**Introduction historique au droit :**

**Introduction** : Tentatives d’unification et de codification du droit français. Au milieu du XIIIème siècle à 1789, la France est divisée en 2 zones sur le plan juridique. Au nord d’une ligne sinueuse allant de la Rochelle à Genève, ce sont les pays de coutumes alors qu’au sud, ce sont les pays de droit écrit ou l’on applique le droit romain.

Coutumes qui se définissent comme des usages non écrits et répétés consacrés par le temps et acceptés comme obligatoire par des groupes humains sur des territoires déterminés sont par définition multiples et variés.

Les premières rédactions de coutumes ont lieu à la fin du XIIème siècle et surtout au XIII mais elles sont privées, ce qui signifie qu’elles n’ont aucune autorité officiel. Elles portent le nom de coutumier. C’est seulement en 1454 par l’ordonnance de Montils-les-Tours que Charles VII ordonne la rédaction officielle. En raison de la lourdeur de la procédure, cette rédaction n’est effective qu’au début du XVIème siècle. Les coutumes rédigées sont alors très nombreuses, c’est pourquoi la doctrine du XVIème siècle tente de dégager un droit commun coutumier, c’est-à-dire des principes communs Pour dégager ces principes, 3 courants s’oppose :

* Pour le 1er président du parlement de Paris : « On doit recourir au droit romain par le silence de la coutume ».
* Pour son successeur Christofle de Thou « Ce droit commun réside dans le fond commun de différentes coutumes ».
* Pour Dumoulin, LE juriste du XVIème siècle « Le droit commun coutumier réside dans la coutume de Paris » qu’il qualifie de coutume princesse dans la mesure où elle présente un caractère plus général que les autres et a par conséquence la même valeur supplétive.

Néanmoins, les coutumes de droit romain ne sont pas les seules sources du droit privé : à partir du XVème siècle s’ajoute la législation royale. Cette multiplicité de sources provoque à cette époque un désir d’unification exprimé à cette époque par les états généraux. Le roi s’efforce de satisfaire leurs doléances dans de grandes ordonnances réformatrices. Les EG de Blois en 1576 donnent naissance 3 ans plus tard à l’ordonnance du même nom dont l’art 207 va permettre une codification du droit. La tâche est alors confiée au président du parlement de Paris, Brisson, qui rédige le code Henri III promulgué en 1601. C’est également la dernière réunion des EG en 1614, qui est à l’origine du code Michau, ainsi nommé car il est l’œuvre de Michel de Marillac en 1629. Il est considéré avec ses 461 articles comme l’œuvre législative la plus considérable de la monarchie.

Le code Michau est mal accueilli voir repoussé par le parlement, de sorte qu’il n’a jamais été appliqué. Pourtant, en dépit des efforts déployés, ces textes régissent des domaines très divers et ne présentent pas la rigueur des codes actuels. Au cours des 2 derniers siècles de l’ancien régime, on essaie toujours d’unifier le droit français mais la méthode évolue. Au XVIIème siècle, après avoir envisagé de codifier tout le droit, Colbert décide de s’occuper en priorité des domaines essentiels. Afin d’éviter tout blocage du parlement, le travail est confié à un Conseil de Justice majoritairement composé de praticiens, c’est-à-dire des avocats, des maîtres des requêtes, des conseillers d’état. Ce conseil étant de plus dominé par son oncle Pussort.

De ces travaux sont issus une série de 5 ordonnances qui inspireront au XIXème siècle les rédacteurs des codes napoléoniens.

* + En 1667 : ordonnance civile touchant la réformation de la justice, qualifié de code Louis (pour Louis XIV) qui a vocation à uniformiser les règles de la procédure civile et dont le contenu sera repris en 1806 par les rédacteurs du code de procédure civile (CPC).
  + En 1669, c’est l’ordonnance sur les eaux et forêts
  + En 1670, c’est l’ordonnance sur la procédure criminelle qui servira de modèle pour le code d’instruction criminel.
  + En 1673, c’est l’ordonnance du commerce également dénommée code Savary ou code Marchand
  + En 1681, c’est l’ordonnance sur la marine.

Après la mort de Colbert est également promulguée sous la direction de Louvois une ordonnance sur l’esclavage, c’est le code noir en 1685 qui est très répressif et protecteur des intérêts coloniaux.

On estime que l’ensemble de cette œuvre constitue un travail de qualité dont la longévité est la meilleure preuve. Parallèlement à la réalisation de ces ordonnances, le 1er président du parlement de Paris, Guillaume de Lamoignon, organise à titre privé dans son hôtel particulier des conférences qui rassemblent d’éminents juristes. L’essentiel en est consigné dans un recueil intitulé arrêté de monsieur le premier président de Lamoignon dès 1672 mais il ne sera publié que 30 ans plus tard. Les règles de droit sont exprimées sous la forme de brèves formules et l’ouvrage est divisé en 5 parties respectivement consacrées aux personnes, aux choses, aux actions, aux régimes matrimoniaux et libéralité et aux successions.

Bien que dépourvu de valeurs officielles, ces arrêtés sont invoqués en justice et au XVIIIème siècle on demande même à Louis XVI de leur donner force de loi. Pourtant il faut bien reconnaitre que le droit civil est resté en dehors des tentatives d’unification.

Une étape sera franchie dans la première moitié du XVIIIème siècle avec le chancelier d’Aguesseau qui estime que la réduction des disparités juridiques entre les provinces et l’harmonisation de la jurisprudence sont des préalables nécessaires au bon fonctionnement de la justice. C’est pourquoi il abandonne l’idée même de codification au profit de celle d’harmonisation du droit civil dans les domaines les plus adaptés. Il associe les parlements à son entreprise, les consultent en leur envoyant des questionnaires. 3 ordonnances :

* Sur les donations en 1731 qui est la seule à former une véritable uniformisation du droit.
* Ordonnance sur les testaments en 1735
* Ordonnance sur les substitutions fidéicommissaires en 1765.

**(…)**

* 2ème projet de Cambacérés est beaucoup plus bref avec 297 articles, présenté à la fin de 1794. Dans la ligne du 1er mais plus individualiste, il connait pourtant le même sort en raison de la réaction thermidorienne.
* 3ème projet en juin 1796 : en 1104 articles, il condamne les principes de l’an II qu’il défendait deux ans auparavant. Il opte désormais pour un compromis entre l’ancien droit et les excès de la Révolution mais c’est encore un échec, deux articles seulement sont adoptés, puis le chantier est à nouveau abandonné au début de 1797 pour des motifs politiques. Or, cet échec n’est pas dû à l’incapacité des hommes de l’époque mais à l’inévitable décalage entre le moment de l’élaboration des différents projets et celui de leur discussion car les politiques ont toujours un temps d’avance sur les juristes.

L’unification du droit civil n’aboutira que sous le Consulat grâce à un pouvoir fort et une forte volonté politique une fois les bases du nouveau régime établies et après un dernier essai infructueux de Jacqueminot. Les sources du droit privé sont donc totalement renouvelées à partir de 1804. Si en 1804 le droit civil absorbe tous les rapports de droit privé, on a assisté depuis la fin du XIXème siècle à une diversification voir un émiettement du droit privé dans la mesure où certains pan du droit ont acquis désormais une existence autonome : droit des affaires, droit du travail, droit de la consommation.

Il n’en demeure pas moins que le droit civil reste le droit privé commun.

Partie préliminaire : L’histoire des sources du droit privé depuis 1804 :

Cette histoire est dominée par le code civil qui devient à partir de 1804 la source par excellence du droit privé. Cependant, sa place a évolué de la fin du XIXème siècle au milieu du XXème de sorte que l’on peut distinguer 3 phases :

* De 1804 aux années 1880, c’est le temps du code et de l’exégèse. Face aux transformations politiques, économiques et sociales, le Code Civil (CC) constitue un point de repère et la doctrine s’émancipe progressivement de la lettre des articles pour reprendre son rôle de créateur de droit.
* Les années 1880 à 1945 : le législateur de la IIIème République change la physionomie du code par ses intervention fréquentes jusqu’à la spécialisation et à la prise d’autonomie. Les représentants de la doctrine sont désormais les portes paroles des nouveaux courant politiques, ce qui modifie la pensée juridique et provoque une rénovation du code civil.
* De 1945 à la fin du XXème siècle : souligne l’impossibilité de réviser le CC et les nouveaux contours du droit privée face à l’évolution croissante de l’Etat.

La réalisation du CC marque un tournant dans l’histoire des sources du droit privé en ce sens que désormais, le droit est unifié. En effet, tous les français, quel que soit le lieu où ils résident, sont soumis aux mêmes règles et il n’existe plus de différence de statut. Cependant, la nécessité d’une interprétation du code civil apparait rapidement.

**Chapitre 1 : Le Code Civil :**

La réalisation du CC s’inscrit dans le projet politique de Bonaparte. En effet, la loi du 19 Brumaire an 8, qui valide le coup d’Etat de la veille et qui établit le consulat provisoire charge 2 commissions législative de le préparer alors que parallèlement, une nouvelle Constitution est en gestation. Cette nouvelle Constitution doit mettre un terme à la Révolution et compenser la diminution de liberté politique par la garantie de la liberté civile. La société sera structurée par des masses de granites qui se substitueront aux grains de sable auxquels sont comparés les individus. C’est seulement une fois les bases constitutionnelles du Consulat posées que l’élaboration du CC est mise en place. Son esprit se déduit des principes qu’ils régissent.

**Section 1 : La procédure d’élaboration du CC :**

Le 24 thermidor an 8, pour éviter de passer par une commission issue des assemblées, Bonaparte désigne lui-même 4 commissaires chargés de rédiger un projet avant Brumaire an 9 (Nov suivant). Tous ces commissaires sont membres soit du tribunal de Cassation, soit du tribunal des prises maritimes. Tous sont représentatif des différents traditions juridiques de l’ancienne France. Ces 4 commissaires sont :

* Le parisien Tronchet, ancien avocat au parlement et alors président du tribunal de Cassation. Il représente les coutumes, il a défendu Louis XVI devant la Convention et il préside les travaux de la Commission.
* Maleville : ancien avocat au parlement de Bordeaux et alors membre du tribunal de Cassation, remplit quant à lui la fonction de secrétaire. Il représente les coutumes du Sud-Ouest ainsi que le droit romain.
* Portalis : ancien avocat au parlement d’Aix en Provence. Remplit la fonction de commissaire du gouvernement au conseil des prises maritimes et revient d’exil. Il est considéré comme le père du CC dans la mesure où il est l’instigateur de ses principales doctrines. Il représente les pays de droit d’écrit.
* Bigot de Préameneu : Membre du gouvernement au tribunal de Cassation, originaire de Rennes et représente les coutumes de l’Ouest.

Le juriste le plus important de l’époque, Merlin de Douai, est tenu à l’écart de cette commission pour ses idées républicaines trop marquées et de sa trop forte personnalité. C’est dans les faits un conventionnel régicide et un ancien membre du Directoire.

Les 4 rédacteurs choisis par Bonaparte sont certes bien juristes mais pas des personnalités de premier plan. Ils ont été choisis pour leur modération : ils ont acceptés la Révolution puis Brumaire sans acquiescer cependant aux lois rétroactives de l’an II. Bonaparte attend d’eux une œuvre de transaction. Les deux plus important sont Tronchet et Portalis. Elaboré en 4 mois, le projet mettra 4 ans pour devenir définitif en raison des obstacles apportés par certains corps de l’Etat.

*Dans quelles sources préexistantes ont-ils puisés le CC ?*

Si leur principale source d’inspiration était l’ancien droit, elles sont plus précisément au nombre de 6 :

* Le droit romain en matière de droit des obligations, en matière de droit des successions et de droit de propriété.
* La coutume de Paris et le droit commun coutumier pour la puissance paternelle et maritale ainsi que pour le régime matrimonial de communauté.
* La législation royale en matière d’état civile, de preuve ainsi que de libéralités c’est-à-dire les donations et les testaments.
* Le droit canonique (droit de l’Eglise) en partie pour le mariage.
* La doctrine en particulier les théoriciens de l’école du droit naturel qui considère le droit comme une somme de vertu social en particulier Gauthier mais aussi Domat. En témoigne la notion de droit subjectif qui domine le plan du code civil, l’affirmation d’un principe général de responsabilité (art 1382) et également le transfert de propriété par l’accord des consentements.
* La législation révolutionnaire, dans son côté raisonnable, à savoir la propriété conçu comme un droit inviolable et sacré, le mariage laïcisé et l’égalité en matière de droit des successions, les précédents projets de CC.

Au terme de la rédaction, le projet est communiqué au tribunal de Cassation et aux tribunaux d’appel qui l’approuve dans l’ensemble puis au conseil d’Etat. Les débats y sont alors assez vifs entre les hommes des anciens pays de coutume et ceux des anciens pays de droits écrit mais aussi entre partisans des conquêtes révolutionnaires et modérés. Ils sont aussi marqués par les fréquentes interventions de Cambacérés et de Treilhard (ancien conventionnel régicide, exerce alors la fonction de président du tribunal d’appel de la Sennes). Bonaparte s’est lui-même appliqué dans les débats en participant à certaines séances (55 séances sur 107 contre 4 seulement pour le code de commerce). Le 1er consul a joué un rôle essentiel en faisant du code civil une affaire personnelle alors qu’en temps normal sa présence à Paris est fonction de ses campagnes militaires. *« Ce que rien n’effacera, ce qui vivre éternellement, c’est mon code civil ».* IL a marqué de son empreinte personnel en imposant ses vues dans les domaines où il avait un intérêt particulier comme le divorce ou ceux qui s’inscrivait dans son schéma politique et social comme l’autorité du père de famille qui doit reproduire celle du chef de l’Etat, l’infériorité de la femme ou encore l’exclusion des enfants naturels.

Parce qu’il présidait le Conseil d’Etat, il a eu aussi le mérite de recentrer et de faire progresser les débats avec toute l’autorité militaire lorsque les juristes se perdaient dans les détails. Une fois codifié par le conseil d’Etat, le texte arrive devant le Tribunat et tout devient alors plus compliqué. En raison de la jeunesse et de l’attachement aux principes révolutionnaires, les critiques sont nombreuses, le 1er titre est rejeté par le corps législatif, c’est pourquoi Bonaparte décide d’agir. Pour éviter un nouvel échec, Bonaparte retire le projet et épure le Tribunat. Concrètement, le nombre de ses membres est divisé par 2 et il est organisé en section qui ne peuvent se réunir en assemblée plénière. Enfin, une communication officieuse est instaurée afin d’être informé plus tôt de l’avis adopté et de se concerter.

Après le dépôt préliminaire de Portalis, le CC est voté par le corps législatif sous la forme de 36 lois. Il est promulgué le 21 mars 1804 sous le titre de CC des français et par voie de conséquence, sont abrogés le droit romain, la législation royale, les coutumes, les statut et règlements préexistants, autrement dit, toutes les sources de l’ancien droit. En 1807, il est rebaptisé code Napoléon jusqu’à la Restauration. Cette dénomination sera rétablie au début du 2nd empire pour ne plus être abrogée.

Avec ses 2281 articles, le CC est le plus volumineux de tous les codes Napoléoniens. Son plan est romain, il s’inspire des institutes de Gaius (juriste romain) autour de 3 livres qui traitent respectivement des personnes, des biens et des différentes manières don on acquière la propriété. Ce livre est un fourre-tout : il traite à la fois des obligations, des successions et des libéralités.

**Section 2 : L’esprit du CC :**

Les auteurs du CC eux même ainsi que ses 1ers commentateurs ont dégagé les principes de philosophie politique qui le fonde mais leur meilleure expression figure dans le discours préliminaire de Portalis. Il y est présenté comme une œuvre de transaction entre le droit écrit et les coutumes, ce qui est faux en matière de droit des obligations où les pays de coutume employaient déjà le droit romain. C’est aussi le cas en matière de droit de la famille où le code fait une large place au droit coutumier. Seul de régime dotal étant emprunté aux pays de droit écrit. Le CC selon Portalis réussit un compromis entre l’ancien droit et le droit révolutionnaire. Cependant, la part de la tradition et celle de la révolution sont relatives en fonction des domaines car il y a à la fois des continuités et des ruptures. Enfin, Portalis affirme que le code civil ne serait pas une œuvre politique, ce qui est faux : relève de la propagande Napoléonienne. Le CC parait régit par 5 principes hérité du siècle des Lumières.

