

SÉANCE II

Romuald Szramkiewicz

LA RÉVOLUTION FRANÇAISE ET LE DROIT DE LA FAMILLE

Une masse législative considérable est à mettre à l'actif de la Révolution française. S'y ajoutent quatre projets officiels de Code civil qui se succédèrent sans aboutir. Les domaines les plus connus, les plus marquants, les plus étudiés aussi concernent le droit public, la liberté du Commerce et de l'Industrie, le droit de la propriété. Ce sont eux qui ont donné à la Révolution son caractère „bourgeois”, ce sont eux qui se péreniseront au XIX^e siècle car conservés à bien des égards intacts par Napoléon I^{er}. Mais ce seront aussi ceux qui subiront le plus les atteintes du XIX^e siècle socialisant. Au contraire, le droit intermédiaire de la famille n'a pas eu le même succès. Avec le Code civil de 1804, Napoléon lui tourne le dos. Le XIX^e siècle continue, amplifie parfois cet éloignement. La mémoire publique comme la recherche historique l'oublie. Ce n'est vraiment que depuis cette deuxième moitié du XX^e siècle qu'il redevenu un objet d'études. Sans doute car élément d'actualité: en effet le droit nouveau de la famille élaboré par la V^e République française retrouvait les principes et les buts des hommes de 89 et de l'An II¹.

Dans le champ du droit de la famille la Révolution s'est montrée très moderne. Elle est allée très loin. S'il n'y avait pas eu la chute de Robespierre et la réaction thermidorienne, on aurait pu assister à des développements surprenants. Mais la Révolution partait aussi de très loin. Plus encore que tout autre, le droit de la famille de l'Ancien Régime constituait pour les révolutionnaires un épouvantail par rapport aux principes nouveaux. Miroir de l'État monarchique et de l'Église catholique, la famille appelait dès 1789 des aménagements nécessaires.

¹ En particulier: A. Dejace, *Les règles de dévolution successorale sous la Révolution (1789-1794)*, Bruxelles 1957; M. Garaud, R. Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, Publ. de la Faculté de droit de Poitiers, Paris, P.U.F., 1978; A. H. Houssen Jr., *Le droit du mariage au cours de la Révolution française*, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 1979, p. 9-51 et 99-127.

Cellule monarchique. Le mari-père imposait sa puissance à ses sujets: femme, enfants, petits-enfants. La *Déclaration royale* de 1639 avait bien établi le parallèle en „considérant que la révérence naturelle des enfants envers leurs parents est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leur souverain”. L'autorisation des parents était nécessaire pour le mariage des garçons jusqu'à 30 ans, des filles jusqu'à 25 ans. La sanction pouvait aller jusqu'à la peine de mort; en fait elle se bornait à la privation d'héritage pour l'enfant marié sans consentement parental ou, plus simplement, à l'annulation du mariage au terme d'une procédure appelée procédure du „rapt de séduction”². Notons que cette politique de lutte contre les mésalliances était en opposition flagrante avec le droit de l'Église chrétienne. Même le Concile de Trente (en 1563), avait bien précisé que le mariage était un sacrement que les époux s'administraient eux-mêmes, par leur libre consentement.

Le père de famille pouvait faire emprisonner son enfant indocile, sans le moindre contrôle judiciaire; de la même façon il pouvait faire enfermer dans un monastère, sa vie durant, son épouse adultère. C'était le mari qui gèrait le bien de la communauté. Le droit successoral reflète lui aussi la constitution royale: le droit d'aînesse, véritable privilège qui ne s'applique pas que dans la noblesse, ou la constitution d'héritier dans le Midi, permet de transmettre l'essentiel des biens à un seul fils, excluant ainsi les cadets et les filles. Évitant au maximum les partages il assure la continuation des fortunes nécessaires aux classes dirigeantes sur lesquelles s'appuie la monarchie.

Cellule catholique. Dans la „monarchie très Chrétienne” les évènements familiaux doivent obligatoirement passer par l'Église. C'est elle qui tient l'état-civil. La naissance se provue par l'acte de baptême, la mort par celui de la sépulture. Il n'y a de mariage que religieux. Aussi le divorce n'existe-t-il pas. Son absence crée des situations sans issue dans des ménages d'autant plus vite désunis que les époux ne se sont pas choisis. Bien évidemment la contraception est un péché mortel, l'avortement un crime. L'enfant né hors mariage (le bâtard) est totalement exclu des successions de ses parents (il a tout au plus le droit de demander des „aliments”) et se voit toute sa vie frappé de déchéances sociales. Il ne pouvait exercer de fonction publique, ni de justice, ni sacerdotale, sauf dispense bien entendu. Il ne pouvait hériter ni disposer de ses biens³.

C'est vis-à-vis des aspects aberrants de ce droit par rapport aux principes nouveaux que l'Assemblée constituante commence à être vivement sollicitée.

² Sur ce sujet: J. Ghestin, *L'action des Parlements contre les mésalliances aux XVII^e et XVIII^e siècles*, R.H.D., 1956, p. 74-110 et 196-224.

³ Sur le droit de la famille sous l'Ancien Régime: G. Lepointe, *La famille dans l'Ancien droit*, Montchrestien, 5^e éd.; J.-Ph. Levy, *Histoire du droit privé. La famille*, éd. des Cours du droit; P. Ourliac, J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 3, *Le droit familial*, P.U.F., Coll. Thémis, Plus récemment, J. Gaudemet, *Le mariage en Occident*, és. du Cerf, 1987.

