cela lorsque le mari avait poussé la femme à la prostitution ou lorsqu’il a lui-même commis l’adultère.

A partir du 13ème siècle, on élargi cette notion d’adultère en y assimilant l’hérésie ou encore l’apostasie (= abandon de la foi et de la vie chrétienne)

Au 16ème siècle constitue aussi une cause de séparation, les sévices graves infligé par un époux à son conjoint.

Les effets de la séparation de corps, on admet rapidement qu’ils sont de nature pécuniaire au 13ème siècle, Beaumanoir atteste que la femme peut obtenir de son époux, les ressources nécessaires à sa subsistance et que la décision qui appartient au juge laïc peut toujours être révisée.

A la fin du 14ème siècle, l’Officialité de Paris tire également les conséquences pécuniaires de la séparation de corps en prononçant la séparation de biens.

Au 16ème siècle, elle passe dans le droit séculier et les coutumes rédigées. C’est un moyen efficace pour défendre les intérêts des femmes mariées lorsque la mauvaise gestion du mari menace tout le patrimoine du ménage.

1. **Le mariage gallican de la fin de l’Ancien droit**

Au 16ème siècle, le monopole de l’Église en matière matrimoniale est contesté par les protestants. La Réforme et les humanistes remettent en effet en cause, le caractère sacramentel du mariage. Ces attaques émanent plus particulièrement D’Erasme, de Lutter et de Calvin.   
Ces critiques appelaient une réponse de l’Église catholique d’autant plus que les princes, les souverains les utilisaient au service de leur dessein politique. Il fallait pour cela, réunir un concile, ce sera le concile de Trente qui s’ouvre en 1545 et qu’il s’analyse comme celui de la contre-réforme catholique.

L’Église y proclame le caractère sacramentel et générateur de grâce du mariage. Et modifie la théorie classique en l’entourant de publicité. Les canons du concile ne sont pas reçus en France mais le pouvoir royal qui évolue vers l’absolutisme supporte de moins en moins le partage des compétences et il légifère en cette matière qu’il juge de la plus haute importance. Le mariage passe ainsi progressivement sous le contrôle de l’État royal tant en ce qui concerne sa publicité que le consentement des parents au mariage de leur enfant.

**A/ La publicité du mariage**

Le concile de Trente a le 1er prit des disposition en vue de mettre un terme au mariage clandestin que le roi a ensuite reprise et précisée.

1. *L’œuvre du Concile de Trente*

Il a siégé pendant 18 ans, de 1545 à 1563. Son histoire est assez mouvementée et elle est marquée par 2 longues interruptions ce qui justifie aussi sa durée. Les questions relatives au mariage ont donné lieu à un décret au mois de novembre 1663.

Désormais 3 techniques assurent cumulativement la publicité du mariage:  
 • La publication des bancs → Elle est verbalisée et précisée. Désormais le projet de mariage doit être annoncé par trois fois à la grand-messe par le propre curé des futurs époux. S’ils ne sont pas domiciliés dans la même paroisse, les bancs seront publiés dans la paroisse respective. Cette formalité n’est cependant pas requise à peine de nullité car les intéressés peuvent en être dispensés totalement ou partiellement par leurs évêques.

• La célébration religieuse → L’échange des consentements est désormais entouré d’une certaine solennité afin de ne pas renier sa doctrine l’église décide que les époux sont rendus inhabiles, c’est-à-dire incapable d’échanger des consentements efficaces, autrement qu’en la présence de leur propre curé et de deux ou trois témoins. A défaut l’échange des consentements est nul.   
La présence du curé et du témoin est de la substance du mariage mais celui-ci ne devient pas pour autant un acte solennel. En effet, le curé qui doit interroger les fiancés, recueillir leur consentement puis leur donner la bénédiction nuptiale ne devient pas le ministre du mariage. Ce sont toujours les époux. Le curé reste un témoin mais un témoin irremplaçable.   
Par conséquent, la présence des témoins doit faciliter la preuve de l’union et la clandestinité devient un empêchement dirimant.

• La tenue des registres de mariage → chaque curé doit tenir dans sa paroisse une registre où il mentionne les mariages (jour & lieu de leur célébration, noms des conjoints et ceux des témoins) Il s’agit par conséquent de faciliter la preuve. Mais cette preuve préconstituée ne fait pas obstacle au mariage, à la possession d’État et à la commune renommée.

1. *La législation royale*

Les dispositions du concile de Trente n’ont jamais été reçues en France car selon les principes gallicans, elles auraient dû pour être applicable être enregistrées par le Parlement de Paris. Or, cela n’a jamais été le cas en raison des troubles religieux qui agitaient alors la France. Pourtant, il était important pour l’ordre public que les règles de célébration public et de preuve de mariage qui avait été posée par le concile soient appliquées. C’est pourquoi le roi les a reprises et précises : pour assurer que les officialités ne continueraient pas à déclarer des mariages clandestins valables, Henri IV puis Louis XIII leur enjoignent de juger conformément aux ordonnances royales.