* Le principe de laïcité : le code marque le triomphe de la laïcisation du droit, c’est-à-dire la séparation définitive du droit civil et du droit canonique. Cela transparait dans le caractère civil du mariage dont la célébration religieuse n’est que facultative et toujours postérieur à la célébration civile, dans le maintien du divorce et dans le transfert définitif de l’état civil aux municipalités.
* L’individualisme : chaque homme est considéré comme ayant un libre arbitre et par la même apte à choisir de s’engager ou pas. Il y a un lien direct de filiation avec la DDHC de 1789 de sorte que la société est fondée sur des liens juridiques volontaires.
* La liberté : directement liée au principe précédent. Elle trouve son expression en matière contractuelle, y compris en matière de contrat de mariage. Liberté personnelle et économique.
* L’égalité : Principe consacré par la Révolution, il y a désormais un nivellement autour du bon père de famille qui constitue le standard. Les privilèges ont donc vécu. Cette égalité se retrouve dans le droit des successions avec l’abolition définitive du droit d’aînesse.
* Autorité : A l’image de celle du gouvernant sur les gouvernés. C’est l’autorité paternelle et maritale au sein du foyer, l’autorité patronale ou encore l’autorité du propriétaire sur les locataires. Cette autorité est assortie d’un pouvoir de coercition avec la possibilité pour le créancier de faire emprisonner son débiteur de même que pour le père à l’égard de son enfant mineur. Pourtant les rédacteurs du CC n’ont pas entendu en faire la seule et unique source du droit privé. Dans son discours préliminaire, Portalis affirme que les codes des peuples se font avec le temps mais qu’à proprement parlé, on ne les fait pas. Portalis veut dire que le CC a vocation à être interpréter et par la même complété par la jurisprudence des usages et la doctrine. Le CC est vivant et évolutive et non pas figé.

**Chapitre 2 : La doctrine et le CC : L’exégèse :**

Le CC, une fois réalisé est sacralisé et considéré comme la Constitution civile de la France selon les termes de Demolombe. Pourtant, les professionnels du droit reconnaissent qu’une interprétation du droit au moins littéral s’impose. Mais Bonaparte se méfie des interprètes car à ses yeux, interprétation est synonyme de critique. C’est pourquoi l’enseignement du droit et la jurisprudence sont strictement encadré dans ce travail d’interprétation. Les écoles de droit, recréées en mars 1804, qui prendront 4 ans plus tard la dénomination de facultés de droit, ont le monopole de la formation des futurs praticiens. L’enseignement essentiel y est celui du droit civil français « dans l’ordre établi par le CC » et on s’assure de la docilité des professeurs par un serment et par le contrôle de 5 inspecteurs généraux. Dès lors, la création de nouveaux cours est très difficile. Un enseignement porte sur les institutes de Justinien. Les étudiants sont alors peu nombreux : environ 5000 pour toute la France.

L’interprétation du code peut aussi être jurisprudentielle. Une loi du 16 septembre 1807 va instaurer un référé au chef de l’Etat dans le cas d’un conflit durable entre la CK et les juridictions du fond, ce qui fait obstacle au développement de la jurisprudence. C’est seulement à partir de la loi du 1er avril 1837 qu’il est établi qu’en cas de 2nde Cassation, que la cours de renvoi se conformera à la solution des chambres réunis de la CK. En outre, la motivation des arrêts, obligatoire depuis 1790 montre que les juges se réfèrent aux travaux préparatoires du CC mais aussi au droit naturel et à la morale. Les décisions judiciaires sont diffusées dans le butin officiel de la CK qui existe depuis 1798 et par les recueils de Sirey et de Dalloz. C’est seulement après 1850 qu’apparait la note d’arrêt dans laquelle un enseignant déduit les principes qui fondent la décision de justice.

Les exégètes n’analysent pas tous le CC au moyen des mêmes instruments, ce qui génère plusieurs courants critiques.

**Section 1 : Représentants et méthodes exégètiques :**

L’exégèse du CC donné lieu à simple paraphrase mais aussi à véritables commentaires témoignant d’un sens critique et novateur, c’est pourquoi on considère qu’il n’existe pas d’école de l’exégèse au sens doctrinal du terme mais seulement des exégètes de valeurs variables. Les 1ers à publier des ouvrages ont pris part à la rédaction du CC :

* Locré, conseiller général du CE, encens le CC
* Maleville, l’un des 4 rédacteurs dès 1805.

Cependant, pionniers de l’interprétation du CC sont les professeurs de droit civil qui ont publié leurs cours : Delvincourt qui a enseigné et été doyen à Paris sous la Restauration. Le renouveau de la doctrine est l’œuvre de 2 doyens de province : Toullier et Proudhon.

* Toullier (XVIIème-XIXème) originaire de Rennes publie dès 1811 le droit civil français suivant l’ordre du code, ouvrage en 14 volumes complété par Duvergier (carrière politique sous le 2nd empire). Il se réfère à l’ancien droit et à l’école du droit naturel mais conserve son esprit critique et propose des propositions pour combler les lacunes du CC.
* Proudhon (même époque), doyen à Dijon adopte une méthode différente : auteur de plusieurs traités consacrés à des points de droits particuliers, surtout le droit de propriété et ses démembrements. Il interprète le CC en combinant ses articles et refuse de pallier l’insuffisance de références jurisprudentielles en recourant à l’ancien droit. L’analyse est cependant fidèle à l’ancien droit et reconnait au juge un large pouvoir d’interprétation 🡪 voie ouverte à nouveaux commentateurs du CC chez les parisiens.

C’est le cas de Trolong (XIXème) qui est un autodidacte et président de la CK pendant tout le 2nd empire. Il publie également des traités sur plusieurs contrats spéciaux et matières relevant du livre 3 du CC où il prend en considération des éléments politiques et économiques. Il se méfie de la jurisprudence mais est libéral. Néanmoins les artisans du chef d’œuvre de la science juridique du XIXème siècle sont Aubry et Rau (XIXème siècle). Tout 2 sont professeurs à Strasbourg puis membres de la CK et sont complémentaire car Aubry 🡪 Théoricien et Rau 🡪 Etude des arrêts. Leur méthode est révolutionnaire car ne suit pas l’ordre des articles du CC mais poursuivent une présentation raisonnée du droit civil en combinant théorie et pratique. Introduisent théorie du patrimoine inhérent à la personne 🡪 innovation.

Demolombe enseigne à la faculté de Caen et qui est dans l’interprétation littérale des articles du CC s’appuie sur des principes généraux du droit, sur l’histoire, la jurisprudence et lé sociologie 🡪 admirateur du CC mais le critique sur certains points « obscurs ». Il propose des solutions audacieuses 🡪 autrefois prince de l’exégèse, mais ce n’est plus le cas aujourd’hui.

**Section 2 : les critiques apportées au CC :**

4 formes :

* **Critique historique** : part d’Allemagne où CC exporté. Emane de l’école du droit historique opposée à l’école du droit naturel. Principale figure : professeur de l’université de Berlin : Savigny qui considère que le droit exprime nécessairement l’histoire et la culture d’un peuple. La science juridique s’identifie dès lors à l’histoire du droit et la codification ne peut être qu’un aboutissement de la pensée juridique. A ses yeux, le code napoléon est une œuvre bâclée par des amateurs. Idées diffusées en France avec Jourdan qui fonde en 1919 la Thémis, 1ère grande revue juridique depuis la promulgation du CC. Il défend des thèses moins radicales que Savigny 🡪 N’identifie pas droit au CC et n’est pas contre idée de codification. Jusque 1826, la Thémis attire les jeunes juristes comme Dalloz et s’intéresse à toutes les branches du droit. Avec disparition de Jourdan, déclin en 1831 de la Thémis.

Critique historique également développé en dehors de la Thémis pour déplacer la simple exégèse : Klimrath qui est à l’origine de l’histoire du droit et auteur d’une cartographie des pays de coutumes 🡪 discipline donne dimension nouvelle à la loi : l’équité.

* **Critique réactionnaire**: Ne fait pas d’adeptes parmi juristes. Meilleure expression dans l’œuvre de Balzac, traite dans ses romans nombreux points de droit tels que l’absence (*Le colonel Chabert*), les successions (*le Cousin Pons*), les faillites (*César Birotteau*). Pour aborder ces différents points de droit, Balzac se base sur la presse, les scandales et sur ses connaissance juridiques (a été clerc d’avoué).
* **Critique libérale** : met en lumière dirigisme et autoritarisme du CC. Propose dans un 1er temps d’harmoniser le CC et la charte constitutionnelle puis d’harmoniser le code avec les transformations économiques et sociales avant de prôner sa révisons. Figures : Rossi qui s’intéresse au droit des biens et contrats et Batbie qui se plaint du nombre d’entrave apporté à la volonté des partis telle que la lésion (exigence de prix)
* **Critique républicaine**: la plus radicale, apparait dès la Restauration et se développe sous le 2nd empire où elle est incarnée par Acollas. Pour lui, l’autonomie de l’homme doit fonder la règle juridique dans tous les domaines du droit privé 🡪 souhaitait réviser le CC et réussit à regrouper des personnalités comme Jules Ferry, Jules Fabre et Jules Simon en 1866 pour révision du CC, mais séance de travail n’aboutit à aucun plan d’ensemble.

**Titre 2 : la nécessaire rénovation du CC (1880-1945) :**

A partir des années 1880, la physionomie du CC quasiment inchangée depuis 1804 évolue sous l’impulsion de plusieurs facteurs. La doctrine s’émancipe et devient plus novatrice d’où de profondes transformations.

**Chapitre 1 : les facteurs d’évolution :**

Modifications apportées au CC sont l’œuvre du législateur, semble sortir d’un sommeil de 76 ans. Mais la jurisprudence retrouve aussi une nouvelle vigueur et contribue à l’harmonisation du droit avec les nouvelles conditions socio-économiques.

**Section 1 : le réveil du législateur :**

Ce renouveau législatif s’explique par 2 types de facteurs : politiques et socio-économiques.

**A/ Les facteurs politiques :**

La victoire des républicains en 1879 avec l’accession de Jules Grévy à la présidence de la République après la démission de Mac Mahon, ainsi que par celle de Vendetta à la présidence de la chambre des députés marque un nouveau départ pour l’activité législative. Afin de mettre le droit en adéquation avec leurs idéaux, les républicains utilisent ce qu’ils considèrent comme la norme juridique suprême : la loi. But : pas une révision intégrale du CC car certains pans du droit plus important : les libertés publiques. C’est pourquoi les modifications appliquées aux codes sont plus des mesures de circonstances qu’une démarche logique et planifiée. Il faut compter avec le conservatisme des sénateurs qui bloquent régulièrement leurs positions les plus novatrices.

* En droit de la famille : Loi 27 juillet 1884 (loi Naquet) rétablit le divorce supprimé en 1816 par les ultras et la version originale du CC.
* 1881 : loi sur les caisses d’épargne étoffe la capacité de la femme mariée
* 1889 : Loi prévoit déchéance de la puissance paternelle

Mouvement se poursuit début XXème siècle avec la réussite aux élections des radicaux en 1906.

* 1907 : droit de la femme sur les produits de son travail reconnus et la légitimation des enfants incestueux et adultérins est rendu possible.
* 1912 : recherche en paternité admise.

Mais, réformes ne concernent pas que le droit de la famille, la législation ouvrière retient largement l’attention du parlement.

* 1890 : 2 lois : sur le livret ouvrier (vérifier endroits par lesquels un ouvrier passe). Et sur la résiliation du contrat de travail.
* 1892 : travail des felles et enfants règlementé
* 1898 : tout un texte consacré aux accidents du travail : fonde la responsabilité du patron.
* 1890’s marquent consécration des questions sociales avec la naissance du ministère du travail en 1906 et la promulgation du code du travail en 1910.
* Loi du 1er juillet 1901 : liberté d’association.
* Au total, 250 articles du CC ont été modifiés entre 1880 et 1914.

Pourtant, à l’approche du XXème siècle, les critiques sont de plus en plus nombreuses à l’encontre du CC. Comparé au CC allemand de 1896 à 1900, la codification française parait dépassée et certains comme Glasson vont jusqu’à le qualifier de code bourgeois. Ce ne sont plus des réformes au coup par coup mais une véritable révision. Les grands civilistes se réunissent au sein de la société d’étude législative à partir de 1901 pour un projet de réforme du droit civil et du droit du travail mais sont en désaccord sur les orientations à prendre, cela se ressent dans le livre du centenaire (du CC). Les partisans de la révision semblent remporter la victoire lorsque le gouvernement charge une commission extraordinaire composée de praticiens et théoriciens du droit chargés d’y réfléchir en 1904. La commission y travaillera jusqu’en 1911 mais sans débouchées concrètes pour 2 raisons : absence de soutien politique et méfiance des parlementaires qui veulent sauvegarder leurs prérogatives. Elément positif : la place occupée par le CC au sein des institutions françaises a été mise en lumière.

Préoccupations politiques apparaissent en 1936 avec la victoire du Front Populaire. Prennent la forme de nationalisation en matière de droit des biens et de délais de grâce pour les débiteurs en matière de droit des obligations. En droit de la famille, c’est la fin de l’incapacité de la femme mariée. Le régime de Vichy légifère dans ce dernier domaine en opposition totale avec l’esprit de la IIIème République : législation technocratique dans la mesure où elle n’est accompagné d’aucun débat. Les dispositions en matière de régimes matrimoniaux et de successions se situent dans la ligne du droit antérieur.

En revanche, les lois antisémites et sur la nationalité vont à l’encontre du principe d’égalité affirmé par le CC ainsi de la tradition républicaine.

**B/ Les facteurs socio-économiques :**

Période où s’est déroulé les 2 conflits mondiaux, d’où adaptation de certaines règles juridiques et tenir certains principes directeurs en échec. C’est le cas de la liberté avec les réquisitions de biens et personnes à accomplir certains travaux avec la taxation de certains produits et l’instauration de moratoires 🡪 délais supplémentaires pour les créances.

En droit de la famille, il a fallu tenir compte de l’évolution des mœurs et en particulier du développement du concubinage. De même, les effets de la guerre sur la démographie ont eu pour conséquences de nombreuses lois sur l’état civil, le mariage et l’adoption de 1919 à 1930. On a aussi assisté à un fort développement de la législation spéciale : le droit civil est ainsi adapté à la nouvelle conjoncture économique marquée par l’inflation. Ex : les montants prévus en 1804 sont rehaussée suite à la stabilisation effectuée par Poincaré. Le législateur a des arrières pensés politiques lorsqu’il intervient en matière de loyer : il cherche à satisfaire de futurs électeurs. Avec la crise économique des années 1930, l’instrument de transformation du droit évolue : ce n’est plus la loi, ce sont désormais les décrets lois.

Cependant, le législateur et depuis longtemps secondé par la pratique

**Section 2 : Le renouveau de la jurisprudence :**

Depuis la fin du XIXème siècle, les juges sont aussi confrontés à l’évolution sociale et morale : les conduisent à élaborer de nouvelles techniques juridiques ou à adapter le droit afin de provoquer une intervention du législateur. La CK a alors reconnu l’existence d’une responsabilité du fait des choses inanimées (accident du travail avec machine à vapeur, industrialisation…). La CK a aussi reconnu l’existence de la notion d’abus de droit et a élaboré la théorie de l’enrichissement sans cause. Il faut reconnaitre qu’en droit de la famille, les constructions jurisprudentielles telles que la légitimation sont antérieures aux années 1880 et en droit de la responsabilité, la démarche est hésitante 🡪 on assiste à de nombreux revirements de jurisprudence.