En effet tout le monde se sent concerné: femmes plus encore, cadets, filles, bâtards... Les pétitions sont nombreuses, individuelles ou collectives, à parvenir à l'Assemblée. La barrière des privilèges une fois tombée dès le mois d'août 89, celle de la religion dans les mois qui suivent, les pétitionnaires, les penseurs grands et petits se déchaînent se faisant souvent l'écho de réclamations individuelles. Alors que la réforme de la famille est loin d'être la préoccupation première des constituants, assez modérés sur cette question (d'ailleurs n'y-a-t-il pas un quart de l'assemblée encore composée de membres du clergé?), ils vont s'y voir poussés à la fois par une „intelligentsia” revendicatrice et par une masse populaire dans l'esprit de qui, à tort ou à raison, une profonde modification du droit de la famille marquée en particulier par le divorce contraire aux lois de l'Église, s'assimilait à la victoire définitive de la Révolution.

Des orateurs à l'Assemblée saisissent des occasions pour rappeler le problème de la famille et qu'il est temps d'étendre les principes de 1789 aux situations familiales. Ainsi durant l'été 90, à propos de la discussion de la loi d'Organisation judiciaire, à propos des nouveaux tribunaux de famille, un député, Gossin, peut-il s'exclamer dans le style grandiloquent de l'époque: „Après avoir rendu l'homme libre et heureux dans la vie publique, il vous restait à assurer sa liberté et son bonheur dans la vie privée [...]. Il convenait donc après la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de faire pour ainsi dire la déclaration des droits des époux, des pères, des fils, des fils, des parents [...]. Eh quoi, Messieurs, partout où vous aurez trouvé des fers, vous les aurez brisés [...] et les victimes de l'abus conjugal n'ont point encore fixé vos regards Quand la voix publique appelle sur elles votre pitié, quand cinquante ouvrages, tous les journaux, tous les cercles réclament pour elles votre justice [...]. Je vous en conjure donc, assurez à jamais la liberté individuelle en (créant le divorce) [...]”. Ce divorce effrayait encore les constituants. La motion de Gossin ne fut pas acceptée⁴.

Ce n'est que peu à peu, sous diverses influences, mues par diverses considérations politiques, conjoncturelles, que la Législative puis la Convention surtout vont mettre en chantier un train de lois et apporter ainsi des transformations radicales à la famille de l'Ancien Régime.

Dès 1791, la décision avait été prise (loi du 2 septembre 1791) qu'„il serait fait un code de lois civiles communes à tout le royaume pour bien définir les lois de liberté, de propriété et de libres contrats”.

On sait que quatre projets se succédèrent et qu'aucun n'aboutit. Mais certaines lois prises pour elles-mêmes, certaines parties de ces codes furent adoptées tout de suite, quelques lois furent prises pour elles-mêmes. L'ensemble constitue une masse suffisamment importante pour avoir modifié profondément la famille française pendant quelque temps, dans le sens des

⁴ Arch. Parl., I^{ère} série, t. 17, p. 616 s.

principes de la *Déclaration des droits*. Mais avant de passer à leur étude, il nous semble juste de faire auparavant deux observations préliminaires.

– Si ce sont bien la liberté et l'égalité les deux moteurs des réformes de la Révolution dans le droit de la famille, il ne faut pas oublier que le législateur de l'époque eut d'autres sources d'inspiration: et poursuivit aussi d'autres buts: l'élan vers la laïcité est indéniable. L'influence protestante est là à souligner. Elle se marquera par le mariage civil et son corollaire le divorce, par l'égalité entre enfants.

– La tenue des actes de l'État-civil est retirée au Clergé par la loi du 20 septembre 1792 et confiée aux municipalités. Cette loi qui sécularisait l'état-civil ne fit peut-être pas beaucoup de bruit mais son importance n'a pas échappé aux historiens de la Révolution. Cent ans plus tard Jean Jaurès considérait qu'elle avait été „une des mesures les plus profondément révolutionnaires qui aient été décrétées. Elle atteignait jusqu'en son fond la vie sociale”⁵. L'Église se trouvait en effet désormais écartée des actes les plus graves de la vie humaine. C'est également de l'époque révolutionnaire que date la pratique des baptêmes civiques (ou parrainages civils), à la Mairie, dont la mode ressurgirait ces dernières années.

L'Antiquité sera un grand modèle et son inspiration atteindra tous les secteurs de la construction révolutionnaire. Les tribunaux de famille que nous avons déjà cités, les projets d'éducation républicaine de Le Pelletier de Saint-Fargeau, l'institution de l'adoption pour ne citer qu'eux en seront l'application dans le domaine de la famille⁶. Enfin, architecte néoclassique à sa façon le législateur de la Révolution voudra appliquer à la famille aussi les principes d'uniformité, d'unité que l'ont guidé dans la reconstruction des institutions françaises et qui appliquant à tous les français quelles que soient leur qualité ou leur région le même droit rejoignaient le principe d'égalité.

– Enfin avant de passer au corps de cette communication, il nous semble juste de ramener à la mémoire du lecteur, du français de la fin du XX^e siècle, les noms de législateurs des assemblées révolutionnaires tombés dans l'oubli. Bien évidemment certains noms fort connus vont apparaître dans notre propos et leur rôle fut décisif, c'est certain, pour l'évolution du droit de la famille: Robespierre, Le Pelletier de Saint-Fargeau, Cambacérès, voire Cambon, Chabot de l'Allier, Merlin de Douai...