Cette intervention de la royauté en matière matrimoniale constitue un tournant capital qui fait passer l’institution sous le contrôle de l’État royal. Et elle est même antérieure à la fin du concile ce qui justifie également son défaut de réception. Dans la législation laïque, cette publicité est aussi assurée au moyen de 3 techniques :   
*1ère technique →* La pratique des bans de mariage, consacrée par l’ordonnance de Blois de 1579. Tout mariage doit être précédé de 3 proclamations faites le dimanche. Aucune dispense ne peut être obtenue sauf cause légitime et à condition que la 1ère proclamation est eu lieu. La règle s’applique à tous les projets du roi, y compris au prince et aux personnes de haut rang qui en étaient jusque-là dispensés au motif de la notoriété de leur généalogie.

*2ème technique →* La célébration du mariage doit se faire en présence de quatre témoins, dignes de foi, dont les noms seront consignés dans le registre des mariages, selon l’ordonnance de Blois. Cette célébration sera le fait du curé de la paroisse des futurs époux, selon l’interprétation qui en a été donné par le code Michot en 1629. S’ils ne sont pas de la même paroisse, la présence des deux curés est imposée à peine de nullité. L’ordonnance de Blois interdit, en outre, aux notaires de ne recevoir aucun actes de mariages par parole de présent, mais en pratique l’application de cette disposition s’est heurtée à quelques résistances. En effet, au milieu du 17ème siècle un certain Gaulmin qui occupait la fonction de maitre des requêtes, s’est marié en présence d’un notaire et a ensuite signifié l’acte de mariage au curé de sa paroisse. C’est la raison pour laquelle jusqu’à la fin du siècle, les parlements annuleront les mariages à la « Gaulmine » et exigeront l’assistance active du curée puis tout ira bien.

*3ème technique →* Afin de pré-constituer une preuve du mariage, le principe de la tenue de registre dans chaque paroisse est repris. L’ordonnance de Villers-Cotterêts avait ordonné en 1539, la tenue de registre de baptêmes et de sépultures. L’ordonnance de Blois la complète en y ajoutant les registres de mariages. Il est prévu que les curé devront les porter aux greffes des justices royales sont dépendent leur paroisse dans les deux mois qui suivent la fin de chaque année.   
En application de l’ordonnance de Moulins de 1566, qui interdit de recourir à la preuve testimoniale, lorsque l’intérêt du litige est supérieur à 100 Livres, la jurisprudence exige une preuve écrite pour les personnes fortunées.

En dernier lieu, c’est l’ordonnance civile de 1667, qui réglemente minutieusement la matière. Elle prévoit que les registres de baptême, de mariage et de sépulture doivent être établi en double exemplaires par les curés. L’un restera en leur possession et l’autre sera déposé aux greffes de la justice royale. Ce sera le seul mode de preuve du mariage sauf si les registres ont été détruits ou si le curé à omit de les tenir. On aura alors recours aux papiers domestiques des intéressés ou à des témoins.

**B/ Le consentement des parents au mariage de leurs enfants**

Il arrivait souvent en pratique que les enfants de famille se marient clandestinement par crainte que leur union ne soit pas approuvée par leurs parents. Les Pères du concile en étaient certes conscients mais ils ont refusé de faire du consentement des parents, une condition nécessaire au mariage des enfants.

Dès la puberté, les enfants de famille peuvent donc se marier librement et valablement. Le concile condamne l’opinion contraire tout en rappelant que l’Église a toujours détesté et prohibé les mariages non-autorisés par les parents.

En revanche, le roi de France Charles IX, soutenu par la majorité des évêques français souhaitait une réforme du droit canonique afin de faire du consentement des parents, une condition de validité du mariage des enfants jusqu’à un certain âge.

Face au refus du concile de trente de modifier la règle traditionnelle, le roi légifère à plusieurs reprises en la matière. Et la jurisprudence le seconde en érigeant la théorie du rapt de la séduction.

1. *La législation royale*

Lorsque le Concile de Trente se prononce sur la question, le roi est en réalité déjà intervenu car en février 1556, Henri II a promulgué un Édit sur les mariages clandestins qui établit une majorité matrimoniale. A savoir 30 ans accompli pour les fils de famille et 25 ans pour les filles.  
Avant ces âges, ils ne peuvent se marier sans avoir obtenu le consentement de leur père et mère. Au-delà, ils sont simplement sollicités par des actes respectueux pour donner un avis.

Henri II est intervenu car il s’agit d’un texte de circonstance motivé par un scandale à la Cour.

Henri II avait projeté de marier sa fille légitimée, Diane de France au fils du connétable de Montmorency en accord avec son père, mais à la veille du mariage, les pères respectifs apprennent que le promis est déjà uni clandestinement par parole de présent à une fille d’honneur de la reine Jeanne de Piennes. Celle-ci avoue que le mariage n’est pas consommé c’est pourquoi, on décide d’en demander l’annulation au Pape qui refusa pour manifester clairement que l’autorité civile ne peut intervenir en matière de sacrement.

Entre temps, le connétable contraint son fils à rompre avec Jeanne de Piennes pour qu’elle renonce également. Finalement le mariage de François de Montmorency & Diane de France est célébré le 4 mai 1557.