La place reconnue à la jurisprudence par la doctrine est modifié d’autant plus que la séparation entre praticiens et théoriciens (magistrats et professeurs) est désormais bien marquée.

L’intérêt suscité par les décisions judiciaires a entrainé l’apparition de nouvelles revues comme la Gazette du Palais (1881), la Semaine juridique en 1927 et une plus large place de la jurisprudence dans l’enseignement. Progressivement, apparait comme suite du droit à part entière. La doctrine prétend faire la synthèse de la théorie et de la pratique et trouve une tribune à partir de 1926 dans les chroniques du recueil Dalloz. A défaut d’avoir pu jouer le rôle qu’elle espérait dans l’évolution législative, la doctrine a pris part à l’évolution de la pensée juridique.

**Chapitre 2 : Les acteurs de la rénovation :**

Le renouvellement de la pensée juridique résulte des réformes apportées à l’enseignement du droit par le législateur de la IIIème République. Depuis 1880, la prédominance de droit civil et du droit romain a subi des atteintes grâce à la création de nouveaux cours à savoir l’économie politique (1877), le droit constitutionnel (1889), l’histoire générale du droit français et à titre optionnel, la législation industrielle, financière ou coloniale. En outre, le droit pénal et commercial ont acquis une certaine autonomie, ce qui a eu pour effet d’élargir le champ de vision des privatistes. Les autres blanches du droit ont pu exercer une certaine influence sur eux tel le droit public : reconnait une place de choix à la jurisprudence avec le développement de celle du CE, l’histoire du droit qui met en valeur les évolutions, la philosophie et les débuts de la sociologie grâce à Durkheim. Tous ces facteurs ont conduit à l’apparition de nouvelles méthodes et à un débat sur la socialisation du droit.

**Section 1 : Les nouvelles méthodes de la doctrine :**

L’un des 1er à critiquer la trop grande abstraction des commentateurs du CC est Saleilles. Sensible aux arguments de l’école historique, Saleilles s’intéresse au droit allemand et romain 🡪 En retire conception évolutionniste du droit qui en tant que produit de l’histoire se transforme avec elle. Selon lui, il existe un droit naturel dont le contenu varie en fonction des évolutions sociales. Membre de la société d’études législatif et de la commission de révision du CC, Saleilles prend parti en faveur de nombreuses évolutions ensuite consacrées par la jurisprudence ou le législateur comme : la responsabilité fondée sur le risque pour les accidents de travail (responsabilité du patron) ou la notion d’abus de droit. Il est également à l’origine de la notion de contrat d’adhésion (contrat dans lequel le débiteur se contente d’adhérer au contrat). En matière de droit de la famille, Saleilles et favorable au renforcement de la capacité de la femme mariée et à l’inversement à l’amoindrissement de la puissance paternelle. Il préconise l’interprétation par analogie et par référence au droit comparé et son crédo est *« Au-delà du CC, mais par le CC. ».*

Gény, sans réclamer remise en cause de la loi, veut redonner une place à la coutume et voit dans la jurisprudence un moteur à défaut de lui reconnaitre la valeur d’une source de droit. Sa méthode passe par la distinction du donné et du construit, il critique l’exégèse et se montre favorable à un droit en mouvement et son influence dépasse les limites de la France jusqu’aux USA. Pourtant, au cours des 20 dernières années du XIXème siècle, certains auteurs continuent de publier des traités fidèles à la méthode exégétique.

Le renouveau se produit avec le traité élémentaire de droit civil de Planiol (1853-1931). Traité en 3 volumes, publié de 1899 à 1901. Brièveté de l’ouvrage délibéré : l’auteur s’affranchit de l’ordre du CC et traite de matières extérieures comme les assurances. Sa vision est plus large que celle de ses prédécesseurs, il donne la prédominance à la jurisprudence et s’appuie sur la doctrine. Ses développements sont étayés par l’histoire du droit, le droit, l’économie et les statistiques. Il est novateur sur de nombreux points de droit et rejette distinction traditionnelle entre faute contractuelle et faute délictuelle pour définir la faute de manière générique comme un manquement à une obligation préexistante, qu’elle soit légale ou conventionnelle. Il n’est pas favorable à refonte globale du droit et approuve le divorce comme un mal nécessaire ainsi que l’interdiction de la recherche en paternité et l’incapacité de la femme mariée.

Dans l’entre deux guerre, c’est le droit des obligations et ses transformations qui retient la doctrine.

**Section 2 : Le débat sur la socialisation du droit :**

De 1890 à 1930, les juristes constatent qu’individualisme décline face aux phénomènes collectifs et s’interrogent sur ce mouvement de socialisation juridique.

Duguit (publiciste bordelais) a consacré une étude aux transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon en 1912 où il critique la notion de droit subjectif conçu comme l’autorité d’une volonté sur une autre où il rejette le concept de personnalité morale et où il juge la conception individualiste du droit inadapté désormais. Duguit est favorable au contrat collectif et au contrat d’adhésion qui échappe au postulat de l’autonomie de la volonté.

Josserand (1868-1941), prof et doyen à Lyon a contribué à la reconnaissance de nouveaux concepts juridiques. Dès 1897, défend le principe de la responsabilité du fait des choses inanimées fondé sur le risque et le profit retiré. 1905 : jurisprudence lui fournit la matière d’une théorie de l’abus de droit : chaque droit remplissant une fonction sociale, celui que s’en détourne commet un abus qui engage sa responsabilité civile. Idée maitresse 🡪 relativité des droits subjectifs. Josserand considère le droit civil comme le droit par excellence et place la jurisprudence au premier rang et la considère comme une coutume. Sur certains points, il reste traditionnaliste en refusant la légitimation des enfants adultérins.

Contradicteur de Josserand : Ripert (1880-1958). Reserve une large place à la morale et privilégie la loi à la jurisprudence. Il est critique sur l’œuvre du législateur de la IIIème République🡪 législation de classe, improvisée sous la pression. Ripert attaché à individualisme et liberté et déplore leur déclin sur le plan contractuel en raison de l’invasion de « l’ordre public économique ». Il dénonce l’immixtion de l’état dans les affaires familiale. Contre Josserand, défend caractère absolu et souverain des droits subjectifs (comme Planiol) et s’oppose à la responsabilité objective, à la théorie de l’abus de droit, aux contrats d’adhésion et à la propriété conçue comme une fonction sociale.

**Titre 3 : L’impossible révisions (depuis 1945) :**

Après la 2GM, on songe sérieusement à réviser le CC. L’interventionnisme de l’Etat dans la ligne économique et du coup l’absorption du droit privé par le droit public. Finalement, les interventions du législateur de la IVème puis Vème République ne bouleverse pas profondément le CC. La doctrine s’est enrichi de nouvelles disciplines en maintenant sa spécificité.

**Chapitre 1 : Le code et le législateur :**

1er soucis du gouvernement provisoire en matière juridique : abroger législation de Vichy. Mais en raison de certains tempéraments, certains textes sont encore appliqués telle la loi du 22 septembre 1942 sur la condition de la femme mariée. Un décret du 7 juin 1945 prit à l’instigation de juristes proches de la Résistance créé une commission de réforme du CC afin de procéder à une révision générale composé de 12 membres nommés par le garde des Sceaux et d’opinion modérées, elle se donne pour but de rajeunir les institutions françaises.

A l’avènement de la IVème République, la priorité du législateur a changé. Ce sont les questions économiques, sociales et coloniales. Réforme la plus importante par 2 décrets : 4 janvier et 11 octobre 1955 🡪 publicité foncière qui oblige les partis à constater le transfert de propriété par acte authentique et qui créé le fichier immobilier. C’est surtout la législation spéciale qui s’est développé en matière de droit rural, de propriété intellectuel avec la loi du 11 mars 1957 : reconnait le droit moral de l’auteur.

Les travaux de la commission de révision se poursuivent jusqu’en 1962 mais ne débouche sur rien de concret.

Instauration Vème République : retour à la stabilité politique et s’accompagne d’une volonté de révision du CC mais seulement en matière de droit des personnes. 7 grandes lois de 1964 à 1975 : plus d’un quart du code est modifié 🡪 rôle de 1er plan du doyen Carbonnier. Par contre, réformes relatives au droit du travail, de l’urbanisme ou au droit rural sont restées en dehors du code.

Loi 5 juillet 1985 : droit des obligations : responsabilité des accidents automobiles.

A partir de 1985 : réforme de la réforme : grandes lois de 1965 à 1975.

**Chapitre 2 : Le code face à la doctrine privatiste :**

Depuis 1954, droit civil a perdu sa prépondérance dans les programmes d’enseignement : il y a à égalité le droit public, l’histoire du droit et l’économie politique. D’autres disciplines récentes comme le droit du travail sont reconnues. Cette spécialisation jointe à l’inflation jurisprudentielle et législative a contribué à réduire l’influence de la doctrine. Il existe une continuité marqué par réédition d’ouvrage « classique » comme le traité de Planiol (suivi de Ripert) dans les années 1950.

Savatier, Marty, Mazeaud, restent attachés à la tradition et manifestent leur hostilité au nouveau droit de la famille. La doctrine privatiste a subi l’influence de la sociologie avec l’apparition de la sociologie juridique grâce aux travaux de Lévy-Bruhl dont témoigne l’œuvre du doyen Carbonnier.

Renouveau du droit naturel tel qu’Aristote et St Thomas D’Aquin grâce à la philosophie du droit dans les années 1960. Depuis 1970’s : renouveau du goût pour la théorie du droit.

**Partie 1 : Le droit des personnes et de la famille.**

La famille est un groupe de personnes physiques uni par des liens de parentés. De l’ancien droit au CC, mariage considéré comme l’acte fondateur : seule la famille légitime est reconnue par le droit. En son sein, l’épouse et les enfants sont placés sous la puissance maritale et paternelle. De ce point de vue, le CC s’inscrit dans la continuité de l’ancien droit à la différence du mariage qui a subi une évolution radicale avec sa laïcisation à partir de la Révolution. Quant à la filiation, elle s’est considérablement ouverte mais seulement au cours du XXème siècle.

**Chapitre 1 : Les personnes physiques :**

La division tripartite du droit en personnes, choses et actions remonte au IIème siècle, on la rencontre dans les institutes de Gaius. Reprise au VIème siècle par les institutes de Justinien et devient à partir du XVIème siècle systématique dans tous les ouvrages juridiques.

Les rédacteurs du CC l’ont recueilli à leur tour en 1804. Mais la notion même de personne a évolué passant de celle d’homme à celle de sujet de droit qui finissent par se superposer. Le CC ne traite d’ailleurs sur ses titres que de personnes physiques. Toutefois, de l’ancien droit au XIXème siècle, leur critère de classification ont évolué en fonction des conceptions économiques et sociales, alors que leurs éléments d’identification et les modalités de leur existence se sont précisé au fil des siècles.

**Section 1 : L’évolution des critères de classification des personnes :**

Certains viennent de l’Antiquité et se sont maintenus jusqu’au XIXème siècle comme la liberté ou même jusqu’aujourd’hui avec l’appartenance à la communauté politique : tous ceux qui y sont extérieurs des étrangers. En revanche, celui de la fonction sociale qui engendre une loi privée, particulière (privilège) est propre à l’Ancien droit 🡪 privilège=privata lex= loi privée. C’est par contre la DDHC qui pose les principes liberté et égalité fondant notre droit positif.

**A/ La liberté :**

Rome pratiquait l’esclavage et classait les esclaves parmi les biens : objet de droit. Même si leur statut s’améliore sous l’Empire, ils n’ont jamais été considérés comme des personnes. Peuples germaniques envahissant la Gaule au IVème et Vème siècle y ont également recours. L’esclavage au IXème siècle laisse la place au servage. Grâce au christianisme, le serf est considéré comme une personne humaine et juridique. Le servage est surtout caractéristique de l’époque féodale (Xème au XIIème siècle) où il touche une grande partie de la population rurale soumise au l’autorité des seigneurs tout en variant en intensité selon les parties du royaume.

Condition juridique du serf : il possède un patrimoine, peut se marier et agir en justice. Mais sa condition juridique est surtout faite d’incapacités montrant son infériorité.

2 conditions :

* Incapacité de transmettre ses biens à ses héritiers (mainmorte) : le seigneur est son seul héritier.
* Interdiction de se marier en dehors de la seigneurie ou avec une personne libre sans l’autorisation du seigneur (formariage) « for » : mariage en dehors (de la seigneurie, du groupe). Sans autorisation : amende ou confiscation de la terre qu’il cultive.

*Comment devient-on serf ?*

* Par la naissance, souvent par la mère sauf dans les coutumes avec l’adage « le pire emporte le bon » 🡪 La pire condition juridique prévaut sur la meilleure. Le servage recule au XIIIème siècle mais persiste jusqu’à la fin de l’AR dans le centre et l’est.

Si esclavage aujourd’hui anachronique en France métropolitaine, il est toujours pratiqué dans certaines de ses colonies d’Amérique et fin XVIIème siècle : règlementé par le code Noir sur le modèle du droit romain de Justinien.

Principes : Code Noir déclare applicable au mariage des esclaves la législation royale conçu pour les individus libres. Toutefois, le consentement des parents n’est pas nécessaire : celui du maître suffit. Le curé ne peut célébrer le mariage en son absence.

Enfants issus de ces unions suivent conditions de leurs parents et s’ils appartiennent à 2 maîtres différents : ils deviennent toujours propriété de celui de la mère. De même, ceux nés d’union illégitimes (plus fréquent que en mariage : profère à l’embryon personnalité juridique) sont considérés comme des objets : catégorie des meubles : peuvent être vendus, saisis et battus. Il faudra attendre longtemps pour qu’esclavage soit abolit ainsi que le code Noir : la Convention pose le principe en 1794 sans en assurer l’application, ensuite Bonaparte en 1802 les remet en vigueur et seule la Seconde République les abolit définitivement en 1848.

Cependant, le serf et l’esclave pouvait accéder à la liberté lorsque le maître acceptait de les affranchir par charte moyennant finance ou bien lorsqu’il s’enfuyait et se réfugiait dans une ville. Pour les esclaves des îles, le voyage en France produit le même effet jusqu’en 1716

**B/ L’appartenance à la communauté politique :**

L’ouverture de Rome sur le monde et son passage du statut de cité à Empire l’a conduit à faire de la citoyenneté un critère à la fois juridique et politique. Les étrangers sont réduits à l’état d’esclave sauf s’ils sont placés sous la protection d’un romain ou si un traité a été conclu entre Rome et leur cité pour définir l’étendue de leurs droits.

Epoque franque (481 : avènement de Clovis – 987 : avènement d’Hugues Capet) : monarchie fondée sur puissance personnelle du roi et sur le serment de fidélité de ses sujets quel que soit leur origine. En revanche, à l’époque féodale, le lieu d’origine du pouvoir est la seigneurie, c’est pourquoi il suffit pour être considéré comme étranger, « aubain »🡪 alibi natus (né ailleurs) d’être extérieur à la seigneurie.

Condition juridique de l’aubain : Défavorable : à défaut d’avoir avoué (reconnu son nouveau seigneur) dans l’an et jour de son arrivée, il devient serf. De plus, s’il meurt dans la seigneurie, il ne peut transmettre ses biens à ses héritiers 🡪 C’est le seigneur qui s’en saisi en vertu de son droit d’aubaine. Cependant, l’existence et l’étendu de ce droit dépende des coutumes. Au XVIème siècle, ce droit appartient définitivement au roi qui reconstitue son pouvoir et qui est désormais souverain. C’est lui qui recueille les biens en déshérence (biens sans maître) 🡪 La notion d’étranger à la seigneurie cède la place de celle d’étranger au royaume. Fondé sur la souveraineté du roi, le droit d’aubaine frappe tous les étrangers y compris nobles et clercs sauf s’il laisse des descendants nés dans le royaume car le critère de distinction entre le sujet du roi (régnicole) et l’étranger est le lieu de naissance. Dès lors qu’il quitte le royaume, il devient un étranger.