Mais qui se souvient maintenant de Léonard Robin, d'Oudot, de Léonard Bourdon, d'Aubert-Dubayet, de Félix Faulcon, de Garan de Coulon? Et pourtant Robin de la Charente fut le père de la loi qui rétablissait le divorce en France après mille cinquante ans, Oudot de la Côte-d'Or celui de la loi sur

⁵ J. Jaurès, *Histoire socialiste*, La Convention nationale, 1^{ère} partie, p. 227.

⁶ J. Bouineau, *Les toges du pouvoir ou la Révolution de droit antique*, Toulouse, Privat, 1986 et communication de C. Nicolet dans ce même volume.

l'adoption, Garan de Coulon l'inspirateur du système successoral égalitaire de la loi de Nivôse an II et donc de notre système actuel de partage.

Il convenait à mon avis de rendre un hommage à ces législateurs obscurs qui ont fait, comme des centaines d'autres, l'étonnant travail de reconstruction des institutions françaises.

Nous allons retrouver maintenant comment ils ont fait passer le principe de liberté et celui d'égalité de la *Déclaration* dans le droit de la famille française.

I. LA LIBERTÉ DANS LA FAMILLE

Elle doit jouer entre les époux mais aussi entre parents et enfants.

1. La liberté entre époux: La réapparition du divorce⁷

Le divorce, courant à l'époque romaine, avait disparu de France dès le Moyen Âge. Le droit d'une monarchie catholique ne pouvait l'admettre. Tout au plus pouvait-on, au bout d'une procédure longue et périlleuse, faire reconnaître l'annulation du mariage en Cour de Rome.

Or la mentalité du XVIII^e siècle supportait mal son absence et tout un courant de pensée s'était fait jour en faveur de son rétablissement.

Les juristes comme Montesquieu et Voltaire qui ne voyaient dans le mariage qu'un contrat civil que les deux parties gardaient la liberté de rompre, les sensualistes comme Condillac, d'Holbach, les démographes utopistes comme le maréchal de Saxe ou Diderot dans son *Supplément au Voyage de Bougainville*, nombreux étaient les philosophes des Lumières à réclamer le mariage civil, l'instauration du divorce, voire à proner les bienfaits de l'union libre.

Ces idées des Lumières montrent bien que le divorce était dans l'air à la fin de la Monarchie. En face, des ouvrages de second ordre avaient montré les aspects humains de la question, les situations sans issue auxquelles l'absence de divorce condamnait trop d'hommes et de femmes mal mariés. Le *Cri d'un honnête homme* (1769) du chevalier de Cerfvol décrivait le malheur d'un honnête homme, mari trompé qui ne pouvait divorcer; le *Cri d'une honnête femme* celui d'une jeune fille mariée par ses parents à un débauché et à qui ne

⁷ Sur cette question, les ouvrages maintenant bien anciens de F. Olivier-Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire 1789-1804*, thèse droit, Paris 1901, et de G. Thibault-Laurent, *La première introduction du divorce en France sous la Révolution et l'Empire*, thèse droit, Montpellier 1939 (avec statistiques).

restaient que „l'adultère et la stérilité”. Néanmoins les *Cahiers de doléances aux États Généraux* furent très peu nombreux à demander le divorce (3 sur toute la France).

Avec le bouillonnement des idées de liberté, d'hostilité à la religion amené par 1789, l'offensive divorciaire, très liée au mouvement féministe et surtout localisée à Paris, va se dérouler dans une atmosphère de fièvre. Les ouvrages, les pétitions se multiplient, dans un style pompeux. Ils posent le problème de la liberté de la femme, des motifs possibles de divorce, de l'éducation des enfants de divorcés. La querelle des divorciaires et des anti-divorciaires (évêques, prêtres) ne gagne l'Assemblée trop occupée, qu'à partir de l'été 1790, lorsqu'elle apparaît liée à la question religieuse et à celle de la nouvelle organisation judiciaire. Après la publication de la Constitution de 1791 qui pose que „la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil” et crée l'état-civil laïque, les pétitions affluent venant de citoyens et citoyennes qui veulent divorcer, les réclamations populaires (surtout féministes s'accroissent et le Comité de Législation, à son corps défendant, doit proposer à l'Assemblée un texte qui sera voté le 22 septembre 1792. La discussion montre bien que la question du divorce est liée à celle de la liberté. Cette loi de 1792 qui établit le divorce s'est montrée souple sur la procédure, confiée à des tribunaux de famille, et très généreuse pour les motifs: à l'adultère, aux sévices et injures graves, à la condamnation à des peines criminelles, s'ajoutent la folie d'un des conjoints, l'abandon du domicile conjugal pendant 2 ans, et le consentement mutuel qui ne font pas partie de notre droit français actuel que depuis la loi de 1975. Il faut même ajouter l'incompatibilité d'humeur. La garde des enfants est confiée, quels que soient les torts, jusqu'à l'âge de sept ans à la mère; à partir de cet âge les fils seuls sont confiés au père.