Au-delà de la majorité matrimoniale, l’Édit de 1556 prévoit des sanctions de 2 ordres :  
 • Sanction civile → l’exhérédation = l’exclusion de la succession des enfants qui ce sont mariés sans le consentement des parents. Sanction qui est alors facultative, ainsi que la possibilité pour les parents de révoquer les donations faites auparavant.   
 • Sanctions pénales → laissés à l’arbitraire des juges.

En 1563, intervient le refus du Concile de faire droit aux demandes du Roi de France. Le roi y répond par 3 textes :  
- L’ordonnance de Blois de 1579, sous le règne d’Henri III  
- La déclaration royale de 1639, sous Louis XIII  
- L’Édit de 1697, sous Louis XIV  
3 textes qui complètent & aggravent les dispositions de l’Édit de 1556.

Les mesures sont désormais d’ordre public et leur contenu est double.   
Le principe de la majorité matrimoniale est repris ainsi que celui des sommations respectueuses dont la procédure est fixée par arrêt de règlement à la fin du 17ème siècle.

Après avoir été autorisé par le juge royal du lieu, le futur époux se rend au domicile de ses parents accompagné de 2 notaires ou d’1 notaire et de 2 témoins. Il demande le consentement de ses parents et il en est dressé le procès-verbal. Par la négative, il passe outre.

• Les sanctions pécuniaires et pénales sont en outre aggravées.   
Pécuniaires → l’exhérédation devient automatique mais celui qui se marie sans le consentement de ses parents est également déchu des successions de ses autres ascendants et de ses collatéraux et il perd le bénéfice des libéralités reçu (= les donations qui auraient été consenti) Et il ne peut en faire lui-même à ses propres enfants.

Pénales → L’ordonnance de Blois, puni de mort ce qui auront séduit des mineurs de 25 ans ainsi que leurs complices. Loisel recueil la règle dans ses *Brocard* « il n’y a si bon mariage qu’une corde ne rompe. » Ce n’est pas tant la mort du ravisseur que l’on souhaite, que la nullité du mariage. Mais c’est ce que les Parlement imposeront en élaborant la théorie du rapt de séduction.

1. *La théorie jurisprudentielle du rapt de séduction*

Pour qu’il y ait rapt, 2 conditions doivent être réunies :  
 • Des violences exercées sur la victime   
 • Son transport d’un lieu à un autre.   
La victime ne pouvait être qu’une femme.

A partir de l’ordonnance de Blois, la notion de rapt est élargie et le Concile de Trente fait subsister l’empêchement dirimant tant que la femme est au pouvoir de son ravisseur. Désormais, la victime peut être un homme car les violences matérielles ne sont plus nécessaires. Il suffit en effet d’une subornation (= manœuvres dolosives consistant en une séduction ou une pression morale.) L’exigence d’un déplacement de la victime disparait.

Au 18ème siècle, Pothier fait la synthèse de cette construction dans son traité du contrat de mariage dont il résulte que :  
 • La preuve des manœuvres dolosives n’est pas nécessaire car le simple fait que le mariage ait été contracté sans le consentement des parents en constitue une présomption irréfragable. On ne doit pas rechercher de qui émane la séduction car elle peut avoir été réciproque voire émanée du mineur « séduit lui-même par sa passion » = aveuglé par sa propre passion.

Dans certain cas, le procureur du roi doit poursuivre d’office mais la peine de mort n’est pas prononcée, sauf à raison de « l’atrocité des circonstances » car le rapt n’est qu’en réalité qu’une technique permettant de faire prononcer la nullité du mariage par la voie de l’appel comme d’abus.

C’est donc ici un nouvel empêchement dirimant qui est créé mais cette fois-ci, par l’autorité laïque.

L’action en nullité n’est ouverte qu’aux père & mère. Et le but de cette jurisprudence est de réprimer les mésalliances (= union illégales). Véritable censure des mœurs qui est instauré ici.   
On peut faire 3 remarques :  
- ce qui justifie l’intervention du roi c’est que le mariage constitue le fondement de la société civile et qu’il est par voie de conséquence le garant du maintien de l’ordre public. Pour pouvoir devenir sacrement, l’union doit être conforme aux lois civiles, c’est la théorie gallicane du mariage. Le roi se limite à l’aspect civil et n’interfère pas sur le sacrement.  
- La jurisprudence a mis en avant l’idée que le mariage était avant tout, un contrat civil de sorte que les philosophes vont en tirer parti pour réclamer sa dissolubilité.   
- A l’extrême fin de l’Ancien Régime par un Édit de 1787, Louis XVI laïcise le mariage des protestants. Désormais les actes d’État civil les concernant peuvent être à leur choix déclaré au curé non pas en tant que ministre du culte mais en tant qu’officier d’État civil ou au principal juge du lieu en vue de régulariser les mariages antérieurs.

1. **Le mariage en droit intermédiaire**

La révolution marque en la matière le triomphe de l’État car la lutte menée depuis plusieurs siècles par le pouvoir séculier contre l’Église pour contrôler le mariage abouti à sa reconnaissance comme simple contrat civil. Une rupture définitive est par conséquent opérée entre le contrat et le sacrement.