XVIème siècle : règle évolue en raison des bouleversements économiques dus aux grandes découvertes, des guerres d’Italie et de religions. Lorsque les français qui se sont expatriés reviennent, ils sont censés n’être jamais partis et leurs enfants qui s’installent en France sont français. Nouvelle règle consacrée par la jurisprudence dans l’arrêt Mabille. Le droit du sang prend de plus en plus d’importance par rapport au droit du sol.

Fin XIVème siècle : possibilité de tenir en échec de droit d’aubaine en obtenant du roi des lettres de naturalité accordant des privilèges variables moyennant finances.

Au XVIIème et XVIIIème siècle : la condition des étrangers est réglée par des traités.

Avec la révolution, il y a l’abolition définitive du droit d’aubaine (décret du 6 août 1790). De plus, l’octroi d’office de la citoyenneté française pour les étrangers vivants en France depuis longtemps et qui remplissaient certaines conditions variant au fil des Constitutions. Napoléon met fin à ce système en 1809 en les obligeant à demander des lettres de naturalisation, solution qui prévaut jusqu’en 1849.

Français : Constitution de 1791 reste fidèle à l’ancien droit et la constituante étend la qualité des français aux descendants des protestants expatriés et aux juifs résidant.

Le CC consacre le triomphe du droit du sang sur le droit du sol en accordant la qualité de français à l’enfant d’un étranger à condition qu’il la demande dans l’année de sa majorité, qu’il soit né en France et qu’il y soit domicilié. On reviendra ensuite vers le droit du sol notamment pour raison militaire 🡪 Dans le CC, les droits civils sont séparés de la qualité de citoyen.

**C/ Les privilèges :**

Critère typiquement français qui a prévalu pendant l’ancien droit : du M-A à la Révolution. Chaque groupe a sa loi particulière, ses libertés. Ils trouvent leur origine dans l’anarchie aux alentours de l’an 1000. Face à un pouvoir centrale de plus en plus faibles, les agents locaux accaparent les puissances publiques (justice, armée, impôts) et constituent des seigneuries. Les coutumes apparaissent alors : ceux qui ont le pouvoir (nobles et clercs), qui vivent sous des règles différentes de celles qui se forment dans le cadre de la seigneurie.

Avec la renaissance des villes à la fin du XIème siècle, les bourgeois obtiennent des privilèges des seigneurs.

Se développe l’idée que la condition juridique de chaque personne dépend du rôle qu’elle joue dans la société. Division en 3 ordres : clergé, noblesse et tiers-etat

1. **Les clercs :**

Privilège de juridiction : le « for » : jugés par les tribunaux ecclésiastiques qui appliquent le droit canonique. Jusqu’à la fin du M-A, la qualité de clerc est déterminée par la tonsure puis par la production de lettre de tonsure. Cependant, en matière civile, le privilège ne concerne pas les actions réelles (limité aux actions personnelles). Bénéficiaires réduits car clercs mineurs pouvant se marier ou se livrant à des activités inadéquates (commerciales) ou qui sont officier au royaume ne peuvent plus s’en prévaloir.

Conséquences : XVIème siècle : le privilège du for est réservé à ceux qui portent l’habit et la tonsure régulièrement. L’étendu du privilège est entamée au civil et au pénale par la théorie des cas privilégiés qui donnent compétences aux juridictions royale au milieu du XVIème siècle (formation privilège à l’époque médiévale 🡪 Désormais l’Eglise n’est plus compétente pour certaines affaires). Même devant les juridictions royales, les clercs ne peuvent être soumis à la contrainte par corps (prison).

1. **Les nobles**

Privilèges mieux maintenus. 1ers nobles étaient des milites (chevaliers ayant reçus fiefs des seigneurs). Au XIIIème siècle, noblesse devient qualité individuelle s’acquérant par la naissance. Transmise par le père même au bâtard (enfant illégitime) : infériorité de noblesse signifié par barre de bâtardise sur armoirie mais la royauté remet la règle en cause au XVIIème siècle pour raisons fiscales. Exceptionnellement, certaines coutumes admettent que la mère puisse transmettre la noblesse : c’est le cas en Champagne, *« le ventre anoblit »* mais interprétation restrictive.

Fin XIIIème siècle, possibilité d’accéder à la noblesse par lettre délivrée par le roi et par l’exercice de certaines charges pour lui. La preuve de la noblesse se faisant par la possession d’état, les usurpations sont nombreuses. A partir du XVIème siècle, on exige un acte authentique sur au moins 3 générations. Usurpations dues aux nombreux privilèges possédés par les nobles. 3 types de privilèges.

* Privilèges de droit public dans 3 domaines :
  + - Privilèges fiscaux : Les nobles protègent leurs semblables par les armes (impôt du sang) 🡪 C’est pourquoi ils ne sont soumis à aucun impôt (direct ou indirect). Mais fin XVIIème siècle, Louis XIV leur impose la capitation et les nouveaux impôts indirects.
    - Privilèges judiciaires : Justiciables de leurs pairs, ont ensuite obtenus le droit de porter leurs litiges directement devant le Bailli (2nde juridiction) et non le Prévôt et bénéficie de procédure particulières quant à l’ajournement (comparaissent devant leurs pairs et non devant sergent comme roturier) aux délais de comparution (plus longs que pour roturiers) et quant aux peines (doivent montrer exemple et sont plus riches, amende plus lourdes : peine de mort par décapitation et non pendaison).
    - Privilèges militaires : Peuvent mener des guerres privées jusqu’à la création de l’armée royale permanente avec Charles VII en 1439. Il en restera le duel que les ordonnances royales et Richelieu ont tenté de combattre.
* Privilèges de droit privé :
  + - En matière successoral : dévolution de leurs biens par droit d’aînesse et masculinité.
    - Matrimonial : Faculté de prélever un bien avant partage permet à l’époux survivant de conserver tous les meubles du ménage. La femme noble peut renoncer à la communauté
    - Majorité plus tardive que les roturiers
    - Authentifient leurs actes en y apposant le sceau alors que les roturiers doivent se rendre chez un notaire.
* Privilèges honorifiques : éperons dorés des chevaliers, port de l’épée, honneurs d’Eglise, le droit de chasse : ordonnance de François 1er de 1515 interdit la chasse au roturier car elle les détourne de leur activité habituelle et le port d’arme est réservé aux gentilshommes. En réalité, la chasse est une prérogative seigneuriale, un droit féodal lié à la haute justice.

Ordonnance 1669 sur les eaux et forêts y consacre 41 articles et renouvelle l’interdiction pour les roturiers et bourgeois. Seuls ceux ayant acquis fiefs ou seigneuries peuvent chasser d’où la place importante du braconnage et les nombreux délits ruraux jusqu’à la fin de l’AR. Mais le maintien de ces privilèges honorifiques est subordonné à l’obligation de vivre noblement : pas d’activités manuelles (dite mécanique), commerciales. Un noble peut cultiver sa propre terre dans la limite de la superficie fixée par la coutume. A défaut de cette obligation, perdent noblesse par dérogeance : ils deviennent alors imposable et perdent leurs privilèges. Ils peuvent recouvrer leur état à condition d’arrêter l’activité en question et d’obtenir du roi des lettres de réhabilitation. En Bretagne pendant la période de dérogeance, on dit que la noblesse est dormante : état non définitif.

Au XVIIème siècle Colbert autorise les nobles dans le cadre de la politique économique (mercantilisme) à pratiquer le commerce maritime et il existe des exceptions locales : verrerie en Picardie.

1. **Les bourgeois**

Font partie du tiers-Etats, acquièrent leurs privilèges au M-A lorsque les villes se libèrent de la tutelle seigneuriale. Privilèges militaires, judiciaires, fiscaux, de droit privé (protection des mineurs : garde bourgeoise, régimes matrimoniaux, droit des successions).

*Comment devient-on bourgeois ?* 4 manières :

* Possession d’un bien foncier
* Par la naissance
* Par l’aveu de bourgeoisie : suppose une certaine durée de résidence
* Par acte du roi.

Bourgeois de Paris possèdent presque tous les privilèges des nobles mais c’est une situation typiquement médiévale : au XVIème siècle, seule certaines coutumes maintiennent ces privilèges.

**D/ La reconnaissance de la liberté et de l’égalité des personnes :**

Art 1 de la DDHC : les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Aux libertés de l’ancien droit se substitue LA liberté et à la diversité des conditions juridiques, une seule en application de l’égalité.

L’affirmation de ces 2 principes en 1789 montre un aboutissement de la pensée juridique : résulte de la combinaison de 3 apports :

* Le christianisme place au 1er plan la personne humaine et ne fait pas de différence entre les individus. St Thomas d’Aquin (XIIIème siècle) voit dans tout homme une personne au sens d’individu libre et doué de raison. Cette philosophie conduit à reconnaitre l’homme comme sujet de droit au XIVème et XVème siècle.
* L’école du droit naturel (XVIIème siècle) voit l’origine du droit naturel dans l’état de nature où les hommes étaient libres et autonomes. Le droit est définit comme un pouvoir individuel et l’homme comme un sujet de droit. Individus sont sortis de l’état de nature par le contrat social pour mieux protéger leurs prérogatives : le droit qui sera élaboré ne sera légitime que s’il respecte la liberté, la sûreté et la propriété : les droits naturels.
* Accroissement du poids de structure religieuse et politique conduit les individus à aspirer à plus de libertés et la lutte contre les privilèges prépare la reconnaissance de l’égalité. L’assemblée nationale a abolit les privilèges dans le nuit du 4 août, le préambule de la Constitution de 1791 abolit ce qui portait atteinte à la liberté et à l’égalité des droits à savoir la noblesse, la pairie, les ordres, les distinctions héréditaires.

Cependant, la mise en œuvre est plus difficile (domaine successoral). Le CC a recueilli cet héritage mais ses rédacteurs n’ont pas hésité à entériner certaines règles discriminatoires à l’encontre des enfants naturels et adultérins pour protéger la famille légitime.

**Section 2 : L’identification des personnes :**

Se fait par le nom et le domicile qui avant d’être des outils juridiques ont servi à identifier les personnes sur le plan social en les rattachant à un groupe.

**A/ Le nom**

Pendant tout l’ancien droit, le nom est régit par des usages et sa fonction d’identification social prime sur celle d’identification individuelle jusqu’au XVIème siècle. Le législateur révolutionnaire le fait passer sous le contrôle de l’état sans supprimer le rôle des usages 🡪 Droit positif recueilli cette dualité.

1. **L’ancien droit :**

Le système onomastique (ce qui se rapporte au nom) d’aujourd’hui s’est formé à l’époque franque. On porte alors un seul nom choisi dans la famille paternelle ou maternelle pour montrer l’appartenance à un groupe familial.

A partir du VIème siècle, attribué au moment du baptême, on le nomme ensuite donc nom de baptême puis en 1792 : Prénom. A cette époque, homonymies fréquentes. Pour pouvoir désigner plus précisément les individus on leur rajoute en 2ème moitié du XIIème siècle un surnom qui est par exemple un nom de lieu, le nom de baptême du père ou un nom de métier. D’abord appliqué seulement aux hommes, il est appliqué aux femmes à la fin du XIIIème siècle et se généralise au XIVème. Ce surnom se transmet héréditairement et devient le nom de famille. A la même époque, on prend l’habitude de désigner la femme mariée en féminisant le surnom de son mari. Cependant, il est encore courant au XVIème siècle qu’un fils change de surnom pour un déménagement ou un changement de métier. Le nom et le surnom peuvent aussi être complétés ou remplacés par un nom de terre ou de seigneurie, supposant qu’elle ait été achetée, reçu par donation ou héritage. Si quelqu’un en possède plusieurs, on choisit le nom de la plus ancienne ou la plus prestigieuse et on pourra le faire précéder d’une particule s’intercalant après le surnom. Sous l’AR on se limite au nom du domaine qui permettra de distinguer les diverses branches d’une même famille.

Usage en matière de droit du nom :

* Transmission du nom :
  + se fait par filiation lorsque celle-ci est prouvée, qu’elle soit légitime ou naturelle, l’enfant a le droit de prendre le nom de son père et la règle est passée en coutume partout à la fin du M-A. Fin XVIIème siècle : élément de la possession d’état : une preuve de la filiation.
  + Si la filiation paternelle de l’enfant n’est pas établit, il porte le nom de sa mère mais dans le Bessin (Basse-Normandie) ce sera le nom de baptême de celle-ci.
  + L’enfant dont les parents sont inconnus et l’enfant trouvé ne reçoivent qu’un nom de baptême : les singularise. Certains curés au XVIIème siècle leur donnent un 2ème nom de baptême ou les inscrivent dans les registres de baptême sous le nom de famille fournit par la sage-femme ou le parrain, voir en fonction d’un indice laissé sur l’enfant par ses auteurs pour pouvoir le retrouver 🡪 C’est l’origine de l’attribution administrative du nom par l’OEC.
  + La femme mariée à aussi le droit et non l’obligation de porter le nom de son mari sans perdre son nom de jeune fille. L’acquéreur d’une terre peut en prendre le nom même si c’est celui du vendeur.
* Le droit sur le nom : Saisine de son titulaire ; notion intermédiaire entre propriété et possession fondé sur son usage public durable et qui est reconnu d’abord aux nones. Ce droit sur le nom est composé de 3 prérogatives :
  + Le port du nom
  + Le droit d’en disposer : Le nom et les armoiries des nobles peuvent faire l’objet d’une donation 🡪 fréquent au XIIIème et XIVème siècle lorsque le titulaire n’a pas de descendants mâles. En revanche s’il a des parents mâles, l’acte de disposition ne sera valable que s’ils y consentent.
  + Sa protection contre les usurpations des tiers : A la fin du M-A, elle suppose l’exercice d’une action imprescriptible (aucune condition de délai) par le porteur du nom afin d’interdire son usage illégitime sans avoir à prouver l’existence d’un quelconque préjudice. Mais imprescriptibilité ne veut pas dire victoire en justice : le défendeur peut avoir acquis la saisine du nom. C’est pourquoi il y a une évolution de la procédure : quand le roi fait délivrer par ses juridictions des lettres de changements de nom, on n’utilise plus l’action mais l’opposition.
* Le changement de nom : possible à 2 conditions :
  + L’absence de fraude
  + L’absence de préjudice pour les tiers
* Souvent un instrument de fraude fiscale, c’est pourquoi le pouvoir royal a tendance à faire du nom une institution de police en instaurant des règles de preuves précises et l’inscription sur les registres paroissiaux.

2ème moitié XVIème siècle, développement et obligation des lettres de commutation de nom avec soutien de juristes : La Roque qui contribue à forger sur la base d’un édit fiscal propre à la Normandie la légende d’une ordonnance inconnue de ses contemporains : l’ordonnance d’Amboise de 1555 en vogue après 1750 et au XIXème siècle mais qui n’a jamais été invoqué par le pouvoir royal.

1. **La Révolution :**

Le nom passe de l’emprise de l’usage à celle de la loi. 1er soucis du législateur révolutionnaire : après avoir abolit la noblesse, il faut supprimer le nom noble en abolissant les titres et armoiries et en décidant par lois des 19 et 23 juin 1790 que les citoyens ne pourront prendre que les vrais noms de leur famille. Ils s’attaquent aux noms de terre qui était pour beaucoup le nom de famille et continue donc de survivre. La particule disparait temporairement.

Décret 20 septembre 1792 sur état civil décide que les parents doivent déclarer le prénom de l’enfant aux officiers publics. En pratique, les prénoms traditionnels sont abandonnés au profit de ceux des personnages célèbres de l’Antiquité et au profit de noms de plantes et légumes suite au culte de la nature (Cèleri, Salsifis), également aux noms de vertu (Courage). Le seul vestige de l’ancien droit et l’immutabilité du nom de famille. Mais 24 Brumaire an 2 (14 nov 1793), au nom de la liberté, la Convention autorise tous les citoyens à changer de noms à moins de faire une déclaration devant la municipalité de son domicile. Face aux problèmes que ces changements généraient, le principe traditionnel est rétabli après la réaction thermidorienne le 6 Fructidor suivant (1794).