La nouvelle loi déchaîne l'enthousiasme, enthousiasme de tous ceux qui veulent divorcer bien évidemment (et les premières années, de 1792 à 1796, connaissent un véritable raz de marée sur les divorces: 35% du nombre des mariages célébrés à Paris), enthousiasme des Jacobins aussi car la loi de 1792 est la manifestation d'hostilité la plus parfaite contre les anciennes traditions. En effet c'est bien sur le principe de liberté individuelle de la *Déclaration des droits* qu'est fondée cette législation. La loi sur le divorce a bien été présentée comme un moyen de délivrer la femme du despotisme marital. En février 92 une pétition de citoyens de Paris lue par Aubert-Dubayet contenait le propos suivant: „Considérez que les nations étrangères ne croiront pas que nous établissons le règne de la liberté et de l'égalité si la puissance paternelle et la puissance maritale et la puissance paternelle gardent le caractère du despotisme”.

Les jacobins s'efforceront en 1793 et 1794 d'accentuer le caractère „permissif” de la loi par la réduction des délais, la suppression des formalités (de „la chicane”), la création de nouveaux motifs (émigration, „aristocratie”),

les facilités données aux remariages rapides. Certains auteurs (de Bonald,...) pourront parler pour les dernières années de la Révolution de „polygamie successive”.

D'ailleurs certains pétitionnaires demandaient même l'établissement de la polygamie au nom de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* car „c'est un usage barbare qui a contraint l'homme à n'épouser qu'une seule femme”.

Le Code civil napoléonien maintiendra le divorce mais restreindra ses modalités.

Autre volet de la liberté dans le mariage, l'Assemblée Législative, du fin 1791, confirmera le droit de se marier pour les prêtres et les religieuses, renvoyés à la vie civile par la Constitution civile du Clergé de 1790 ou ayant abjuré: „L'intention de la Nation n'est pas de vouer au célibat une classe de citoyens, de la condamner à un état que la nature réproouve et auquel elle n'est assujettie par aucune loi”. Afin d'encourager la „déprêtrisation”, la Convention décide de continuer le versement de leur pension aux prêtres mariés et fera de leur mariage une manifestation politique (célébration devant la Convention elle-même).

2. Liberté entre parents et enfants

Le goût du siècle était à l'enfant, à la liberté de l'enfant. Aux rapports froids et durs du siècle classique, on essayait de substituer des rapports de liberté dans l'affection, l'affection „naturelle”⁸. *Paul et Virginie* de Bernardin de Saint-Pierre va être le succès de Librairie de l'année 1789. Les révolutionnaires vont subir les influences de cette mode. Ils vont essayer de réduire la tyrannie des pères sur leurs enfants. Une loi du 28 août 1792 supprime la *patria potestas* des pays de droit écrit. Elle fut prise après un virulent discours de Cambon qui, comme on le sait, venait de l'Hérault. Les majeurs ne sont plus soumis à la puissance paternelle. La loi du 20 septembre suivant – loi sur l'état-civil – unifie l'âge de la majorité à 21 ans pour tous le pays et les deux sexes. Le consentement des parents au mariage n'est exigé que jusqu'à cet âge. La possibilité de déshériter ses enfants sera réduite au minimum, comme nous le verrons plus bas, par la loi de Nivôse an II. Surtout l'exercice de la puissance paternelle va être partagée. La mère sera associée aux pouvoirs du père (à partir de ce moment les textes emploient l'expression „le père et la mère”). Les décisions importantes en matière de droit de correction devront être prises par un tribunal de famille de 6 à 8 parents ou amis. L'instauration de cette

⁸ Ph. Aries, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Paris, 2^e éd., 1973; E. Badinter, *L'amour en plus*, Paris 1980.

juridiction, présidée d'ailleurs par le juge de paix et non par le père de famille, dilue l'influence de ce dernier et lui retire tout pouvoir de décision. En raison de l'abolition des lettres de cachet, c'est au tribunal de famille qu'il appartient de „corriger par des voies légales les jeunes gens qui, encore sous l'autorité de leur père, méconnaissent cette autorité et donnent les plus justes sujets d'alarme sur l'abus qu'ils peuvent faire de leur liberté”⁹. Le tribunal de famille ne pourra de toute façon ordonner l'emprisonnement de l'enfant que pour un an au maximum et sa décision sera soumise au contrôle du Tribunal civil.

Sous la Convention, Berlier proposera même d'abolir la puissance paternelle. Dans son projet de février 93¹⁰ la loi ne devait plus reconnaître de la part des pères et mères que la „surveillance” et la „protection” envers leurs enfants. Il ne fut pas voté, les pères du marais de la Convention restant très attachés à leurs prérogatives familiales comme ils le montreront aussi lorsqu'apparaîtront certains plans d'éducation nationale qui proposeront d'enlever les enfants à leurs parents dès l'âge de 5 ans, pour les faire élever en commun, sous la garde de la République.

En sens inverse, la Révolution allait donner aux parents la liberté de choisir des enfants selon leur coeur. La 18 janvier 1792 l'Assemblée Législative rétablissait en France l'adoption disparue avec l'Empire romain. „Tous les peuples libres ont connu l'adoption”¹¹. Fondée sur le volontarisme, une telle mesure pouvait rentrer dans la politique anti-religieuse de la Révolution: permettant à l'homme de choisir ses enfants librement, de constituer à son gré sa famille et sa descendance, elle l'assimilait à Dieu. Permise même aux pères ayant d'autres enfants – il n'y avait qu'une seule limite: on ne pouvait adopter plus de 12 enfants! – cette mesure avait pour résultat de pousser à la division des fortunes et rejoignait ainsi les préoccupations d'égalité par la famille.

