

L'union de fait comme mariage romain : Rome, l'Église, la France d'Ancien Régime^{*}

Benoît LAPLANTE^{**}

Common-law union as Roman marriage : Rome, the Church and France before the Revolution

La unión de hecho como matrimonio romano : Roma, la Iglesia, la Francia del antiguo régimen

A união de fato como casamento romano : Roma, a Igreja, a França do *Ancien Régime*

普通法同居与罗马法婚姻：罗马、教会和大革命前的法国

Résumé

La cause «*Lola c. Éric*» a stimulé le débat sur l'union de fait telle qu'elle existe au Québec. L'arrêt rendu par la Cour suprême en janvier 2013 a conduit le ministre de la Justice à mettre sur pied un comité d'experts chargé de lui indiquer les éléments du droit de la famille québécois qu'il pourrait être opportun de réviser.

Abstract

The «*Lola v. Éric*» case fostered a debate on common-law union as it exists in Quebec. The January 2013 decree of the Supreme Court has led the Minister of Justice to set up a committee of experts whose mandate is to indicate what matters, if any, of Quebec family law should be revised.

^{*} Cet article est le premier d'une série de deux articles, articulés autour de la notion d'union de fait comme mariage romain. Le second article, intitulé «L'union de fait comme mariage romain : l'Angleterre avant 1857 et la situation actuelle en Angleterre, en France et au Québec», paraîtra au numéro 2 du présent volume 48 de l'année 2014.

^{**} Professeur au Centre Urbanisation Culture Société de l'Institut national de la recherche scientifique.

Le propos de cet article n'est pas de reprendre le litige débattu devant les tribunaux, mais plutôt de contribuer à la réflexion sur l'union de fait qui devrait bientôt se faire en examinant celle-ci d'un point de vue négligé jusqu'à maintenant. Tout étudiant en droit apprend que le mariage, tel qu'il existe dans notre droit, plonge ses racines dans le droit romain, dans le droit canonique et dans le droit français d'Ancien Régime. On ajoutera que la compétence du Parlement fédéral sur le mariage et surtout sur le divorce y mêle des éléments de droit anglais. Nous proposons d'examiner l'union de fait, telle qu'elle existe aujourd'hui dans le droit québécois, à la lumière des racines historiques du mariage et du divorce dans le droit romain, le droit canonique, le droit français et le droit anglais.

L'examen permet de comprendre comment et pourquoi l'union de fait «à la québécoise» ressemble plus au mariage du droit romain classique que celui-ci ne ressemble à notre mariage. Cette ressemblance n'est probablement pas sans rapport avec la popularité de l'union de fait au Québec et maintenant en Amérique latine, et avec celle du PACS en France.

Le présent article se concentre sur le mariage dans le droit romain classique, sur la doctrine de l'Église et sur le mariage dans le droit français jusqu'au rétablissement du divorce en 1884. L'article suivant, à paraître dans le prochain volume de cette revue, se penchera sur la situation en Angleterre avant 1857 et la situation actuelle en Angleterre, en France et au Québec.

The purpose of this article is not to go over the case, but to make a contribution to the ongoing discussion on common-law union by examining it from a perspective that has been neglected until now. Any student of law learns that marriage as it exists in current law is rooted in Roman law, in Canon law and Ancient French law. The power of the federal Parliament on marriage and, even more, on divorce adds elements from English law. We propose examining common-law union, as it exists today in Quebec law, in the light of the historical roots of marriage and divorce in Roman law, Canon law, French law and English law. This examination helps understanding how and why common-law "Quebec style" is closer to Roman marriage as it existed in classic Roman law than Roman marriage is to marriage as we know it. This similitude is probably related to the popularity of common-law union in Quebec and now in Latin America, and to that of PACS in France.

The present paper focuses on marriage in classical Roman law, on the doctrine of the Church and on marriage in French law until the reinstatement of divorce in 1884. The next paper, to be published in the following volume of this journal, will focus on the situation prevailing in England until 1857 and the present situation in England, in France and in Quebec.

Resumen

El caso “Lola c. Éric” fomentó el debate sobre la unión de hecho tal como existe en Quebec. La decisión de la Corte suprema en enero de 2013 condujo al Ministro de Justicia a establecer un comité de expertos encargado de indicarle los elementos del derecho de familia quebequense que sería oportuno revisar.

El propósito de este artículo no es retomar el litigio debatido ante los tribunales, sino principalmente contribuir a la reflexión sobre la unión de hecho que debería realizarse examinándola desde un punto de vista hasta ahora ignorado. Todo estudiante de derecho aprende que el matrimonio, tal como existe en nuestro derecho, tiene sus raíces en el derecho romano, el derecho canónico y el derecho francés del antiguo régimen. Añadiremos que la competencia del parlamento federal sobre el matrimonio y especialmente el divorcio incorpora elementos del derecho Inglés. Nosotros proponemos examinar la unión de hecho, tal como existe hoy en día en el derecho de Quebec, a la luz de las raíces históricas del matrimonio y el divorcio provenientes del derecho romano, derecho canónico, derecho francés y derecho inglés.