Pourtant l’équité permettait dans certains cas de changer de noms et il fallait aussi mettre un terme aux abus persistant dans le choix des prénoms. D’où l’adoption en 1803 d’une loi qui en maintenant le principe d’immutabilité du nom permet de le modifier avec l’autorisation du gouvernement, constituant un retour au système de l’ancien droit. Cette loi décide également que seuls les prénoms des calendriers et de l’histoire ancienne pourront être choisis et interdit aux OEC d’en recevoir d’autres. Comme dans l’ancien droit, le choix du prénom est réservé au père et ceux qui portaient des prénoms désormais interdits pouvaient les conserver ou en changer moyennant rectification de leur acte d’état civil par les tribunaux.

CC ne contient aucune notification sur le nom, sa promulgation suivant de très près la loi de 1803.

1. **L’évolution au XIXème et XXème siècle :**

Elément essentiel est le nom de famille soumis aux usages désormais passé en coutume. Bien que sans aucune consécration législative, l’attribution du nom se fait toujours par filiation et la femme mariée prend toujours le nom de son mari. La jurisprudence fait primer le rôle social du nom en autorisant les individus à conserver leur nom de terre et la particule tout en réaffirmant le principe d’imprescriptibilité pour les autoriser à les reprendre.

Le fondement de ce droit au nom est en revanche controversé : pour la jurisprudence, c’est la propriété et pour la doctrine c’est un droit de la personnalité. L’Etat a quant à lui fait du nom l’institution de police type grâce au développement des moyens de preuves tels que les cartes d’identité, les passeports et livrets de famille. Désormais, les individus ne peuvent porter que noms et prénoms figurant sur les actes de naissance et les changements de noms autorisés par le gouvernement sont rares. Le législateur ré intervient après la 2GM pour modifier les principes d’attribution du nom. Pour la francisation des noms, pour l’enfant adopté et permettre de porter le nom du 2ème parent.

**B/ Le domicile**

Néanmoins, à la fin de l’ancien droit, les juristes insiste sur l’unicité du domicile : c’est ce que précise CC dans les arts 102et 106, le définissant comme le lieu du principal établissement et admet à l’art 111 l’élection de domicile.

**Section 3 : L’existence juridique des personnes :**

Elle est liée à l’existence physique mais résulte surtout de la possession de la personnalité juridique. 2 notions dont les limites temporelles ne correspondent pas toujours. Parfois, on ne sait pas si la personne existe encore physiquement et juridiquement : c’est l’absence.

**A/ La personnalité juridique**

Naissance et mort sont les termes extrêmes de l’existence physique mais ne correspondent pas toujours à ceux de leur existence juridique. Evolution :

* A Rome : vie et personnalité juridique ne commence qu’à la naissance. L’enfant mort-né n’a jamais été conçu
* Christianisme : Même principe, également à époque franque et M-A : enfant doit avoir montré par des cris qu’il était vivant.
* Droit canonique : un simple signe de vie suffit d’où controverse sur la viabilité de l’enfant.
* Le CC consacre le progrès des idées de la fin de l’ancien droit en exigeant que l’enfant soit né vivant et viable.

Fin de la personnalité juridique (mort) se prouve d’abord par témoin puis avec l’ordonnance de Blois (1579), pas les registres paroissiaux. Toutefois, pour les personnes connues ou mortes au combat, elle peut se faire par renommée.

Quand plusieurs personnes d’une même famille meurent dans un accident sans en savoir l’ordre, de Rome au CC, on applique un système de présomption selon lequel le père est censé survivre à son fils impubère mais pas à son fils pubère et le mari est censé survivre à sa femme.

La personnalité juridique peut s’éteindre par d’autres causes que la mort naturelle, l’ancien droit appliquait la mort civil aux religieux et aux condamnés à des peines perpétuelles. La mort civile trouve son origine dans le développement des monastères au début du christianisme. Le moine est mort au monde de sorte que ce qu’il possédait à son entrée au monastère ainsi que les biens qu’il pouvait recevoir par la suite (succession) revenait au monastère. Moine avait toujours la capacité juridique mais une capacité réduite comme celle d’un fils de famille.

Droit canonique :

* Consacre d’abord ce principe mais face aux conflits d’intérêts monastères/familles de moines est créée la fiction de la mort civile 🡪 Le moine est tenu pour mort car l’entrée en religion est assimilée à la mort naturelle : personnalité juridique du moine prend fin : ouverture de la succession et impossibilité d’accomplir actes juridiques.

Cette règle générale au XVème siècle, règlementé par la législation royale e siècle suivant, notamment par l’ordonnance de Blois. Néanmoins, abolition des vœux monastiques par les révolutionnaires (1790) entraine sa disparition.

* Jurisprudence et ordonnances royales (ordonnance criminelle de 1670) étendent mort civile aux condamnés à mort par contumace, c’est-à-dire lorsque la condamnation est prise alors que le jugé est absent (a pris la fuite). Le condamné avait 5 ans pour se représenter.
* Gouvernement révolutionnaire fait usage de la mort civile contre les émigrés et prêtres déportés ou reclus.
* CC et CP reprennent la mort civile à leur tour.
* La mort civile n’est définitivement supprimée qu’en 1854.

En revanche, droits de la personnalité créés au XIXème et XXème siècle par la jurisprudence, procédant d’un courant philosophique qui depuis XVIème siècle fait de la vie n de l’honneur et de l’intégrité physique des biens personnels. La jurisprudence a ainsi renforcé la protection des personnes contre certains agissements que la loi pénale ne prenait pas en considération et pour lesquels les règles de la responsabilité civile étaient inadaptées. Le plus souvent, les journalistes attentent à la vie : particulièrement, 1958, voie civile utilisé pour la 1ere fois pour empêche publication d’une photo d’elle sur son lit de mort par l’Illustration.

La jurisprudence a étendu cette protection au nom lorsqu’il a été usurpé par inadvertance ou par coïncidence dans le choix d’un pseudonyme. Règle établie par arrêt Duverdy en 1884. Ce mouvement de reconnaissance de la personnalité a reçu le soutien de Saleilles.

**B/ L’absence :**

Le droit romain n’avait pas élaboré de régime juridique pour l’absence. L’ancien droit français a tâtonné en la matière : progrès à l’époque révolutionnaire mais il faut attendre 1804 pour qu’une 1ère tentative de synthèse soi réalisée.

Cependant, il y a eu des réformes au XIXème et XXème siècle.

1. **Les absents de l’ancien droit**

L’ancien droit français ignore la notion d’absence.

* Au M-A, ce sont les pèlerins, les croisés mais en dehors de ces absents pour motifs religieux, celui qui quitte son domicile sans raison est vu avec suspicion.
* Epoque moderne (XVIème-XVIIIème siècle) et surtout avec révocation de l’Edit de Nantes par Louis XIV, ce sont les religionnaires fugitifs (protestants qui ont émigrés) mais aussi ceux qui s’éloignent pour le service du roi. Ordonnance 1667 envisage pêle-mêle absents pour cause de faillite, les voyageurs, les galériens et les bannis 🡪 aucune distinction n’est faite entre absents et non-présents.
* XVIIème siècle : absence devient pour la doctrine synonyme de disparition.

Régime juridique passe par 3 stades selon le temps qu’il s’est écoulé depuis le départ de l’individu ou depuis les dernières nouvelles que l’on a de lui.

* Attente de son retour prochain : mesures conservatoire son prises par son mandataire, par son épouse si autorisation judiciaire dès le XIVème siècle, pas ses plus proches parents ou biens par un curateur désigné par le juge : de nombreuses coutumes assimile l’absent à une personne incapable de manifester sa volonté. Durant l’administration provisoire, prescription acquisitive ne cours pas contre lui alors que prescription extinctive si.
* Envoi en possession provisoire : Au bout de 3, 7 ou 10 ans selon les parties du royaume. Le délai de 10 se généralise au XVIIème siècle sur le fondement du droit romain et d’une présomption de transfert du domicile.
* Envoi en possession définitive : intervient 30 ans après la disparition : délai de prescription ou 100 ans après la naissance de l’absent qui cesse d’être présumé vivant 🡪 durée maximale de vie d’un être humain. Cette évolution date de la fin de l’AR.

La 2ème phase est la plus importante : les biens de l’absent sont partagés entre héritiers présomptifs sous caution de lui restituer s’il revient. Cependant, ces héritiers ne sont que dépositaires et non propriétaires. Pour les religionnaires fugitifs, c’est le roi qui assure l’administration de leur patrimoine qui n’est officielle pas confisqué. En pratique, les biens que possédaient l’absent pendant son départ, d’autres peuvent s’y ajouter : s’il est estimé vivant, ses propres héritiers les recueillent et si l’on considère qu’il est mort, sa part accroit celle des autres héritiers du défunt.

Au XVIIème siècle, c’est cette dernière solution qui prévaut en jurisprudence. Revirement au siècle suivant dans le ressort du parlement de Paris : on n’admet plus de présomption ni dans un sens ni dans l’autre : la charge de la preuve pèse sur celui qui prétend que l’absent est vivant ou mort.

Incidence en droit de la famille : pose des questions quant au maintien du lien matrimonial : Lorsqu’absent juste fiancé, pas de problème : la disparition de l’un constitue une cause légitime de rupture pour l’autre. En revanche, lorsque mariage consommé, à partir du XIIème siècle, le droit canonique refuse d’en faire une cause de dissolution 🡪 il interdit tout remariage du conjoint tant qu’il n’y a pas certitude sur le décès. Solution retenue par les parlements et la doctrine mais mentalités évoluent au XVIIème siècle.

* En théorie : la solution médiévale est maintenue.
* En pratique : l’époux qui se serait remarié ne verra ce 2nd mariage annulé que si on peut prouver que l’absent est vivant.

En outres, certains auteurs voient dans cette incertitude sur la vie ou la mort de l’individu un simple empêchement prohibitif. Si l’absent revient, le 2nd mariage est frappé de nullité. Cependant, pour protéger les époux de bonne foi, ainsi que les enfants qui ont pu voir le jour, on considère qu’il y a mariage putatif.

Sur le plan patrimonial, le mariage est considéré comme dissout : le régime matrimonial est liquidé (communauté s’achève, femme reprend sa dot).

* Ancien droit n’a réalisé aucune synthèse, il revenait à la Révolution d’y procéder.

1. **Les progrès de l’époque révolutionnaire :**

Ont pris mesure politiques au sujet des absents : confiscation des biens des émigrés ou inversement protection des droits des défenseurs de la patrie. On également adopté des mesures juridiques en faisant de l’absence une cause de divorce. Surtout, ils posent les bases d’un régime cohérent mis en œuvre par le CC. 3 projets de CC de Cambacérès contiennent dispositions en la matière. Absence est définie comme réunion de 3 éléments :

* Eloignement du domicile
* Absence de nouvelles
* Absence d’administrateur pour gérer le patrimoine.

Passe par 3 phases comme dans l’AR mais ici les durées de chaque phase sont fermes.

* Patrimoine de l’absent géré par municipalité dans 1er projet et par famille dans les 2 autres.
* Au bout de 5 ans, dans les 2 1ers projets puis de 10 dans le 3ème, on envoie l’envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs de l’absent.
* Délai différents pour chaque projet : acquièrent définitivement propriété de ces biens et absent est jugé incapable de recueillir aucune succession.

Ces projets n’ont pas abouti mais ont clarifié questions que se posait rédacteurs du CC.

1. **La conception de l’absence dans le code de 1804.**

Le CC lui consacre les arts 112 à 143 : témoigne d’effort de synthèse. Comme époque précédentes, régime juridique de l’absence suppose 3 phases :

* Présomption d’absence : mène à mesures conservatoires sous contrôle judiciaire
* Déclaration d’absence : dès 4 ans, elle est prononcée par le tribunal après enquête faite contradictoirement avec le ministère public assorti de publicité. Les héritiers de l’absent ont la possession des biens à titre provisoire : ils en sont seulement dépositaires. Celui qui dit l’absent encore vivant a alors la charge de la preuve. Si l’absent a laissé un testament, ses dispositions sont mises en œuvre. Le CC ne se prononce pas sur la dissolution du mariage.

Lorsqu’un absent laisse un enfant mineur, il est confié à la mère, un ascendant ou un tuteur désigné par le conseil de famille.

Au XIème siècle, la déclaration d’absence se fait par centaine, de même au XXème siècle. 1905 : 700 déclarations.

Si le décès est prouvé, les héritiers prennent les biens à titre provisoire et si l’absent revient, il reprend ses biens.

* S’il n’y a aucune certitude, l’envoi en possession se fait après 30 ans ou 100 ans après la naissance.

1. **Evolution des XIXème et XXème siècles :**

Système du CC jugé paralysant en raison d’une protection excessive de l’absent et d’une procédure trop formaliste et longue. On constate qu’il est réticent à considérer l’absent comme mort alors que la plupart du temps, l’absent ne revient jamais. Des textes d’exception ont été mis en place afin d’obtenir une déclaration judiciaire du décès et contourner le régime juridique de l’absence.

Certains insèrent au CC les accidents : mines, mer, avion. Quant aux corps non retrouvés, comme les soldats pendant la guerre, une nouvelle catégorie d’absents est créée : les disparus (ordonnance 1945 remanié en 1958).

De plus, l’inadéquation du régime avec de nouveaux moyens de communication se fait sentir, d’où une réforme mais seulement en 1977.

**Chapitre 2 : La mariage :**

Une définition est faite dès le IIIème siècle par le juriste romain Modestin : le mariage est une société de toute la vie, une communauté de droit divin et humain. En droit français, le mariage s’articule autour de 3 grandes périodes :

* Ancien droit (481-1789) : christianisation : institution sous une puissance supérieure
* Droit de la période révolutionnaire : on parle de « droit intermédiaire » de 1789 à 1804 : le mariage se sécularise.
* CC : Conception d’un contrat solennel.

**Section 1 : Le mariage dans l’Ancien droit :**

Ce mariage est sous l’influence de l’Eglise qui dès l’époque franque (481-987) moralise le mariage comme une lutte contre les pratiques barbares fort répandues y compris dans la famille royale et fort éloigné de l’idéal chrétien telles que la polygamie, l’inceste, le divorce ou la répudiation.

Au XIIème siècle : l’influence de l’Eglise devient un contrôle, le droit canonique élabore la théorie de mariage indissoluble et assure la compétence exclusive à la juridiction ecclésiastique.

Au XVIème siècle : L’Etat royal ajoute son propre contrôle sur l’aspect temporel, ce qui confère au mariage un caractère gallican très marqué au cours des 3 derniers siècles de l’AR.

**A/ Le mariage sous le contrôle de l’Eglise :**

Au XIIème siècle, l’Eglise impose sa compétence juridictionnelle et législative exclusive. Progressivement, il y a la création d’un corps canonique. Dans le même temps, textes commentés parles canonistes dans les universités médiévales : apparition d’une science canonique (période du droit canonique classique) et d’une doctrine sur le mariage. Canonistes et théologiens voient dans l’institution matrimoniale un sacrement de Dieu et donc une union du Christ et de son Eglise. Ce sacrement a pour matière un contrat civil inséparable du consentement des époux.

Le mariage est également un moyen de conserver et propager l’espèce humaine, d’où l’importance de la consommation du mariage. Le droit canonique précise les formalités, conditions de fond et principe d’indissolubilité du mariage.

1. **La formation du mariage :**

4 éléments de formation sont admis par le droit canonique : les fiançailles, le consentement, la bénédiction nuptiale et la consommation du mariage. Mais il y a un problème de reconnaissance de ces éléments.