II. L'ÉGALITÉ DANS ET PAR LA FAMILLE

La famille doit être le point d'application des idées d'égalité naturelle et d'égalité politique. Le divorce que nous venons de voir est déjà un pas vers l'égalité de l'homme et de la femme, l'éducation collective vers l'égalité de naissance, l'égalité entre enfants. Mais la famille peut être aussi le moyen

⁹ Discorus de Thouret, „Moniteur” du 6 août 1790, t. 27.

¹⁰ Discours du projet de loi de Berlier, Arch. nat., AD II, 48.

¹¹ Rougier – Labergerie, discours du 18 janvier 1792, Arch. Parl., t. 37, p. 480.

d'arriver à l'égalité matérielle et politique, en particulier par les partages égaux des héritages qui feront disparaître assez vite les fortunes.

1. Égalité du mari et de la femme

Cette question est à rattacher au problème plus large du mouvement féministe du XVIII^e siècle qui s'accroît sous la Révolution¹². Au XVIII^e siècle, alors que le droit et la religion considèrent la femme comme un être inférieur, la femme prend une part de plus en plus grande dans l'activité sociale. Aussi, philosophes et écrivains se penchent-ils sur sa condition, mais se montrent partagés. Nombreux sont les misogynes comme Rousseau (qui écrit dans l'*Emile*: „les femmes sont de grands enfants”), ses disciples (Robespierre p. ex.) et Voltaire pour qui l'homme a beaucoup de supériorité par la force du corps et même celle de l'esprit. Mais d'autres revendiquent l'émancipation de la femme. A leur tête, Condorcet qui en 1788 fait paraître un véritable plaidoyer en faveur du *Droit politique des femmes* et réclame des réformes immédiates pour leur permettre de l'exercer.

Cette division trouve ses répercussions dans le folklore, l'imagerie populaire du XVIII^e siècle. A côté d'un fond de dictons paysans ou d'estampes misogynes, on voit apparaître une imagerie féministe représentant le mari fouetté par sa femme, ou le „monde à l'envers” (le mari file la quenouille, berce le bébé, la femme porte le mousquet et fume la pipe). Mais ce mouvement touchait peu les campagnes, surtout la bourgeoisie des villes et encore plus celle de Paris. Les doctrines féministes semblent avoir exercé une certaine influence sur la rédaction des *Cahiers des députés aux États Généraux*: Certains demandent en effet une meilleure organisation de l'enseignement féminin, la fin du préjugé contre les filles-mères, le droit pour les femmes de gagner leur vie, et, en droit privé, l'égalité dans les successions, la réforme du mariage. Dès le début de la Révolution, ce n'est plus un simple mouvement d'idées favorables à l'amélioration de la condition de la femme, mais un véritable mouvement féministe tendant à son affranchissement qui apparaît. Un trentaine de brochures paraissent tant à Paris qu'en province: *Requête des dames à l'Assemblée nationale* demandant pour les femmes l'accès aux offices de la magistrature et à tous les emplois exercés par les hommes, *Cahiers de la*

¹² Sur ces questions on peut lire l'ouvrage déjà ancien de L. Abensour, *La femme et le féminisme avant la Révolution*, Paris 1923, mais réédité à Genève en 1977. Beaucoup plus récents: M. Albistur, D. Armogathe, *Histoire du féminisme français du Moyen Âge à nos jours*, Paris 1977 (surtout p. 173-238); M. Cerati, *Le club des citoyennes républicaines révolutionnaires*, Paris 1966; M.-P. Duhet, *Les femmes et la Révolution (1789-1794)*, Coll. Archives, Gallimard, 1971; A. Soprani, *La Révolution et les femmes, 1789-1796*, MA éd. 1988. Sur Condorcet, E. et R. Badinter, *Condorcet, un intellectuel en politique*, Fayard 1988.

Charente ou des dames d'Angoulême, etc. En 1791, Olympe de Gouges publie *La déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* qui revendique l'égalité civile, politique et économique des sexes. Théroigne de Méricourt crée la Société des Femmes Républicaines Révolutionnaires. A ce mouvement relativement aristocratique et bourgeois que représentent Olympe de Gouges, Théroigne de Méricourt et la baronne d'Aelders correspond dans les masses populaires celui de Pauline Léon et de Claire Lacombe. Certains hommes se joignent à elles: Anacharsis Cloots et Condorcet qui reprend leurs idées à l'Assemblée législative où il siège et publie l'*Admission des femmes au droit de cité*. L'opinion dans son ensemble n'est pas favorable à l'égalité de la femme avec l'homme. Les petits bourgeois, les paysans même s'ils adoptent en politique les idées nouvelles gardent sur les droits du mari des idées traditionnelles. A l'Assemblée, formée de juristes, provinciaux pétris d'idées rousseauistes (et mécontents par la reine) presque tout le monde est hostile à l'émancipation des femmes. Aussi lorsqu'à la fin de 1792, la Société des Femmes Républicaines Révolutionnaires de Théroigne de Méricourt est accusée de créer des troubles, la Convention s'empresse-t-elle de voter, dans la journée, la loi qui interdit aux femmes de s'occuper de politique, et prononce la dissolution de tous leurs Clubs.