Cette sécularisation du lien matrimonial procède la volonté d’instituer un mariage accessible à tous les français indépendamment de leurs convictions religieuses et d’affirmer l’indépendance du pouvoir temporel vis-à-vis du pouvoir spirituel. Elle a certes été préparée par l’Ancien droit à savoir, par les philosophes et l’Édit de 1787 en faveur des protestants.   
La France a aussi subit l’influence des pays étrangers où existait des précédents comme l’Autriche et les Pays-Bas. Dès lors plus rien ne s’oppose à la reconnaissance de la dissolubilité de l’union c'est-à-dire au divorce.

1. **La sécularisation du lien matrimonial**

La Constituante ayant posé le principe selon lequel la loi ne considère le mariage que comme contrat civil. La Législative en déduit que sa réglementation apparait désormais au pouvoir séculier. C’est pourquoi la loi du 20.09.1792 en fixe les conditions de forme et de fond.

**A/ Conditions de forme**

Les bans de mariage sont désormais remplacés par une publication qui doit avoir lieu 8 jours puis 1 jour franc à partir de l’An II avant sa célébration.

Le mariage a lieu devant l’Officier municipal (maire ou adjoint) dont l’intervention est exigée à peine de nullité à la maison commune en présence de 4 témoins. Néanmoins, l’absence publication préalable et la présence de 2 témoins au lieu de 4 n’entraine pas la nullité de l’union.

Entre la Constitution de 1791 et le vote de la loi de 1792, des mariages ont eu lieu selon des formes variables empruntées à l’Ancien droit.  
L’art 9 de la loi ouvre aux époux de les régulariser moyennant une déclaration devant l’Officier municipal de leur domicile dans les 8 jours. Cela a été rare et le Conseil d'État est amené à se prononcer sur cela en 1803. Il a jugé ces mariages valables au motif que la déclaration ne les validait pas mais constatait plus authentiquement leur existence.

Il faut remarquer le rôle actif de l’officier d’État civil qui face aux partis n’est pas seulement chargé de constater l’union et d’en donner acte. Le législateur a en effet innové en disposant qu’il devait en outre les déclarer uni au nom de la loi.

Par la même, le mariage apparait comme un contrat civil constaté publiquement. L’idée de célébration étant postérieur, elle n’est développée qu’à partir de l’An II. Et sous le Directoire, le mariage deviendra même une cérémonie civique. Ses formalités ont été instaurées à fins probatoires. Cependant, la sécularisation de la célébration du mariage n’exclut par le mariage religieux car chacun conserve la liberté du moins en théorie de recourir à un ministre du culte afin d’introduire la reconnaissance religieuse de l’union.

En pratique, toute célébration religieuse est devenu impossible en raison de la politique anticléricale des révolutionnaires qui après avoir poursuivi dans un 1er temps les prêtres réfractaires s’en prennent désormais à l’Église constitutionnelle.

**B/ Conditions de fond**

Réglementé dans un sens libéral car aux yeux du législateur, le mariage est une institution naturelle dans laquelle la liberté personnelle doit être particulièrement respectée. C’est ainsi que le nombre d’empêchement a été considérablement réduit. Ce qui résulte de la parenté ou de l’alliance sont désormais ramené à une plus juste mesure, le mariage est en effet interdit à l’infini entre parents ou alliés en ligne directe et seulement entre frères & sœurs en ligne collatérale.   
Les empêchements résultant de la parenté spirituelle, des vœux monastiques, de l’engagement dans les ordres majeurs ainsi que de la disparité de culte et des fiançailles disparaissent.

Désormais, la condition essentielle de validité du mariage est le consentement des futurs époux. C’est pourquoi, ceux qui ne peuvent exprimer un consentement valable, ne peuvent pas se marier. La violence redevient un simple vice du consentement et l’empêchement résultant de la séduction assimilée à la violence a disparu grâce à la limitation de l’intervention des parents au mariage de leurs enfants.

La capacité matrimoniale est fixée à 13 ans pour les filles et 15 ans pour les garçons. Et la majorité en la matière est fixée à 21 ans pour les 2 sexes. Jusqu’à 21 ans, il leur faut le consentement paternel sachant qu’au cas de désaccord avec la mère, l’opinion du père prévaut car elle est présumé plus éclairé, la femme ayant moins d’expérience dans les affaires. Si le père est interdit ou prédécédé, il faut alors le consentement de la mère. A défaut de parents, on réunit les 5 plus proches parents paternelles ou maternelles et à défaut, une assemblée de voisins.

L’absence de consentement entraine la nullité du mariage mais ce n’est qu’une nullité relative. Au-delà de 21 ans, les individus peuvent se marier librement et il n’est plus question de sommation respectueuse. La matière des oppositions à mariage est réglementée dans le même esprit libéral. Désormais sont seuls titulaires de cette prérogative, les personnes dont le consentement est requis pour le mariage des mineurs ainsi que celle qui était déjà engagé dans une précédente union avec l’un des futurs.

Enfin, les obligations réciproques d’affection, de fidélité et d’assistance des époux suscitent un large consensus. Les législateurs révolutionnaires placent de ce point de vue, le mari & la femme sur un pied d’égalité. Le devoir de fidélité n’est sanctionné que civilement. L’inconduite notoire étant désormais, une cause de divorce.