Il y a plusieurs artisans de la théorie classique :

* Gratien : il est canoniste, membre de camaldule (membre de l’ordre de St Romuald) et compose vers 1140 un décret où il concilie différente thèses, le pour et le contre (sic et non) et une conclusion : le dictum. Il voit 2 degrés de mariage : l’échange de consentement ou le mariage est seulement commencé et la confirmation du mariage par la consommation, lui donnant indissolubilité.
* Pierre Lombards : il est théologien, contemporain de Gratien. Vers 1150 il écrit Sentences, grande œuvre de la théologie médiévale. Pour lui, le consentement suffit à former le mariage et le sacrement.
* Roland Bandinelli : canoniste, il devient le pape Alexandre III. Il concilie 2 thèses du mariage : mariage seulement par consentement ou également avec consommation : pour lui ces 2 modes de formations sont corrects.
* La doctrine du XIIème siècle hésite à faire prévaloir le consentement ou la consommation.

A la fin du XIIème siècle, le canoniste Huguccio déduit que la consommation présume le consentement : la théorie sera consacrée par Innoncent III et Gregoire IX. Pour Gregoire IX, cette présomption est irréfragable.

Fiançailles : parole de futur + consommation forment un véritable mariage. Il existe donc pour Alexandre III 2 modes de mariage.

Distinction paroles de présent/futur réintroduit dans le droit la notion de fiançailles et détermine leur portée lorsqu’elle concerne les impubères. Le fiancé engagé doit contracter mariage : sanction en justice sinon. Toutefois, si le juge ecclésiastique (l’official) peut le contraindre, il ne peut pas le forcer. Dans ce cas, le fiancé devra juste des dommages et intérêts. Les fiançailles peuvent être annulées par consentement mutuel ou unilatéral pour motif grave (lèpre, entrée en religion)

Les canonistes autorisent les fiançailles dès 7 ans : il est négocié par les familles à l’insu des enfants qui leur est ensuite imposé. L’Eglise prévoit pour préserver la liberté que arrivé à la puberté, il est possible de rompre cette union librement.

De manière spirituelle, les mineurs sont libérés de la puissance paternelle dès la puberté. L’Eglise fait tout pour que la cérémonie soit célébrée « in facie Ecclesiae » : devant l’Eglise pour une plus grande publicité. Dès le XIIIème siècle, 3 formalités sont essentielles :

* Publication des bans 2 ou 3 dimanches avant le mariage pour rendre ls oppositions possibles menant à empêchement à mariage. Cette pratique se généralise après concile de Latran en 1215 mais ce n’est pas toujours efficace : des dispenses totales ou partielles sont possibles.
* Echange des consentements à l’huis du moutier.
* Bénédiction nuptiale : bénédiction du lit nuptial, échange des anneaux (rite païen), rédaction du contrat de mariage.

Dans la pratique, le mariage peut précéder les bans, être célébré sans témoin et par un curé autre que celui de la paroisse 🡪 on parle alors de mariage clandestin, souvent afin d’esquiver les oppositions familiales.

Présomption du fait que la femme porte régulièrement une alliance mais si preuve complète ne peut être rapporté, on estime qu’il n’y a pas de mariage : l’Eglise réprouve le mariage clandestin et prévoit des peines contre leurs acteurs : excommunication pour les époux et suspension pour le prêtre. Pour lutter contre cette pratique, on impose la présence de témoins et du curé de la paroisse d’un époux car le mariage clandestin pose un grave problème dans l’hypothèse qu’un premier mariage clandestin soit contracté mais non prouvé, si un époux se remarie à la face de l’Eglise, il est alors bigame.

Les conditions de fond se multiplient jusqu’à former une théorie des empêchements à mariage.

Empêchement dirimants (grandes règle de droit canonique violées) : arrive a priori (opposition à mariage facilitée par la publication des bans : commun à tous les empêchements) ou a posteriori (action en nullité seulement pour empêchement dirimants, seulement par certaines personnes).

Empêchement prohibitif : pour violation règles de droits peu important : peines canonique.

Dès XIIème siècle, juge d’Eglise peut agir d’office : son action est imprescriptible.

*Différence dirimant/prohibitif ?*

Dès XIIIème que question du critère de distinction est posé : critère de validité : absence = empêchement dirimant et conditions de licéité dont l’absence est un empêchement prohibitif.

1. Les empêchements dirimants :

2 sources :

* Droit divin, ne peut être levé par aucune autorité
* Droit ecclésiastique : décision des conciles, du pape, la coutume… Dispenses pontificales possibles, ils peuvent être levés.

Effet absolu lorsque personne frappé par l’empêchement ne peut épouser personne. Effet relatif ou il y a un obstacle seulement entre 2 personnes déterminées, chacun peut épouser un tiers. Quand le juge ecclésiastique constate l’existence d’un empêchement dirimant, il doit déclarer le mariage nul et s sentence a un effet rétroactif. Les époux sont alors traités comme concubins et leurs enfants comme bâtards 🡪 injuste quand au moins un des époux est de bonne foi. P.Lombard voit alors un quasi-mariage : théorie du mariage putatif où le mariage est réhabilité quant à ses effets civils.

Evolution :

* Joue d’abord en faveur des enfants nés ou conçu avant la sentence d’annulation : enfants légitimes. Est ensuite étendu à l’époux de bonne foi voire aux 2 au XIVème siècle. Théorie incorporé au droit canonique par décrétales (XIIème et XIIIème siècles) mais il y a une condition sine qua non à son application : célébration publique : a contrario, ne jour jamais pour les mariages clandestins.

3 catégories d’empêchements dirimants :

* Ceux qui tiennent à l’incapacité d’un conjoint : il y en a 6 :
  + L’âge : puberté à 12 ans pour les filles et 14 pour les garçons : modèle du droit romain : empêchement absolu
  + L’impuissance à condition d’être antérieure au mariage
  + L’existence d’un précédent mariage non dissout : principe monogamique. Seul la mort d’un conjoint opère la dissolution du mariage mais non la captivité ou l’absence. Ne peut être levé par aucune autorité.
  + La disparité de culte (différence de religion) : on ne peut se marier qu’entre chrétien. Cependant, si conjoint tombe dans l’hérésie, le mariage reste valable car c’est un empêchement prohibitif
  + L’appartenance à un ordre religieux
  + L’appartenance à un ordre majeur : l’Eglise à due lutter pour imposer règle du célibat des prêtres, diacres et sous-diacres : c’est l’œuvre de la réforme grégorienne au XIème siècle. Règle posée par 2 conciles Latran en 1123 et 1139.

Cependant, ces 2 derniers empêchements tiennent aux règles de la discipline ecclésiastique, ils peuvent être levés par dispense exceptionnelle du pape.

* Ceux qui tiennent à un vice du consentement : il y en a 2 pour éviter les manœuvres des époux :
  + Violence de nature à influencer un individu de caractère ferme en application du droit romain. Pas forcément physique, la pression morale suffit.
  + L’erreur : théorie plus subtile sur l’analyse psychologique. Il faut distinguer les erreurs sans importance de celles qui font obstacle à la formation du mariage. Sont ainsi rejeté l’erreur sur les qualités du futur conjoint et l’erreur sur la fortune. En revanche, constitue des empêchements dirimants l’erreur sur l’identité de la personne qui peut se produire dans les familles nobles ou l’on s’épouse sans s’être vu et l’erreur sur la condition juridique : fait de croire qu’on épouse une personne libre alors que c’est un serf ou une serve. En revanche, jamais l’Eglise n’a admis que le dol puisse constituer un vice du consentement entrainant un empêchement dirimant 🡪 bon dol qui conduit sa victime dans les voies du seigneur.

Au XVIIème siècle, Loisel recueil l’adage *« en mariage, trompe qui peut ».*

* Ceux qui résultent de relation antérieure au mariage : il y en a 5 :
  + La parenté par le sang : dès le IXème siècle, empêchement dirimant de famille jusqu’au 7ème degré canonique 🡪 14ème degré civil. Ramené au 8ème degré civil par le 4ème concile de Latran en 1215. Possibilité du pape de dispense au-delà du 2ème degré canonique : systématique pour les mariages princiers.
  + La parenté spirituelle : résulte de l’administration des sacrements de baptême et de confirmation. Créée empêchement entre parrain et filleul, entre parents de l’enfant et ses parrains et entre baptisé et enfant du parrain.
  + L’affinité : alliance résultant de la consommation de l’union. Se calcule par le sang et entraine les mêmes empêchements. Elle créée 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 : empêchement d’honnêteté publique.
  + L’adultère : ce qui recours 2 hypothèse :
    - L’époux adultère a cherché à dissoudre son 1er mariage en provoquant la mort de son conjoint
    - Promesse de mariage au complice et ce dernier savait qu’il était déjà marié : vœux de mort pour l’époux trompé.

1. Les empêchements prohibitifs :

Théorie plus vague : ceux qui passe outre encourt lourdes amendes, séparation temporaire voire l’excommunication. Il est impossible d’en dresser une liste complète. De plus, comme ils intéressent surtout le for interne (conscience), ils ont moins retenu l’attention des canonistes. Principalement 2 :

* Le temps des fêtes : certaines périodes doivent être consacrées à prière et pénitence : de l’Avent à l’Epiphanie (4 semaines avant Noël jusqu’au début du mois de janvier) mais aussi pendant le Carême, la semaine qui suit Pâques, les 3 semaines précédant la St Jean-Baptiste en juin soit une 100aine de jours par an. On ne peut se marier pendant ces périodes, si les époux passent outre, frappés d’une pénitence.
* La défense faite par l’autorité ecclésiastique aux époux de célébrer le mariage lorsqu’il soupçonne l’existence d’un empêchement en attendant l’obtention d’une dispense. Si les époux passent outre, 2 cas de figures :
  + Si l’empêchement existe, le mariage est nul
  + Si aucun empêchement, il est valable mais l’inobservation de la défense constitue une faute 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 : préfère encourir la confusion de part (paternité de l’enfant à naître) 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’Eglise, le mariage ne peut être rompu : autorité ecclésiastiques tentent d’imposer cette doctrine dès l’époque franque mais elle se heurte à des obstacles doctrinaux et pratiques :

* Doctrinaux : 2 passages de l’évangile selon St Mathieu semblent autoriser le divorce pour cause d’adultère de la femme. Il faut attendre St Augustin (Vème siècle) pour que ces critères soient posés pour la 1ère fois.
* Pratique : Divorce et répudiation sont si habituels dans la société laïque que l’Eglise a dû composer : 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 et de lèpre. La doctrine canonique a donc pu triomphée que quand l’Eglise a acquis une maîtrise législative et judiciaire complète. Cependant, elle admet une atténuation au principe : élaboration de la technique de la séparation de corps.

1. Le principe :

Gratien et Lombard : à la question de savoir si le mari qui s’est séparé de sa femme adultère peut en épouser une autre du vivant de la 1ère, Gratien répond non car il subsiste entre eux un lien que la répudiation ne brise pas et il en est de même pour la femme séparée.

Lombard rejette le divorce pour cause d’adultère et transforme les autres causes de divorce autrefois admises en empêchement dirimant (impuissance). Il admet que l’asservissement d’un époux rompt le mariage sauf s’il est motivé par une intention frauduleuse. Au XIIIème siècle, plus que 3 causes légitime de dissolution du mariage :

* Entrée en religion d’un époux avant la consommation du mariage
* Le privilège Paulin : fondement texte de St Paul : autorise rupture du mariage contracté par 2 infidèles dont l’un se convertit : véritable divorce car mariage déjà consommé.
* Dispense pontificale

1. La séparation de corps

C’est Lombard qui a dégagé le 1er des principes généraux : distinction de 2 catégories de séparation :

* La séparation sacramentelle : met fin au mariage : quand le juge ecclésiastique annule un mariage contracté au mépris d’un empêchement dirimant. Chaque ancien époux peut se remarier.
* La séparation de corps : en cas d’adultère d’un époux. Dispense le couple de la cohabitation et du devoir conjugal mais laisse subsister le lien matrimonial 🡪 Séparation du lit et de la table. Cette séparation permet de libérer les époux quand la vie commune est devenue intolérable 🡪 doit résulter d’une sentence du juge ecclésiastique. La séparation amiable n’est autorisée qu’au cas de vœux de chasteté ou d’entrée en religion des 2 époux.

Progressivement, les causes de séparations se développent. Au XIIIème siècle, on associe à l’adultère l’hérésie ou l’apostasie (abandon de la foi et de la vie chrétienne). Au XVIème siècle, constitue aussi une cause de séparation les sévices graves infligés. Rapidement on admet que la séparation de corps ait des conséquences pécuniaires : XIIIème siècle, Beaumanoir, auteur d’un coutumier (coutumes de Beauvaisis) atteste que la femme peut obtenir de son époux les ressources nécessaires à sa subsistance et que la décision qui relève du juge laïque peut toujours être révisée.

A la fin du XIVème siècle, l’officialité de Paris (juridiction ecclésiastique) tire les conséquences pécuniaires de la séparation des corps en prononçant la séparation de bien. Au XVIème, la règle passe dans le droit séculier et les coutumes rédigées : moyen efficace pour défendre les intérêts des femmes mariées lorsque la mauvaise gestion du mari menace tout le patrimoine du ménage.

**Paragraphe 2 : Le mariage gallican de la fin de l’ancien droit**

Au XVIème siècle, le monopole de l’Eglise en matière matrimoniale est contesté par les protestants. Le Réforme et les humanistes remettent en cause le caractère sacramentel du mariage (Erasme, Luther et Calvin). C’est critiques appelaient une réponse de l’Eglise catholique : les princes se servaient de ces critiques en leur faveur. C’est le concile de Trente de 1545 : contre-réforme catholique. Les canons du concile de Trente de seront pas reçus en France mais le pouvoir royal évoluant vers l’absolutisme supporte de moins en moins le partage des compétences et décide de légiférer dans cette matière jugé importante.

Mariage passe progressivement sous le contrôle de l’Etat royal sur la publicité ou le consentement des parents au mariage de leurs enfants.

1. **La publicité du mariage**

Concile de Trente qui prend le 1er disposition pour mettre un terme aux mariages clandestins. Le roi les a reprises en les précisant :

1. L’œuvre du concile de Trente :

Siégé pendant 18 ans. Histoire mouvement : d’où longévité : 2 longues interruptions. Questions relatives au mariage ont données lieu au vote d’un décret en novembre 1563. Décret Tametsi : rend compte de la nouvelle doctrine de l’Eglise. 3 techniques assurent cumulativement la publicité du mariage :

* La publication des bans : Réorganisé et précisé : projet de mariage annoncé 3 fois par curé à la grand-messe. Si non domicilié dans la même paroisse, les bans sont alors publiés dans leurs paroisses respectives. Formalité non requise à peine de nullité. Dispense en tout ou partie par leur évêque si au moins une annonce faite
* La célébration religieuse : Echange des consentements entourés de solennité. Eglise décide que les époux sont rendus inhabiles : incapable d’échanger les consentements efficaces sans la présence de leur propre curé et de 2 ou 3 témoins. Sinon échange de consentement nul. Le curé qui doit interroger les fiancés, recueillir leur consentement et leur donne la bénédiction nuptiale reste un témoin (irremplaçable). Conséquence : la présence des témoins doit faciliter la preuve de l’union et la clandestinité devient un empêchement dirimant.
* La tenue des registres de mariages : chaque curé dans sa paroisse doit tenir un registre où il mentionne mariage, jour et lieu de la célébration, noms des conjoints et des témoins. Facilite la preuve mais cette preuve préconstituée ne fait pas obstacle aux témoignages, à la possession d’état et à la commune renommée.

1. La législation royale :

Dispositions concile de Trente jamais reçu en France en application des principes gallicans, elles auraient dues pour être applicable être enregistrées par le parlement de Paris : jamais été le cas : trouble religieux en France. Pourtant, il était important d’appliquer les règles de célébration publique et de preuve des mariages posées par le concile. Le roi les a reprises et précisée. Pour être certains que les officiers ne continueraient pas de déclarer valable les mariages clandestins, Henri IV puis Louis XIII leur dit de juger conformément aux ordonnances royales. L’intervention de la royauté en matière matrimoniale constitue un tournant capital : l’institution passe sous le contrôle de l’Etat royal. Même antérieur à fin du concile et justifie son défaut de réception.