Il faut noter une distorsion sur cette question de la femme entre le droit public et le droit privé révolutionnaires. Ce dernier est beaucoup plus compréhensif, généreux, égalitaire, même si ce n'est qu'en projets ou par accidents: indéniablement les femmes retrouvent une meilleure place dans la famille. Leurs conquêtes se marquent par la disparition de l'inégalité entre garçons et filles pour les successions, la suppression du délit d'adultère dans les codes pénaux de 1791 et 1795, et surtout l'instauration du divorce considérée comme une victoire féminine. Même si la loi de 1792 donna la priorité au consentement du mari lors du mariage des enfants mineurs, les femmes accèdent à la puissance paternelle.

Les deux premiers projets de code civil dus à Cambacérès voulaient fonder un régime de biens entre époux fondés sur les principes de liberté et d'égalité; le mari n'aurait plus été le chef exclusif de la communauté en abolissant la puissance maritale. „Le principe d'égalité, disait Cambacérès, doit régler tous les actes de notre organisme social [...]. Le époux auront un droit égal pour l'administration de leurs biens”. Danton, Desmoulins, Couthon étaient du même avis. Beaucoup plus pour des raisons de politique: en abolissant la puissance maritale, ils espéraient rallier les femmes à la Révolution. Mais ils se heurtent à la résistance des juristes de l'Assemblée. Aucun des deux projets comme on le sait ne fut accepté. Aussi Cambacérès renonça-t-il à cette administration commune des époux dans son 3^e et dernier projet.

Les codes napoléoniens ne feront que renforcer l'incapacité de la femme mariée et d'une façon générale l'infériorité de la femme vis-à-vis de l'homme.

2. L'égalité entre enfants

Ce sera essentiellement la suppression des différences entre le „bâtard” et l'enfant légitime. Avec l'idée de nature apparaît pour la première fois à l'époque l'expression d'„enfant naturel” qui vient remplacer celle de bâtard. Ce changement de terminologie traduit un mouvement plus profond, dans ce siècle des lumières, en faveur des enfants illégitimes. L'Académie de Metz en 1785 avait donné „les droits et l'état des bâtards” comme sujet de concours, et le jeune avocat Maximilien Robespierre avait prononcé à cette occasion un discours fort modéré: s'il voulait „que la loi n'imprime plus aucune espèce de tache aux bâtards, qu'elle ne punisse point en eux les faiblesses de leur père en les écartant des dignités civiles et même des ministères ecclésiastiques, [...] qu'on ne juge plus comme l'a fait l'Église que les inclinations perverses de ceux qui leur ont donné le jour, soient censées leur avoir été transmises avec le sang”, en revanche il admettait que „pour l'intérêt des moeurs, pour la dignité du lien conjugal, il convient de ne lui accorder aucun droit de famille”¹³. Beaucoup de *Cahiers de doléances* protestent contre le sort des bâtards mais aucun ne demande leur assimilation aux enfants légitimes. Dans le même sens quelques articles de journaux (le *Moniteur*) et des pétitions (de bâtards) demandent à la Constituante puis à la Législative de reconnaître des droits aux bâtards. La *Déclaration des droits de l'homme* en proclamant tous les citoyens égaux devant la loi, admet l'aptitude générale des bâtards aux fonctions publiques. Mais en ce qui concerne le droit privé, les deux Assemblées ne vont faire que des projets très modérés qui, pourtant, rencontrent une vive opposition à noter un projet du Chappelin. Ce sera à la Convention républicaine de prendre enfin des mesures; elle ira plus loin que l'opinion publique ne l'aurait sans doute souhaité. Le système des conventionnels est fondé d'abord sur l'idée de liberté („Dans un gouvernement fondé sur la liberté, les individus ne peuvent être la victime de leur père”), mais surtout sur l'idée d'égalité. Il est donc injuste d'accorder des privilèges à l'enfant légitime, comme s'il pouvait y avoir deux sortes de paternité. C'est en outre un préjugé religieux de considérer comme honteuse la naissance hors mariage et d'imposer aux auteurs de l'enfant naturel une faute dont celui-ci devrait subir les conséquences. Mais aussi, il s'agit d'ouvrir la famille à des personnes qui, jusque là, en étaient écartées. La République y gagnera des partisans. Comme l'adoption, la vocation successorale de l'enfant naturel, au même rang que la famille légitime, sera un moyen de fractionner les fortunes, résultat ardemment souhaité par les révolutionnaires.

Dépassant les projets présentés par son Comité de Législation, la Convention vota par la loi du 12 Brumaire An II (2 novembre 1793), l'assimilation

¹³ Le discours de M. Robespierre a été édité par L. N. Berthe et M. de Langre, Arras 1971.

complète de l'enfant naturel à l'enfant légitime, en particulier la même part dans les successions, et ceci rétroactivement au 14 juillet 1789. Il y a néanmoins une certaine hypocrisie dans l'attitude des Conventionnels. L'égalité ne paraît que pour les enfants officiellement avoués par leurs parents c'est-à-dire ayant fait l'objet d'un acte de reconnaissance, soit d'une suite de soins ininterrompus pour leur entretien et leur éducation.

Bien qu'elle ait exclu aussi du bénéfice de la loi les enfants adultérins, la Convention atteignait là un des sommets de ses efforts pour assurer la fraternité et l'égalité des individus. Bien entendu, fini l'élan de 1793, le législateur et la jurisprudence commencent à reprendre ce qui avait été donné par la loi de Brumaire, en minimisant sa portée et en abolissant son effet rétroactif au VI^e. Le Code civil l'abrogera. Il n'en reste pas moins que l'enfant naturel a connu pendant les quelques années de la Révolution un statut qu'il ne retrouvera dans l'histoire de la législation française qu'en 1972.