1. **La reconnaissance de la dissolubilité du mariage : le divorce**

Depuis 1750, sous l’impulsion des philosophes et de nombreux publicistes avait émergé un courant divorciaire.

Il trouvait à une époque un écho favorable dans les hautes sphères de la société. C’est surtout le cas à Paris où les mariages de convenance étaient nombreux & les mentalités plus réceptives au divorce. En revanche, le reste des français majoritairement ruraux reste attaché au mariage chrétien indissoluble.

L’Assemblée législative résiste dans un 1er temps à de multiples demandes puis change d’avis après la journée du 10 août 1792 qui instaure la phase de la révolution jacobine. Afin de conserver la faveur populaire, elle adopte alors des mesures extrêmes et tout va très vite. Saisit de la question le 20 août, l’Assemblée vote 1 mois plus tard la loi qui instaure le divorce. Elle en précise les causes, les procédures ainsi que les effets après avoir supprimé pour des motifs anticléricaux la séparation de corps au mépris de la liberté de conscience.

**A/ Les causes de divorce**

Au-delà des vœux des divorciaires qui estimaient que cela ne devait être qu’un remède utilisé avec circonscription. La loi du 20 septembre 1792 prévoit 3 causes de divorce :   
• Le consentement mutuel des époux   
• Un motif précis, imputable à un époux, le divorce sanctionne alors la faute d’un époux ou bien apparait comme la réalisation d’une condition résolutoire tacite. Elle se définit comme un événement futur et incertain dont dépend l'extinction d'une obligation. La cohabitation est dès lors devenue impossible.

Il y a divorce sanction dans 3 hypothèses :  
- Crime, sévices ou injure grave à l’encontre du conjoint  
- Dérèglement de mœurs notoire.  
- Abandon du conjoint pendant au moins 2 ans.

Il y a réalisation d’une condition résolutoire tacite dans 4 hypothèses :  
- La démence d’un époux   
- Condamnation à une peine afflictive (= peine qui blesse le corps) ou infamante (= qui blesse l’honneur)   
- L’absence sans nouvelle pendant au moins 5 ans   
- L’émigration

• L’incompatibilité d’humeur ou de caractère → permet de rompre l’union sans être obligé de rendre public des faits scandaleux ou tout simplement au nom de la liberté individuelle. Or cette pluralité de causes a pour effet d’engendrer des procédures variées.

**B/ Les procédures**

Divorce pour consentement mutuel → La demande est portée devant le tribunal de famille qui convoque les époux pour procéder à une tentative de conciliation.

Ce n’est qu’un mois après qu’ils pourront se présenter devant l’Officier d’État civil en vue du prononcé du divorce.

Divorce pour motif précis → si la preuve de celui-ci est rapportée, le mariage peut être immédiatement dissout. C’est par exemple le cas en produisant un jugement de condamnation ou un acte de notoriété d’absence. Toutefois, au cas de doute sur la validité des pièces produites, l’Officier d’État civil peut renvoyer les partis devant le tribunal de district.

La demande fondée sur l’incompatibilité d’humeur ou de caractère → fait peser sur le demandeur une présomption de légèreté. C’est pourquoi le tribunal de famille procède ici à 3 tentatives de conciliation en 6 mois. Le divorce ne peut être prononcé qu’après leur échec.

**C/ Les effets du divorce**

Le prononcé du divorce par l’Officier d’État civil permet à chaque ex-époux de se remarier avec la personne de son choix, y compris le complice de l’adultère. La femme doit respecter un délai d’un an avant de se remarier afin d’éviter la confusion de part (= sur la paternité) et dans un souci d’égalité, le mari y est lui aussi astreint sauf si le divorce a été prononcé pour un motif précis.   
La femme perd sa part de communauté lorsque le divorce est prononcé à ses torts. De plus tous les gains de survie, avantage matrimoniaux, ou donations dont elle a pu bénéficier sont caduques.

Le fondement du divorce influe aussi sur le sort des enfants. Il faut distinguer 2 hypothèses :   
• Lorsqu’il intervient pour incompatibilité d’humeur ou par consentement mutuel, la garde des enfants de moins de 7ans revient à la mère. Au-delà de 7 ans, les garçons vont au père.  
• Pour motif précis, l’assemblée des parents désigne le gardien car l’un des époux peut être indigne.

Le divorce durant la période du droit intermédiaire a surtout été utilisé par les populations urbaines et en particulier par les parisiens. De 1792 à 1804, environ 13 000 divorces ont été prononcé pour 55 000 mariages soit, un peu moins du quart. Le divorce a majoritairement

En l’an II des décrets ont même facilité le divorce pour incompatibilité d’humeur en abrègent les délais et en allégeant la procédure d’où une réaction de la convention thermidorienne.

Dans l’ensemble les 2 lois du 20 septembre 1792, sont restée à la base du droit applique jusqu’au Code Civil.