El examen permite comprender cómo y por qué la unión de hecho “al estilo quebequense” se parece mas al matrimonio de derecho romano clásico que a nuestro matrimonio. Esta semejanza probablemente no es ajena a la popularidad de la unión de hecho en Quebec y ahora en América Latina, y a aquella de PACS en Francia.

Este artículo se centra en el matrimonio en el derecho romano clásico, en la doctrina de la Iglesia y sobre el matrimonio en el derecho francés, hasta la

Resumo

O processo «Lola c. Éric» estimulou o debate sobre a união de fato tal como existe no Quebec. O acórdão da Corte Suprema de janeiro 2013 levou o Ministério da Justiça a criar um comitê de especialistas encarregado de indicar os elementos do Direito de Família do Quebec que seria oportuno revisar.

O objetivo deste artigo não é retomar o litígio travado nos tribunais, mas sim contribuir para a reflexão a fazer-se em breve sobre a união de fato, examinando-a de um ponto de vista até agora negligenciado. Todo estudante de direito aprende que o casamento, tal como existe em nosso direito, deita raízes no direito romano, no direito canônico e no direito francês do *Ancien Régime*. Diremos ainda que a competência do parlamento federal sobre o casamento e sobretudo sobre o divórcio adiciona elementos do direito inglês. Propomo-nos examinar a união de fato, tal qual ela existe hoje no direito quebequense, à luz das raízes históricas do casamento e do divórcio no direito romano, no direito canônico, no direito francês e no direito inglês.

O exame permite compreender como e por que a união de fato «à la québécoise» parece mais um casamento do direito romano clássico do que este se parece ao nosso casamento. Esta semelhança tem provavelmente relação com a popularidade da união de fato no Quebec e agora na América Latina, e com aquela do PACS na França.

O presente artigo se concentra sobre o casamento no direito romano clássico, sobre a doutrina da Igreja e sobre o casamento no direito francês até o restabelecimento do divórcio em 1884. O artigo seguinte, que será publicado no próximo

reincorporación del divorcio en 1884. El siguiente artículo, que aparecerá en el próximo número de esta revisión se enfocará en la situación de Inglaterra antes de 1857 y la situación actual en Inglaterra, Francia y Quebec.

volume desta revista, se dedicará à situação na Inglaterra antes de 1857 e à situação atual na Inglaterra, na França e no Québec.

中文摘要

Lola诉Éric一案 (*Lola v. Éric*) 又激起魁北克事实配偶 (*conjoint de fait*) 制度的讨论。2013年1月最高法院的判决让司法部长设立专家委员会, 以讨论魁北克家庭法中哪些内容需要适当修改。

本文的目的不是回顾这一案例, 而是抛砖引玉, 从一个一直被忽视的角度考察事实配偶制度。任何法律系的学生都知道我省现存的婚姻制度源自罗马法、教会法和大革命前的法国法。我们还知道联邦议会对婚姻制度特别是离婚制度的管辖权结合了英国法的内容。我们希望通过追溯罗马法、教会法、法国法以及英国法中结婚与离婚制度的历史根源, 考察魁北克法中现存的事实配偶制度。

这一考察有利于我们理解: 相比罗马法婚姻与我们所熟知婚姻的接近程度, “魁北克式”的事实配偶制度为什么以及怎样更接近古典罗马法中的婚姻制度。这种相似性在很大程度上还与魁北克和当前拉丁美洲事实配偶、以及法国 PACS (紧密关系民事协议) 的普遍流行有关。

本文重点考察古典罗马法中的婚姻、教会的教义和1884年恢复离婚之前的法国法中的婚姻。本期刊下一期将刊登的另一篇文章, 将聚焦1857年以前的英国以及当今英国、法国和魁北克的婚姻制度。

Plan de l'article

Introduction	95
I. Rome	100
A. La famille, le mariage, le divorce et l'adultère dans le droit romain	100
B. L'État romain, le mariage et l'adultère	108
C. L'État romain et l'obligation alimentaire	110
II. L'Église	113
A. La doctrine de l'Église	113
B. Le droit de l'Église	116
C. Le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire	121
III. La France	123
A. L'Europe franque	123
B. Le droit français	129
Conclusion	144

Le Québec se distingue des autres provinces canadiennes par la proportion élevée des couples qui y vivent en union de fait¹. Il s'en distingue également parce que l'union de fait est très nettement séparée du mariage dans le droit québécois, alors que les relations économiques entre époux et conjoints de fait sont généralement traitées dans les mêmes lois dans les autres provinces canadiennes, même si les deux formes d'union conjugale n'entraînent pas toujours les mêmes conséquences². Le Québec n'est