Publicité par 3 techniques :

* Pratique des bancs 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 : au moins 1 proclamation faite. La règle s’applique à tous, y compris prince et personne de haut rang jusque-là dispensés en raison de la notoriété de leur généalogie.
* Célébration du mariage en présence de 4 témoins dignes de foi dont les noms sont conciliés dans les registres de mariage : application de l’ordonnance de Blois. Elle sera assuré par les curés de la paroisse des futurs selon l’interprétation qui en a été donné par le code Michau. S’ils ne sont pas de la même paroisse, présence des 2 curés imposée à peine de nullité. Ordonnance de Blois interdit aux notaires de recevoir des actes de mariage par parole de présent mais en pratique, résistance. Milieu XVIIème siècle, Gaulmin s’est marié en présence d’un notaire qui a signifié l’acte au curé de sa paroisse : interdiction de se marier « à la Gaulmine » jusqu’à la fin du siècle : parlement annule ces mariages, exigence d’assistance active du curé.
* Obligation de tenue de registre dans chaque paroisse (preuve). Ordonnance de Villers-Cotterêts en 1539 reprend pour baptême et sépulture. Ordonnance de Blois y ajoute ceux de mariage. Les curés devront les porter aux greffes de justices royales dont dépende leur paroisse dans les 2 mois avant la fin de l’année. Force de ces registres : ordonnance de Moulins (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. Ordonnance civile 1667 règlement minutieusement la matière : Les registres de baptême, mariage et sépulture doivent être en double exemplaire par les curés. L’un reste en leur possession, l’autre va au greffe de la justice royale 🡪 seul mode de preuve du mariage à moins que registre détruit ou que curé ait omis de les tenir. Dans ce cas, recours aux papiers domestiques ou à des témoins.
* Le consentement des parents au mariage des enfants :

Mariage souvent clandestin par crainte que l’union soit désapprouvée par les parents. Les père du concile en étaient conscients mais ont refusés de faire du consentement des parents une condition nécessaire au mariage des enfants. Les enfants de famille peuvent se marier librement et valablement. Concile condamne l’opinion contraire mais rappelle que l’Eglise a toujours détesté les mariages non autorisés par les parents.

Charles IX, roi de France, soutenu par les évêques français souhaite une réforme du droit canonique pour faire de consentement des parents, jusqu’à un certain âge, une condition de validité du mariage des enfants. Face au refus du concile de Trente de modifier la règle traditionnelle, le roi légifère.

1. La législation royale :

En fev 1556, Henri II a promulgué un édit sur les mariages clandestins qui établit une majorité matrimoniale : 30 ans pour les hommes, 25 pour les femmes : avant il faut consentement des parents : celui du père est prépondérant. Au-delà, les père et mère sont simplement sollicités. Suite à scandale à la cour du Roi. Henri II voulait marier sa fille (Diane de France) au fils du connétable de Montmorency, François. A la veille du mariage, les pères respectifs apprennent que le promis est déjà marié clandestinement par parole de présent à une fille d’honneur de la reine : Jeanne de Piennes. Celle-ci avoue que le mariage n’es pas consommé, c’est pourquoi il décide de demander au pape de l’annuler, ce qu’il refusera pour manifester clairement que l’autorité civile ne peut intervenir en matière de sacrement. Le connétable contraint son fils à rompre avec Jeanne de Piennes, le mariage est alors célébré le 4 mai 1557.

L’édit de 1556 prévoit des sanctions de 2 ordres :

* Sanction civile : exhérédation : exclusion de la succession des enfants ainsi mariés : facultative, ainsi que la possibilité de révoquer des donations faites auparavant.
* Sanction pénales : arbitraire des juges. 1563, concile de Trente refuse de satisfaire demande de droit d’offense. La monarchie y répond par 3 textes : ordonnance de Blois, la déclaration royale de 1639 et l’édit de 1697 par Louis XIV : textes complétant et aggravant les dispositions de l’édit de 1556.

Mesures d’ordre public et au contenu double.

* Principe de la majorité matrimoniale et des sommations respectueuses dont la procédure est fixée par arrêt de règlement à la fin du XVIIème 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’un seul et de 2 témoins pour demander le consentement de ses parents et on dresse le procès-verbal. S’il y a refus des parents, il passe outre.
* Sanction pécuniaires et pénales aggravées :
  + Pécuniaire : 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 e il perd le bénéfice des libéralités reçues et lui-même ne peut en faire à ses propres enfants.
  + Pénales : ordonnance de Blois punit de mort ceux qui auront séduit des mineurs de 25 ans ainsi que leurs complices. Loisel recueille la règle « il n’y a si bon mariage qu’une corde de rompt ». En réalité, ce n’est pas la mort que l’on souhaite mais la nullité du mariage, ce que les parlements imposeront en construisant la théorie du rapt de séduction

1. La théorie jurisprudentielle du rapt de séduction :

Rapt : 2 conditions :

* Violence
* Transport d’un lieu à l’autre. Au regard de ces 2 éléments, la victime ne pouvait être qu’une femme. Dès ordonnance de Blois, notion de rapt élargie : le concile de Trente fait subsister l’empêchement dirimant tant que la femme est au pouvoir de son ravisseur. Désormais, la victime peut aussi être un homme car les violences matérielles ne sont pas nécessaires : il suffit d’une subornation (manœuvre dolosive : séduction ou pression morale). En outre, l’exigence d’un déplacement de la victime disparait.

XVIIIème siècle, Pothier fait la synthèse de cette construction dans son traité du contrat de mariage :

* La preuve des manœuvres dolosives n’est pas nécessaire car le simple fait que le mariage ait été contracté sans l’autorisation des parents en constitue une preuve irréfragable.
* On ne doit pas chercher de qui émane la séduction car elle peut avoir été réciproque voire émaner du mineur. Le ministère public doit poursuivre d’office mais la peine de mort n’est pas prononcée sauf en raison de l’atrocité des circonstances car le rapt n’est en réalité qu’une technique qui permet de faire annuler le mariage par la voie de l’appel comme d’abus. Nouvelle empêchement dirimant créé mais par l’autorité laïque. Ouverte qu’aux pères et mères et le but de cette jurisprudence est de réprimer les mésalliances : censure des mœurs.

- 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. **La capacité juridique de la femme mariée**

Il n’existe pas au MA de théorie de l’incapacité de la femme mariée ni chez les auteurs coutumiers ni chez les juristes des pays de droit écrit. Cependant, la crainte d’actes inconsidérés qui serait dommageable à la fois pour le ménage et ses lignages respectifs, ils estiment que la femme doit être assistée ou autorisée par son mari pour réaliser un acte juridique avec des variantes géographiques. C’est le cas dans 3 domaines :

* En matière contractuelle : la femme ne peut agir qu’avec l’autorisation de son mari. C’est une règle commune à de nombreux coutumiers, c’est par exemple le cas en Normandie, en Beauvaisis ainsi que dans l’Orléanais. Cette autorisation n’a aucune condition de forme posée mais les actes en pratique montrent que l’autorisation peut intervenir a posteriori. A cette règle, 2 exceptions. :
  + Lorsque la femme est une marchande publique : lorsqu’elle exerce un commerce séparé de celui de son mari. Elle peut agir seul pour tous les actes de son commerce sachant qu’au départ, le mari doit lui avoir permis d’exercer son activité.
  + Lorsque le mari est dément ou absent, la femme se substitue à lui à la tête du ménage, ce qui prouve que l’incapacité ne provient pas du sexe.
* En matière d’acte à cause de mort. Cependant, il n’y a pas de règle unique, tout dépend des coutumes. Le plus souvent, elles admettent que la femme peut faire un testament seule dans la mesure où le testament prend effet une fois la communauté conjugale dissoute par la mort du mari. Mais en Nivernais (région de Nevers) et dans l’Artois, il lui faut l’autorisation du mari. Enfin, en Bretagne et en Normandie, un tel acte lui est interdit.
* Pour agir en justice, même au sujet de ses propres (biens personnels), elle doit être assistée par son mari. La seule exception concerne le domaine pénal où elle peut être demanderesse ou défenderesse librement sauf en Normandie où la coutume est très misogyne.

La sanction de l’absence d’autorisation ou d’assistance maritale varie selon les coutumes.

* Au XIVème siècle, la coutume normande dispose qu’un tel acte est nul et inopposable à la fois à la femme et à son mari, de sorte que son incapacité est absolue. Ailleurs, le plus souvent, la femme échappe aux poursuites tant que son mari est en vie. A sa mort, elle recouvre, selon Beaumanoir, sa pleine poosté, c’est-à-dire sa pleine puissance, de sorte que ses créanciers peuvent agir en exécution forcée, c’est-à-dire saisir ses biens. Cela signifie que durant le mariage, la personnalité juridique de la femme n’est que masqué par celle de son époux en tant que chef du ménage. Elle n’est donc pas incapable.
* A la fin du M-A, la pratique judiciaire tend à aggraver la condition juridique de la femme. En effet, à partir du XIVème siècle, les tribunaux prennent l’habitude de l’autoriser à plaider lorsque son mari est absent. La règle passe en coutume à la fin du siècle. En cas de refus du mari sans motif sérieux, le juge y substitue son autorisation. Les praticiens se tournent alors vers lui pour les actes les plus importants.

Dans les pays de droit écrits, les dispositions de senatus consult Velleien datant de 46 ap. J.C. Et qui interdit à la femme d’intercéder pour son mari (de se porter caution pour lui) se révèlent gênantes en pratique, c’est pourquoi les praticiens détournent au moyen de renonciation, confirmée par serment.

* Au XIIIème, les glossateurs jugent ces renonciations valables dans la mesure où le Velléien est favorable à la femme et où elle peut renoncer à la faveur qui lui est faite par la loi dès lors qu’elle agit en connaissance de cause. En revanche, au siècle suivant, les post-glossateurs qui applique la méthode scolastique assignait la renonciation à la faiblesse dont on voulait protéger la femme. Ils distinguent 2 hypothèses :
  + Lorsque l’intercession à lieu en faveur d’un tiers, la renonciation doit être confirmée 2 ans après l’engagement
  + Lorsque l’intercession a lieu en faveur du mari, toute renonciation est nulle. Toutefois, l’évolution en pays de droit écrit se fait dans le même sens que dans les pays de coutume (sens défavorable à la femme).

**Paragraphe 2 : Les 3 derniers siècles de l’AR et l’incapacité de la femme mariée :**

La faiblesse reconnue à la femme au M-A n’était pas une incapacité. C’est la Renaissance qui a fait de la femme un objet, notamment à la lecture de Platon qui hésite à la ranger parmi les animaux raisonnables et les bêtes brutes. Mais la théorie de l’incapacité de la femme mariée est l’œuvre du lieutenant de la sénéchaussée de Fontenay le Comte en Poitou, Tiraqueau.

Une sénéchaussée est une juridiction royale (baillages au Nord).

Pour répondre à une apologie de la femme, publiée par le lieutenant de Saintonge, Amaury Bouchard, il rédige en 1513 et 1524 un ouvrage intitulé « des lois matrimoniales » où il établit le principe de l’incapacité de la femme à grand renfort de citations grecques et latines.

Le point de départ de cette œuvre est le commentaire de l’art 193 de la coutume du Poitou qui dispose que la femme est en pouvoir de son mari. Dès lors, les contrats qu’elle conclue lors de son mariage sont nuls et pour plaider ou pour accepter une succession, il lui faut une autorisation spéciale de son mari. Seul le testament lui est permit.

Les textes romains sur imbecillitas sexus, c’est-à-dire sur la faiblesse du sexe sont certes invoqués mais l’esprit de raisonnement est surtout coutumier. L’idée est que la femme ne peut nuire à son mari et tous ses actes étant suspects, tous commerce juridique est interdit. Cette incapacité ne prend fin qu’à la mort de son mari. Dumoulin adopte toutes ces conclusions du Trinquanelle et en assure le succès en les présentant dans un ordre logique. L’idée est la suivante : par son mariage, la femme perd sa personnalité juridique et tous les actes qu’elle peut accomplir sont nuls dès le départ.

Le principe de l’incapacité de la femme mariée est également reprit par les coutumes réformées comme celle de Paris et par les auteurs coutumiers. Dès lors, la femme est assimilée à un mineur et sa condition est même pire : elle ne peut accomplir seule les actes qui lui sont avantageux tels que l’acceptation d’une donation.

Le droit des 2 derniers siècles de l’ancien régime : il est conforme à la vision de la femme que donne Molière dans l’école des femmes. Ainsi, au nom de son devoir d’obéissance, la femme doit habiter chez son mari. Le droit de correction n’est plus invoqué mais la pratique des lettres de cachets permet de mettre un terme aux situations les plus gênantes.

L’adultère de la femme reste un délit dont la poursuite est réservée au mari. Si elle est reconnue coupable, la femme est recluse dans un couvent et doit prendre le voile au bout de 2 ans si son mari ne lui a pas pardonné. On dit alors que la femme est authentiquée car elle est soumise aux dispositions de la novelle 134 (soumise au droit de Justinien 🡪 loi édicté au VIème siècle ap. J.C par l’empereur Justinien) devenue l’authentique Sed Hodie à l’exception de la peine du fruit. Les constitutions de Justinien, presque toutes écrites en grecque ont fait l’objet de plusieurs recueil dont un qualifiée d’authentique qui a été traduit en latin et sera utilisé jusqu’au XVIIème siècle. L’adultère du mari ne donne lieu à aucune peine.

Condition patrimoniale : tous les actes de la femme y compris l’exercice d’une action criminelle sont soumis à l’autorisation spéciale du mari qui doit être concomitante à l’acte. En règle générale, elles peuvent faire testament sauf en Normandie où il faut l’autorisation du mari. Si on admet que la femme commerçante a un statu différent, au XVIIIème siècle, c’est pourtant la solution la plus rigoureuse qui l’emporte.

Le principe de l’incapacité de la femme dans les pays de droit écrit est si adaptée aux mœurs de l’époque qu’il trouvait également un terrain favorable dans le midi. Il y parait normal qu’elle confie à son mari la gestion de ses propres. A défaut, les parlements lui interdisent d’en disposer. Elle ne peut pas plaider non plus sans son mari. Le mariage n’émancipe pas en pays de droit écrit, la femme mineure doit être autorisée et par son père et par son mari.

Edit de 1606 abroge le senatus consult Velléien mais il n’est enregistré qu’à Paris et Dijon. Les Parlements du Midi et celui de Normandie ont toujours refusé d’y procéder et ont ainsi maintenu l’incapacité de la femme. A la fin de l’AR, on rencontre chez les lettrés un double courant contradictoire. Certains comme Poulain de la Barre en 1673 font l’apologie des femmes, de même que Montesquieu qui voit dans la puissance maritale une création du gouvernement despotique. Au contraire, Voltaire et Rousseau sont très misogynes.

**Section 2 : La Révolution et les femmes :**

Elle n’est pas favorable aux femmes et les améliorations apportées à leur condition apparaissent presque accidentelles. Il existe certes des clubs politiques de femmes ou encore des journaux féministes mais il n’est pas vraiment question de leur accorder des droits politiques. Comme la Convention les juge trop turbulentes, elle ferme leur club en l’an II et leur refuse la liberté d’association. Puis, en l’an III, elle les exclut de ses tribunes.

Sur le plan juridique, les femmes obtiennent pourtant certaines libertés : c’est ainsi que l’abolition du privilège de masculinité leur permet d’éviter à égalité avec les hommes et l’abolition de la puissance paternelle permet aux femmes des pays de droit écrits d’accéder à la pleine capacité à 21 ans, y compris en matière matrimonial. En 1792, les auteurs de la loi instaurant le divorce le présente comme le moyen pour les femmes de s’affranchir du despotisme des pères et de la perfidie des maris. Mais en réalité, le bonheur des maris est plus important à leurs yeux. Pour preuves, si les motifs du divorce sont identiques pour les 2 époux, la femme contre qui il est prononcé est pourtant seule privée de sa part de communauté à titre de peine. Elle a un titre secondaire dans le ménage car seul le père peut autoriser le mariage de ses enfants. La femme est dispensée de la contrainte par corps (prison) sauf pour celle qui ont un commerce séparé de celui de leur mari.