1. **Le mariage depuis le Code Civil**

Il revêt une importance politique capitale tout au long du 18ème siècle car il fonde la société. Les rédacteurs du Code Civil en font une pièce maîtresse de l’ordre public et le considère comme véritable institution. Toutefois depuis 1804, il a subi des modifications liées aux évolutions politiques, économiques & sociales.

1. **La conception du mariage dans le Code de 1804**

Le Code Civil réalise une transaction entre l’Ancien droit et le droit intermédiaire en matière de formation du lien matrimonial. En revanche, il rejette les excès du divorce de l’époque révolutionnaire.

**A/ Sa formation**

Le Code Civil reprend le principe du mariage laïcisé célébré publiquement devant l’Officier d’État civil. L’acte de célébration est inscrit sur les registres d’État civil et il en constitue la preuve. Sur ce point le code reprend donc les dispositions de la loi de 1792. Les garçons peuvent se marier à 18 ans, les filles à 15 ans mais le chef de l’État doit toujours accorder une dispense.

Le Code Civil est aussi instauré de l’Ancien droit lorsqu’il accentue le formalisme afin de restaurer l’autorité des parents.

En effet si la majorité reste fixée à 21 ans, le consentement des parents à défaut, celui des aïeux doit intervenir jusqu’à 25 ans pour les garçons et 21 ans pour les filles. Mais jusqu’à 30 et 25 ans respectivement ceux-ci doivent leur notifier par l’intermédiaire d’un notaire et de 2 témoins ou de 2 notaires un acte respectueux afin de requérir leur avis. Dans l’hypothèse d’un refus, il faut réitérer la démarche à deux reprises de mois en mois et le mariage ne peut être célébré qu’un mois après le dernier acte.   
Ces formalités sont très lourdes, c’est pourquoi, elles seront souvent sources de nullité en particulier pour les mariages célébrés à l’étranger.

Le code atténue la rigueur au moyen de la théorie du mariage putatif qu’il consacre. Le mariage est ainsi placé sous le double contrôle de la famille et de l’État afin selon les termes même de Portalis « de ne pas abandonner ce contrat à la licence des passions. » Portalis le considère en effet comme un acte naturel, nécessaire et comme un facteur d’harmonie sociale d’où la nécessité d’encadrer sa dissolution.

**B/ Sa dissolution**

Le divorce a suscité d’âpre discussion au Conseil d'État et au corps législatif en effet en qualité de symbole révolutionnaire, le Code Civil devait le conserver.

Mais dans le même temps, il devait bannir ce qui pouvait porter atteinte à la faveur du mariage.

Portalis avait affirmé que le mariage était un contrat perpétuel par sa destination.

C’est pourquoi, le divorce n’est pas appréhendé comme une conséquence de la liberté individuelle mais comme un remède extrême admit par le législateur a certaines conditions. Dans le Code de 1804 la règlementation du mariage est très détaillée puisque 77 articles y sont consacrés contre 85 pour le mariage.

Le divorce pour incompatibilité d’humeur disparait et seul subsiste un divorce par consentement mutuel et un divorce pour faute.

• Le consentement mutuel → il ne s’est maintenu que grâce à l’appui de Bonaparte. Cependant, il est entouré de nombreux garde-fou destiné à en rendre l’application rarissime. Il ne peut être invoqué ni dans les 2 premières années du mariage ni par un époux trop jeune. – 25 ans pour le mari & - 21 ans pour la femme. Il en va de même après 21 ans de mariage ou contre une femme de plus de 45 ans.

Le divorce doit être autorisé par leur père et mère et à défaut par les ascendants encore vivant.   
Les divorcés ne peuvent pas se remarier dans les 3 années qui suivent la dissolution de l’union.   
Les enfants recueillent la moitié des biens du ménage.

Ce divorce a été peu utilisé.

Le divorce personnel de Napoléon est en tout point exorbitant du droit commun. Prononcé par un sénatus-consulte du 16 décembre 1809 alors qu’il l’avait interdit dans sa propre famille, il n’y avait pas de consentement mutuel. Il n’y avait pas de consentement mutuel, Joséphine avait plus de 45 ans et la mère de Napoléon n’y avait pas donné son consentement express.

• Le divorce pour faute → Il est simplifié. Ses causes passent de 7 à 3.  
- l’adultère simple pour la femme & aggravé par l’entretien d’une concubine au domicile conjugale pour le mari   
- la condamnation pour une peine infamante  
- les excès, injures ou sévices grave.

Depuis la suppression des tribunaux de famille en 1796 ce sont les tribunaux civils qui sont désormais compétents mais la procédure est longue et coûteuse, les époux ne peuvent se remarier ensemble et l'époux coupable d'adultère ne peut épouser son complice.   
Ces même causes peuvent aussi être un loupé pour obtenir la séparation de corps qui est rétablit. Elle peut même être convertit en divorce à la demande de l'époux contre qui elle a été dirigée au bout de 3 ans sauf si le demandeur est une femme adultère.

Enfin l'époux contre qui le divorce c'est prononcé perd ses avantages matrimoniaux, doit payer une pension alimentaire à son conjoint, qui conserve quant à lui ses propres avantages ainsi que la garde des enfants. Comme le divorce n'était aux yeux des rédacteurs du code qu'un mal nécessaire, le divorce a été peu utilisé, entre 2000 et 2500 ont été prononcé de 1804 à 1816.