La disparition du privilège de l'aîné par rapport à ses cadets (nuit du 4 août 1789), des frères par rapport à leurs soeurs constitue l'un des volets de l'égalité successorale.

3. L'égalité dans les héritages¹⁴

Si la Révolution française avait été vraiment révolutionnaire, elle aurait tout simplement supprimé l'héritage. Mais personne n'y songea (sauf peut-être Babeuf) car il était lié à la sacro-sainte idée de propriété, et tout ce que l'on fit fut d'accorder le droit successoral avec les idées politiques. Les Assemblées furent facilement d'accord pour l'unifier au nom de l'égalité humaine (nuit du 4 août 1789: plus de distinction entre nobles et roturiers, plus de droit d'aînesse, plus de fiefs) et au nom de l'égalité des régions (un seul et même droit pour tout le territoire national) ce qui aboutissait naturellement à sa simplification. Mais le débat va se porter sur la définition et le contenu de ce droit successoral commun. Au moment même où l'on commence à en discuter à l'Assemblée (avril 1791), Mirabeau meurt mais le discours qu'il avait préparé à ce sujet est lu par Talleyrand devant l'Assemblée „pénétrée de douleur” et il pose bien des principes directeurs: „Il n'y a plus d'aîné, plus de privilèges dans la grande famille nationale; il n'en faut plus dans les petites familles qui la composent. Moins les lois accorderont au despotisme paternel, plus il restera de force au sentiment et à la raison. [...] Si la nature a établi l'égalité d'homme à homme, à plus forte raison de frère à frère [...]”¹⁵.

¹⁴ Rappelons l'ouvrage d'A. Dejae, *op. cit.*

¹⁵ Le célèbre discours de Mirabeau lu par Talleyrand a été donné intégralement par le „Moniteur”, Réimp. VIII, 34, les Arch. Parl., t. 24, p. 510 s., etc.

C'est donc une égalité pure et simple entre enfants qui est suggérée, avec abolition de la liberté de tester du père. Cette attitude s'accordait avec les idées antireligieuses, matérialistes selon lesquelles la volonté et la pensée de l'homme meurent avec lui. Robespierre s'exclamait: „L'homme peut-il disposer de la terre qu'il a cultivée, lorsqu'il est lui-même réduit en poussière?”

Si les représentants des départements du Nord de la France (les plus nombreux), aux grandes propriétés, acceptent assez facilement ce point de vue, il n'en est pas de même de ceux du Midi, pays de droit romain, où l'on respecte l'autorité du *pater familias* et surtout pays de polyculture, de petites propriétés difficiles à diviser. C'est le début d'une politisation des débats qui ne se cache plus sous la Convention. La Convention désire morceler au maximum les grandes et moyennes fortunes (qui par hypothèse sont réactionnaires), aboutir en peu de générations à les transformer en petites fortunes (démocratiques), favoriser les héritiers jeunes par rapport aux héritiers âgés nostalgiques de l'ordre ancien, empêcher les préférences des pères de famille qui auraient tendance à favoriser leurs enfants „aristocrates” au détriment de ceux qui auraient adopté l'ordre nouveau. En résumé il s'agissait d'empêcher les préférences, les donations et d'établir une égalité stricte entre les héritiers qui morcellerait à l'infini et redistribuerait la propriété. En outre une rétroactivité de la loi permettrait „d'aller chercher l'aristocratie jusque dans ses tombeaux”. Ce sera l'objet de la grande loi du 17 Nivôse An II (janvier 1794). Désormais les biens ne forment plus qu'une seule et même masse qui doit être partagée entre les enfants selon l'égalité absolue. Prise sous l'inspiration d'un député poitevin, Garan de Coulon, la loi de Nivôse reprenait le système des coutumes de l'Ouest plus égalitaires que les autres. La représentation est toujours acceptée, la division forfaitaire entre les côtés maternel et paternel („fente et refente”) appliquée. En l'absence de descendant, les frères, soeurs ou neveux héritent. Ce n'est qu'en troisième lieu qu'interviennent les ascendants évincés par leurs propres enfants, en quatrième lieu les cousins sans limitation de degré. A noter que le conjoint survivant est sciemment oublié. Ce sera dans l'ensemble le système du Code civil et le nôtre surtout. On ne peut plus disposer par testament que d'une infime partie de sa fortune (1/10^e si on a des enfants, 1/6^e si on ne laisse que des frères et soeurs) mais encore cette „quotité disponible” ne peut-elle être laissée qu'en dehors de la famille pour ne pas compromettre l'égalité entre héritiers.

Sur ses 90 articles, la loi de Nivôse an II en consacrait 60 à son effet rétroactif aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789 naissance de la liberté. Comme le Directoire va, de surcroît, abolir rétroactivement cette rétroactivité en l'an IV, on imagine facilement les cascades d'actes juridiques, les difficultés, les procès qu'entraînerent la réouverture de successions, les nouveaux partages, que compliquait encore la dévaluation des assignats. Le souvenir tout frais des résultats désastreux de ces mesures rétroactives explique

que les rédacteurs du Code civil aient posé dès son article 2 le principe de la non-rétroactivité des lois.