Les projets de CC de Cambacérès ont évolués en la matière : le 1er n’évoque pas la puissance maritale, elle parait être supprimée et le 3ème donne au contraire la suprématie au mari dans le ménage selon l’ordre naturel. C’est dans cette voie que vont poursuivre les rédacteurs du CC

**Section 3 : La condition juridique de la femme depuis le CC.**

Le CC aggrave la dépendance de la femme et s’inscrit dans la continuité de l’ancien droit. Dès lors, l’émancipation sera lente car les améliorations ne datent que de la fin du XIXème siècle et de la 1ère moitié du XXème.

1. **La place de la femme dans le CC**

Le discours de Portalis lors de la présentation du projet de CC au corps législatif annonce le parti pris par les rédacteurs, à savoir que les discussions sur l’égalité des sexes sont vaines car il existe des différences physiologiques entre l’homme et la femme qui ont des répercutions juridiques. Sur ces bases, les rédacteurs du CC en reviennent à la tradition de l’ancien droit où l’incapacité de la femme mariée résulte de la puissance maritale et apparait comme une mesure de protection nécessaire liée au sexe.

Tant que la femme reste célibataire, elle n’est pas totalement incapable mais elle ne peut pas être témoin dans les actes de l’état civil ni dans les testaments. Au terme du code de 1804, la femme doit obéir à son époux, habiter avec lui et le suivre partout où il lui plait d’établir son domicile. Si les époux se doivent mutuellement fidélité, cette obligation est toutefois sanctionnée différemment selon qu’il s’agit du mari ou de la femme.

* Pour que l’adultère du mari soit reconnu, il doit entretenir une concubine au domicile conjugal et la sanction consiste en une simple amende.
* La poursuite de l’adultère de la femme appartient exclusivement au mari et débouche sur une peine d’emprisonnement : selon Portalis, l’infidélité de la femme suppose plus de corruption et a des effets plus dangereux que celle du mari car elle peut bouleverser la composition de la famille en y introduisant des étrangers (enfants adultérins). En outre, si le mari surprend sa femme en flagrant délit d’adultère au domicile conjugal et s’il la tue avec son complice le crime est excusable.

Sur le plan patrimonial : le mari administre seul les biens de la communauté dont il est le seigneur et maître ainsi que les propres de la femme (si régime communautaire). Si le régime est dotal, il administre les biens dotaux.

La femme ne peut agir en justice, aliéner ou hypothéquer ses biens, ni s’obliger pour autrui sans le consentement de son mari et son incapacité est même renforcée au cas d’absence ou d’incapacité du mari.

La femme ne peut être tutrice sauf pour ses descendants ni même faire partie d’un conseil de famille.

Comment expliquer ces dispositions : rigueur imputée aux interventions personnelles de Bonaparte et à la misogynie mais en réalité les solutions adoptées par le CC s’inscrive dans la ligne du droit commun coutumier, elles permettent d’assurer l’ordre social et c’est l’absence d’indépendance économique de la femme qui justifie le refus de liberté juridique.

1. **La lente émancipation de la femme :**

Les fondements et l’étendu du principe d’incapacité de la femme mariée leur paraissent manquer de clarté car il faut le combiner avec le régime matrimonial des époux. En pratique, la nécessité d’une autorisation maritale express et spéciale finit par poser problème pour les actes de la vie courante où la femme se présente comme une simple ménagère. D’autant plus que dans le milieu rural ou ouvrier, il est fréquent que la femme soit l’intendante du ménage.

La jurisprudence et la doctrine s’inspire alors de l’ancien droit pour développer la théorie du mandat tacite : pour les besoins du ménage, la femme est censée agir en qualité de préposée du mari mais en pratique, la jurisprudence mélange souvent autorisation et mandat tacite. Les juristes sont alors peu nombreux à considérer qu’il faut aller au-delà, seul Acollas voit dans l’incapacité de la femme mariée une théorie arbitraire et une injustice formelles.

Etapes :

* 1880 : proposition de loi visant à réduite ses incapacités est déposée pas Camille Sée mais elle n’est pas même discutée. La France est alors en retard sur ses voisins : à la même époque, la Grande-Bretagne reconnait la pleine capacité aux épouses. La jurisprudence complète la théorie du mandat tacite par le recours à celle de l’enrichissement sans cause pour obliger la ménagère sur ses propres, ce qui sert de fondement à une évolution législative. Loi 9 avril 1881 sur les caisses d’épargne permet à la femme mariée de déposer ou de retirer jusqu’à 1500 francs et rend par la même possible la constitution d’un pécule sans autorisation du mari qui peut seulement s’opposer au retrait des fonds. En 1886, le même principe est appliqué aux caisses de retraite. A la fin du siècle, le terrain est désormais plus propice à une évolution. Il y a le développement d’un mouvement féministe au sein de la chambre mais les juristes sont de plus en plus nombreux à considérer le principe d’incapacité comme anachronique. Enfin, les exemples allemands et suisses vont dans le même sens. Il a fallu pourtant encore vaincre de nombreuses résistances.
* Lois du 13 juillet 1907 : Afin de placer les revenus du travail de la femme à l’abri des abus de son mari, une proposition de loi est déposée en 1890. 3 ans plus tard, la 1ère femme docteur en droit puis avocate, Jeanne Chauvin, lance une campagne de presse en faveur de la libre disposition par la femme mariée du produit de son travail. Ce principe est repris dans une proposition de loi en 1896 mais elle est bloquée par le Sénat. Le vote de la loi de 1907 a été rendu possible par le succès des radicaux aux élections législatives 🡪 extension considérable de la capacité de la femme mariée en l’autorisant quel que soit son régime matrimonial et les clauses de son contrat de mariage à disposer librement de son salaire, des économies en résultant et des biens achetés avec. C’est une véritable séparation de bien légale qui est réalisée. Toutefois, il lui faut toujours l’autorisation de son mari pour se livrer à une activité professionnelle et il peut lui faire retirer ses pouvoirs en cas d’abus. En pratique, ce texte a eu des répercutions limitées car les banquiers et notaires exigeaient souvent la preuve de l’origine des fonds et de la plénitude des droits de la femme. Difficultés anticipée par Gény dès 1902.
* Avec la 1GM : montre retard français en raison du rôle joué par les femmes. Alors que des pays d’Europe leur accordent le droit de vote, elle maintient le principe traditionnel.
* 1925 : formation d’une commission d’expert qui se prononce 3 ans plus tard pour la pleine capacité de la femme mariée. Le projet de loi qui en résulte n’est discuté devant les chambres qu’après la victoire du Front Populaire et aboutit au vote de la loi du 18 février 1938. On laisse la prééminence au mari qui demeure le seul détenteur de la puissance paternel et le seul maître du domicile commun. Un amendement du sénateur Pernot a même obtenu qu’il soit qualifié de chef de la famille. Le mari peut toujours s’opposer à l’exercice d’une activité professionnelle séparée, le dernier mot revenant le cas échéant aux tribunaux.
* La réforme de la condition juridique de la femme mariée est complétée par le régime de Vichy avec la loi du 22 septembre 1942 qui mêle plusieurs articles des codes civil, de commerce et de procédure civile en conformité avec le nouveau principe à savoir que même si le mari reste le chef de famille, la femme participe désormais à la direction morale est matérielle de la famille, elle a le pouvoir de représenter pour les besoins du ménage, ce qui opère une transformation du mandat tacite en mandat légal et chaque époux peut être autorisé par le juge à représenter son conjoint lorsqu’il se trouve hors d’état d’exprimer sa volonté. Le texte est maintenu à la Libération
* Loi du 4 juin 1970 : les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et l’expression chef de famille disparait. Dès lors, le choix du domicile familial résultera d’un accord.
* L’égalité entre conjoint est définitivement consacrée par la loi du 23 décembre 1985, le CC ne parle plus que d’époux et dans le régime matrimonial légale, il n’y a plus de chef mais une administration concurrente.

**Chapitre 4 : La filiation :**

Elle est au même titre que le mariage le fondement du droit de la famille. Elle fixe les règles selon lesquelles les membres de la société transmettent la vie et l’ordre institutionnel qui permet à cette société de durer tout en évoluant. C’est une notion éminemment politique. La filiation est surtout un lien de droit qui a généralement pour support un lien biologique et dont la reconnaissance est subordonnée à certaines conditions.

Toutefois, elle peut exister indépendamment de ce lien biologique el la filiation adoptive. La filiation assure un double rattachement de l’enfant : d’une part à son père et/ou à sa mère et d’autre part à l’Etat, ce qui justifie le contrôle de celui-ci sur ce point de droit. Or, cette insertion dans un ordre familial et politique résulte du mariage qui sert de critère à l’établissement du type de filiation. En effet, selon celui-ci, les droits et devoirs qui découlent de ce lien juridique varient tant sur le plan matrimonial que sur le plan personnel.

De l’ancien droit au CC, cette double fonction de la filiation est une constante. En revanche, la faveur pour la filiation légitime sous l’ancien droit et le CC n’a pris fin qu’en 1972 avec la reconnaissance de l’égalité des filiations. Les évolutions sont particulièrement tardives.

**Section 1 : L’ancien droit :**

Au terme de l’époque franque où la filiation reposait sur les liens du sang et où la parenté maternelle exerçait une certaine primauté sur la parenté paternelle, l’Eglise a développé une compétence exclusive en matière de mariage qui a des répercussions sur la filiation. Ainsi, les règles qui la régissent au M-A empreinte à la fois au droit canonique et u droit laïque. En revanche, à partir des temps modernes, la filiation passe entièrement sous le contrôle de l’Etat.

1. **Le M-A, entre droit canonique et droit laïque**

La validité du mariage conditionne le caractère légitime ou illégitime de la filiation. Or, cette question préjudicielle (question qu’il va falloir trancher) relève de la compétence des officialités qu’Alexandre III juge exclusive au XIIème siècle alors que les coutumes régissent les effets de la filiation légitime. Cependant, à partir du XIVème siècle, la juridiction laïque tranche elle-même la question en appliquant le droit canonique. Enfin, l’adoption fait l’objet d’une conception restrictive

1. **La filiation légitime :**

La qualité d’enfant légitime suppose l’existence de certaines conditions. Sa preuve s’effectue aux moyens de techniques produisant des effets juridiques importants.

1. Les conditions de la légitimité

Est légitime l’enfant issu d’un mariage contracté à la face de l’Eglise ou clandestinement. En revanche, toute union célébrée en violation d’un empêchement dirimant est frappé de nullité et les enfants qui ont pu en naître sont illégitimes. Cette solution est apparu sévère pour ces derniers d’où 2 correctifs apportés :

* Une dispense a posteriori peut être octroyée (lorsque les époux sont parents à un degré éloigné), elle valide alors l’union rétroactivement et les enfants apparaissent légitimes. Dès le XIVème siècle, elle est plus difficile à obtenir et au XVIème, le concile de Trente réduite sa portée.
* La théorie du mariage putatif élaboré au milieu du XIIème siècle par P.Lombard. Conditions requises : mariage contracté à la face de l’Eglise en violation d’un empêchement dirimant et au moins un époux de bonne foi. Le mariage est certes nul mais par faveur pour les enfants, ils sont légitimes. Cette construction juridique est remarquable pour l’époque dans la mesure où elle fait passer d’abord l’intérêt de l’enfant et elle s’explique par la volonté de protéger contre les prétentions successorales de certains collatéraux à la mort du père ou du parent survivant.

La qualité d’enfants légitime peut aussi être acquise par l’enfant né hors mariage moyennant une légitimation. 2 formes :

* La légitimation par mariage subséquent permettant à l’enfant naturel d’accéder à la légitimité grâce au mariage de ses parents rétroactivement depuis le jour de sa naissance. S’applique même s’il est le fruit d’une relation passagère et si un parent ou les deux ont été marié entre temps. L’essentiel réside dans la capacité de contracter mariage à l’époque de la conception. L’enfant adultérin est exclu de son champ d’application. Les canonistes sont plus souples en prenant comme point de repère la naissance et non sa conception si son intérêt l’exige. Cette technique entre dans le droit canonique grâce à une décrétale d’Alexandre III.
* La légitimation par lette peut émaner de 2 autorités :
  + Par rescrit du pape emprunté au droit romain : ne produit d’effets que sur le plan spirituel en dehors des états pontificaux. Utilisé en 1202 pour les enfants de Philippe Auguste et Agnès de Méranie
  + Légitimation par lettre du roi ouverte pour ceux qui ne peuvent recourir à la légitimation par mariage subséquent. La demande peut émaner de l’enfant lui-même et produit de larges effets, notamment sur le plan successoral en l’absence d’enfants légitimes. Ce pouvoir a été reconnu au roi de France par le pape Innocent III dans sa décrétale Per Venerabilem en 1202 au cours de laquelle il n’a pas de supérieur temporel.

1. La preuve de la légitimité :

Dès la fin du XIIème siècle, le droit canonique manifeste également sur ce point sa faveur pour la filiation afin que l’enfant puisse tenir en échec les prétentions des tiers ou se défendre en cas de désaveux de son père. Canonistes et romanistes ont admis 2 modes de preuves :

* La possession d’état : preuve par excellence : nécessite la réunion de 3 éléments :
  + La nominatio : enfant qualifié de fils ou fille et que le lien de filiation soit reconnu
  + Le tractatus : le traiter comme son enfant en l’élevant. Les juristes en font même un élément essentiel de la possession d’état
  + La Fama : Réputation vis-à-vis de la famille et des voisins

C’est la réunion de ces 3 composantes qui donne à la possession d’état sa portée. En effet, elle tient même en échec le serment de la mère en dépit de son fondement testimonial.

* Présomption de paternité : création des canonistes mais ses effets ont été renforcées par les glossateurs et les post-glossateurs (spécialistes droit romain). Adage pater is est quem nuptiae demonstrant : Le père est celui que le mariage désigne. Adage posé dès la fin du XIIème siècle mais sa portée a évolué. Au départ, il sert à définir et identifier le père et l’enfant. Par la suite, il remplit une fonction protectrice vis-à-vis des tiers en faisant peser sur eux la charge de la preuve de l’adultère de la mère, l’enfant étant présumé légitime sauf preuve contraire. Les glossateurs et post-glossateurs élargissent encore sa portée pour refuser l’action en désaveu du mari lorsque la femme dont l’adultère a été prouvé a continué à vivre avec son époux. Seules sont admises au XIVème siècle l’impuissance et une longue absence car l’adultère n’est plus qu’une cause de séparation. En pratique, le désaveu du mari se raréfie. Les juristes sont intervenu pour le protéger par le biais de la présomption de paternité mais aussi en admettant la possibilité de longue grossesse dès la fin du XIIIème siècle. Certains reconnaissent même qu’elle peut excéder 11 mois. Par la même, le mariage se trouve renforcé à la fois comme fondement de la famille et comme générateur des faits juridiques.

1. Les effets de la légitimité :

Filiation fait naitre droits et devoirs entre parents et enfants. L’Eglise souligne les devoirs, les plaçant avant les droits. Elle se place dans la ligne du droit romain et franc qu’elle renforce même. L’obligation alimentaire des parents répond au devoir d’obéissance et de respect des enfants et à la puissance paternelle et à la mainbournie répond la vocation successorale de l’enfant.

L’obligation alimentaire des parents est régie par le droit canonique qui en fait le corollaire du lien de filiation. Elle est due par le père. Son refus est assimilé à un acte impie et provoque la perte de la puissance paternelle. Les aliments font l’objet d’une interprétation expansive qui englobe tout ce qui est nécessaire à l’entretien et l’éducation de l’enfant. Les juristes considère que sa vocation successorale en constitue le prolongement et que l’exhérédation équivaut à un refus d’aliment.

1. v
2. **Vdf**
3. **v**
4. **Vf**
5. **Dzf**
6. **vds**