1. **L’évolution du droit matrimonial au 19ème et au 20ème siècle**

Certaines modifications ont été apportées au code par le législateur mais la jurisprudence est également venue combler certaines de ses lacunes. En outre, l’évolution sociale s’est faite contre la volonté des rédacteurs par le développement du concubinage.

**A/ Les réformes législatives**

Elles concernent principalement le divorce qui connait des vicissitudes tout au long du 19ème siècle et la simplification du mariage.

1. *Les vicissitudes du divorce*

De nombreux catholiques sont restés hostiles au mariage civil d'autant plus que le code pénal de 1810 prévoit des peines sévères contre le curé qui célébrerait l'union religieuse avant le mariage civil. (À savoir amende puis prison à la première récidive et déportation à la 2ème.) Sous la Restauration, certain essaie même de redonner compétence exclusive à l'Église en matière d'état civil mais ils échouent.   
Domaines où ils réussissent : la suppression du divorce. Dès le mois du décembre 1815, Louis de Bonald dépose un projet devant la chambre introuvable qui deviendra la loi du 8 mai 1816. Le texte est court, en 3 articles il abolit le divorce, converti en séparation de corps toutes les instances pendantes (= en cours) et arrête toutes les procédures en vue d’obtenir le divorce par consentement mutuel. Sous la Monarchie de Juillet, de 1831 à 1834, plusieurs projets de loi en vue de rétablir le divorce sont votés par la chambre des députés mais ils se heurtent systématiquement à l’opposition de la chambre des pairs. Il faut attendre les secondes années du 2nd Empire pour que les partisans du divorce occupent plus largement le terrain avec pour chef de file, Naquet qui accède à la députation en 1876. Après 2 projets avortés, il parvient à faire voter le 3ème après de nombreux amendements grâce au soutien des républicains qui sont majoritaire depuis 1880. C’est la loi du 27 juillet 1884 qui est inséré dans le code et qui marque la victoire symbolique des républicains sur les monarchistes.

Les républicains ne renouent pas avec les excès de la loi de 1792 car dans leur esprit, le divorce ne doit pas être prononcé que dans des circonstances extrêmes. C’est donc un divorce sanction qui repose sur l’adultère, injures et sévices grave ainsi que sur une peine désormais afflictive et infamante.

L’esprit du code de 1804 est toujours présente, la seule innovation se situe en matière d’adultère, la femme peut se prévaloir à égalité de celui du mari mais la différence persiste sur le plan pénal et les conséquences sont les mêmes qu’auparavant pour le coupable.

Au moment de la séparation de l’Église et de l’État, 2 lois importantes sont votées :   
• 1904, abroge l’article qui interdisait le mariage avec le complice de l’adultère.   
• 1908, impose au juge de convertir en divorce la demande de séparation de corps 3 ans après le jugement qui la prononce.

Il est ainsi imposé au conjoint catholique qui le refusait. En revanche, le divorce par consentement mutuel est rejeté.   
On constate que le divorce apparait comme un phénomène marginal jusqu’en 1900 et il reste minoritaire jusqu’à la veille de la WWII. On recense 27 000 par an, les demandes émanant à 60% par les femmes. C’est pourquoi en 1941, le régime de Vichy tente d’y mettre fin.

Le doublement du nombre de divorce entre 60’s et 70’s contribue à une remise en cause de la loi de 1984. Les partisans du divorce par consentement mutuel dénoncent un cadre juridique désormais inadapté qui oblige les époux à une comédie judiciaire dans certains cas.

Le Doyen Carbonnier est chargé par le garde des sceaux de rédiger un projet de loi de 1973 qui deviendra après certaines transformations, la loi du 11 juillet 1975. Cette loi instaure un divorce à la carte car il en existe désormais 3 formes par consentement mutuel, pour rupture de la vie commune et pour faute.

Par consentement mutuel, il se subdivise par le divorce sur requête conjointe et un divorce sur demande acceptée quant au divorce pour faute, un cause générale et abstraite remplace désormais les causes spéciales de la loi de 1884 à savoir la violation grave ou renouvelé des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune.

C’est donc le divorce par consentement mutuel qui est le plus utilisé et depuis la loi de 1975 a subi plusieurs remaniements.

1. *La simplification du mariage*

Sous la IIIème République, dans un but populationniste, le législateur facilite le mariage

L’individu prend désormais le pas sur la famille et, la puissance paternelle amorce son déclin, c'est pourquoi le législateur en tire les conséquences en ramenant la nullité des actes respectueux en pratique inutile par un texte du 20 juin 1896. La mesure est complétée, en 1907 disparait aussi et surtout la majorité matrimoniale spéciale désormais, il suffit donc d’avoir 21 ans pour se marier sans le consentement de ses parents.