Forcément le droit révolutionnaire de la famille fera l'objet d'une réaction à l'époque napoléonienne et surtout sous la Restauration. A partir de 1804 les principes de 1789 subissent une longue éclipse.

Comme on le sait le Code civil maintient le divorce mais en restreignant ses possibilités: en particulier le motif d'incompatibilité d'humeur disparaît et les conditions mises au consentement mutuel le rendent inpraticable. Le Code revient au droit de l'Ancien Régime pour le statut de la femme mariée (contentons nous de rappeler le célèbre article 213), il restreint la liberté des enfants en restaurant la puissance paternelle, il établit une démarcation profonde entre l'enfant naturel et l'enfant légitime. En 1808, l'introduction en France du majorat modifie profondément l'égalité successorale qu'avait posé le Code, ceci reconnaissons-le seulement dans les classes dirigeantes qui seules intéressaient le gouvernement napoléonien. Il faudra attendre la Monarchie de Juillet pour revenir sur cette mesure.

Sous la Restauration, les attaques – cette fois-ci motivées de raisons religieuses, vont se faire plus violentes. L'une aboutit: en 1816, le divorce est aboli en France (et ceci jusqu'en 1884); l'autre se soldera par un échec. En 1824 Villèle qui voit l'effritement des propriétés par le système successoral du Code civil (la France devenant selon lui une „nation de mendiants aisés”) et le peu d'utilisation de la quotité disponible au profit de l'ainé (60 sur 8 000 successions) imagine un projet de loi astucieux: pour les propriétaires payant des impôts assez importants, l'affectation de la quotité disponible à l'ainé serait automatique sauf testament en sens contraire. Les clameurs des journaux libéraux qui stigmatisent là une reconstruction du droit d'ainesse, soulèvent l'opinion publique. Le projet est repoussé déjà par la Chambre des Paris. Aussi Villèle ne le présente-t-il même pas à la Chambre des Députés. Ce jour-là Paris illumine aux cris de „Vive la Charte, à bas les Jésuites” qui rappelaient étrangement les années 89.

Le XX^e siècle manifestera un paradoxe. La partie qui semblait la plus stable du droit privé révolutionnaire, s'est évanouie: on a pu assister en effet à la rapide érosion de la libre propriété si longtemps inviolable et sacrée, de la liberté contractuelle, de celle du commerce et de l'industrie. En revanche des réformes parachevées sous la V^e République ont rétabli dans le droit de la Famille les principes qu'y avait introduit momentanément le législateur de la Révolution. Pour ne citer qu'elles, la loi de 1970 a établi l'autorité „parentale”, celle de 1972 l'égalité de l'enfant naturel avec l'enfant légitime, celle de 1974 a abaissé la majorité civile à 18 ans; enfin la loi de 1975, qui étendait les possibilités de divorce à la folie, au consentement mutuel, a retrouvé les cas et la facilité de procédure de la législation de 1792; en même temps on mettait fin aux disparités de l'homme et de la femme dans l'adultère, comme l'avait voulu

le droit intermédiaire. Tout ceci peut-il nous permettre de conclure sur un surprenant modernisme de cette législation révolutionnaire qui tenta de fonder le droit de la famille sur les principes d'égalité et de liberté de la *Déclaration des droits* et sut, selon l'expression du doyen Carbonnier „compenser par la fulgurance la briéveté de son action”¹⁶

Université Paris I

¹⁶ Dans préface à l'ouvrage de M. Garaud, R. Szramkiewicz, *op. cit.*, p. IX.

LA FILIATION DANS LE CODE CIVIL DE 1804

C'est à titre de point de départ du droit civil contemporain que l'on considère normalement le Code civil de 1804; mais celui-ci est aussi le point d'aboutissement d'une longue histoire, le fruit d'une évolution qu'il convient de connaître pour apprécier à sa juste mesure le Code Napoléon particulièrement dans le domaine de la filiation. Fruit d'une éternelle histoire que rappelle lui-même l'intitulé du titre VII *De la paternité et de la filiation*: celle de la primauté mais aussi de la difficulté du rattachement au père, ce père qui commande mais aussi nourrit, sans qui bien souvent dans ce monde qui est encore celui de 1804 l'enfant risque d'être condamné à l'abandon. Tante pour la mère d'avoir les moyens de l'élever.

Fruit d'une histoire ancienne dont témoignent dans le chapitre I (art. 312 à 318) la reprise de cette règle fondamentale forgée par le droit savant à partir du droit romain: *pater is est quae nuptiae demonstrant*, mais aussi dans le chapitre II (art. 319 à 330) consacré aux preuves de la filiation légitime comme dans le chapitre III (art. 331 à 345) relatif à la filiation naturelle, la reprise de règles forgées par l'ancien droit sous l'influence notamment du droit canonique. Fruit enfin d'une histoire proche qui se marque essentiellement par le sort fait aux enfants naturels mais aussi par l'évolution de certaines règles d'origine médiévale.

Le Code Napoléon dans le droit de la paternité et de la filiation qu'il promulgue est tout cela, comme nous allons pouvoir le vérifier en examinant successivement, comme l'ont fait les rédacteurs eux-mêmes, la filiation légitime et la filiation naturelle.

I. LA FILIATION LÉGITIME

Deux chapitres sur les trois que contient le titre VII du livre I lui sont consacrés. Je laisserai de côté le premier qui a trait à la présomption *pater is*