Par la même, le mariage cesse d’être une affaire de famille et une institution sociale partagée par l’État, il redevient un contrat de droit privé de sorte que le couple devient une fin et non plus un moyen ce qui fait dire à Colin que « le bonheur s’est substituer aux devoirs. »

La WWI a également contribué à ce mouvement de simplification. C’est ainsi que le nombre de témoins est passé de 4 à 2. Le nombre d’empêchements a également été réduit par l’abrègement du délai de viduité pour la femme et par la reconnaissance de possibilité de dispense pour les alliés en ligne directe dans un but nataliste.

**B/ L’œuvre de la jurisprudence**

A défaut de retouche normative, tout au long du 19ème siècle, la jurisprudence avait pu en interprétant le Code infléchir la rigueur de certaines dispositions. C’est par exemple le cas en matière de séparation de corps où dès 1928, l’adultère du mari peut être assimilé dans certaines circonstances à une injure grave de même que l’abandon de la femme à partir de 1843. La doctrine par les voie d’Acollas et de Demolombe dénoncé aussi l’incohérence des dispositions sur les nullités et s’efforçait de les classer en nullité relative ouverte aux seuls intéressés, les nullités absolues invocable par le ministère public. Mais la jurisprudence s’y montrait hostile afin de maintenir « la solidité du lien matrimonial » et de tenir en échec un divorce déguisé.

Une cause de nullité en particulier à suscité la controverse, l’erreur dans la personne qui n’est pas définit pas le Code Civil.

En doctrine, 3 camps s’opposent sur l’erreur sur la personne:  
 - Les tenants des travaux préparatoires (du code civil) adoptent la doctrine de Pothier en envisageant uniquement l’erreur sur l’identité physique.  
 - Aubry et Rauh penchent pour l’identité civile comme l‘erreur sur la filiation, résultant de l’usage d’un faux nom.   
 - Demolombe, accola et de nombreux autres juristes prennent en considération l’erreur sur les qualités substantielles, qu’elles soient civiles, sociales, morales ou physique.

Finalement la Cour de cassation ne prend en considération que l’erreur sur l’identité civile à partir de l’arrêt Berton rendu par les chambres réunies le 24 Avril 1862. En l’espèce, il s’agissait d’un mariage entre une jeune fille de bonne famille et un ancien forçat dont elle ignorait le passé.   
La jurisprudence a dû aussi se prononcer sur la force obligatoire, ou non, des fiançailles et sur ce point sa position a évolué.

Dans une 1ère phase elle reconnait leur validité mais la Cour de cassation a finalement opté pour leur nullité au nom de la protection de la liberté individuelle. Par conséquent, elles se résolvent en dommage et intérêt sur le fondement de l’article 1382.

**C/ Le développement du concubinage**

Bonaparte avait une opinion très tranchée à ce sujet. Il affirmait en effet *« les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux ».*C’est pourquoi les juristes de la 1ère moitié du 19ème siècle ne reconnaissent qu’une forme d’union : Le mariage tel qu’il est organisé par le code civil.   
En pratique, le concubinage se développe au 19ème siècle pour des raisons multiples :  
 • mariage à l’essai  
 • volonté d’échapper au formalisme et aux frais excessifs du mariage   
 • liaison entre bourgeois, ouvrière et/ou servante.   
 • Officier en activité désirant échapper à l’autorisation de leur supérieur.

La jurisprudence et la doctrine sont conduites à en connaitre à propos des libéralités entre les concubins. Or le Code Civil étant muet à ce sujet, la jurisprudence a dû trouver une solution et celle-ci a évolué. Jusqu’aux années 1830, on les juge valable. Puis à la suite de Merlin de Douai et de Duranton, un revirement s’opère sur le fondement de la cause immorale.

En revanche, à partir des années 1880, les donations ayant pour objet la rupture de telles donations, sont admises par les tribunaux.

En pratique à la vie commune, les concubins peuvent ajouter une activité professionnelle à la vie commune et il a fallu donner une qualification juridique à cette forme d'association.

La Cour d’Appel de Paris déclare dans un 1er temps de telles sociétés nulles, sur le fondement d’un défaut de preuves écrites. Puis à partir de 1872, elle admet qu’il y a entre les concubins une société de faits qu’elle qualifie de « société universelle de gain » dont la preuve peut être rapportée par témoin ou par présomption dès lors qu’existe un commencement de preuve par écrit.

Au 20ème siècle, cette société est étendue aux concubins ordinaires même si un élément constitutif du contrat de société fait défaut, à savoir, la volonté de réaliser des bénéfices.

En 1926, la concubine est indemnisée pour la mort de son compagnon puis un revirement se produit en 1937 sous l’influence de Josserand. Si la jurisprudence a envisagé le concubinage uniquement sous l’angle de la rupture, le législateur l’a quant à lui appréhendé au cours de son existence à l’occasion de la WWI. Ainsi en 1914, des secours sont alloués aux compagnes des mobilisés et en 1918, elles bénéficient de la loi de maintien dans les lieux des locataires. Une brèche était ainsi ouverte à un rapprochement entre concubinage et mariage, qui devient systématique après la WWII en particulier en matière sociale. Ce rapprochement s’applique aussi à l’administration légale, pure et simple et à la garde conjointe des enfants ainsi qu’à l’attribution conjointe de l’autorité parentale depuis 1985 et 1987 respectivement.