¹ Au Québec, le nombre annuel des mariages est passé de 53 967 en 1972 à 22 898 en 2011. Le nombre annuel des nouvelles unions civiles entre conjoints de sexe différents est passé de 10 en 2002, l'année où cette forme juridique a été offerte, à 181 en 2011. Au recensement de 2011, 35,4 % des Québécois, tous âges confondus, vivaient en union de fait. Ce chiffre cache la profondeur du changement : la majorité des hommes et des femmes de moins de 35 ans qui vivent en couple le font en union de fait. Depuis 1995, la majorité des enfants naissent hors mariage. En 2012, cette proportion atteint 63,3 % ; comme elle ne comprend que 2,7 % d'enfants dont le père n'est pas déclaré, on conclut que 60,6 % des enfants québécois nés en 2009 ont des parents qui vivent en union de fait. INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, Mariages selon le type (religieux ou civil) et la catégorie du célébrant, Québec, 1969-2012, en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/mariages-divorces/513.htm>> (consulté le 31 mars 2014). INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, Mariages et unions civiles selon le sexe des conjoints, Québec, 2002-2012, en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/mariages-divorces/501b.htm>> (consulté le 31 mars 2014). INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, Naissances selon l'état matrimonial des parents, Québec, 1951-2012, en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/naissance-fecondite/410.htm>> (consulté le 31 mars 2014).

² Les ouvrages consacrés au droit de la famille des provinces de *common law* utilisent l'Ontario comme référence, par exemple Julien D. PAYNE et Marylin A. PAYNE, *Canadian Family Law*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2008 et Malcolm C. KRONBY, *Canadian Family Law*, 10th ed., Mississauga, John Wiley & Sons Canada, 2010. La première partie de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario (L.R.O. 1990, c. F.3) traite des biens familiaux et ne s'applique qu'aux couples mariés. La deuxième partie, qui traite du foyer conjugal, ne s'applique également qu'aux couples mariés. La troisième partie, qui traite des obligations alimentaires, s'applique aux époux et aux conjoints de fait (art. 29), notamment l'obligation alimentaire entre conjoints (art. 30). La quatrième partie, consacrée aux contrats familiaux, traite du contrat de mariage (art. 52) et du contrat de cohabitation (art. 53). Les deux articles sont identiques *mutatis mutandis*, à une exception près : les époux et les conjoints de fait peuvent établir des conventions sur les mêmes matières, la seule différence se trouvant au dernier paragraphe de l'article 52 qui rend nulle la disposition du contrat de mariage qui restreindrait les droits sur le foyer conjugal que la deuxième partie donne à un époux. La cinquième partie, qui traite des dommages-intérêts dus aux personnes à charge, s'applique de manière identique aux époux et aux conjoints de fait.

cependant pas le seul territoire où le mariage semble perdre de son attrait auprès des couples. En France, un peu plus du quart des couples ne sont pas mariés : la plupart des couples non mariés vivent en union de fait, mais de plus en plus de couples hétérosexuels préfèrent au mariage le « pacte civil de solidarité », un contrat d'organisation de la vie commune introduit dans le Code civil français en 1999 pour répondre en partie aux demandes des couples de même sexe. Le nombre des PACS s'approche aujourd'hui du nombre des mariages³. L'union de fait se répand aujourd'hui en Espagne⁴ et, même en Italie, le mariage semble perdre du terrain⁵. En Amérique latine, après avoir longtemps cru que l'union de fait était une survivance de la nuptialité indigène ou le propre de populations urbaines marginales, on constate, maintenant que les fichiers de *micro-données* des recensements de ces pays sont accessibles aux chercheurs, qu'elle se répand dans sa forme moderne depuis le dernier quart du xx^e s.⁶. Dans plusieurs pays d'Amérique latine, la proportion des femmes en âge de procréer qui vivent en union de fait dépasse celle des femmes mariées.

³ En France, d'après les données de l'enquête *Famille et logements 2011* de l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), 73,1 % des personnes qui vivent en couple sont mariées, 22,6 % vivent en union libre et 4,3 % sont « pacsées » ; voir : Guillemette BUISSON et Aude LAPINTE, « Le couple dans tous ses états. Non-cohabitation, conjoints de même sexe, Pacs... », (2013) 1436 *INSEE Première*. Ces proportions confondent les personnes de tous les âges et ne manifestent pas la tendance actuelle. En 2010, dernière année pour laquelle les chiffres sont connus, 251 654 couples se sont mariés et 196 415 se sont « pacsés ». En d'autres mots, 56,2 % des unions conjugales de conjoints de sexes différents formalisées dans l'année ont été des mariages et 43,8 %, des PACS ; les nouvelles unions libres sont en plus, mais on n'en connaît pas le nombre : INSEE, *Évolution du nombre de mariages et de pacs conclus jusqu'en 2012*. Le PACS organise la vie commune pendant qu'elle dure, se dissout à la demande d'un seul des conjoints et la dissolution met fin à toute obligation économique. Pour une introduction au PACS : Wilfried RAULT, *L'invention du PACS, pratiques et symboliques d'une nouvelle forme d'union*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2009. Pour une comparaison des couples mariés et « pacsés » : Wilfried RAULT, Muriel LETRAIT et le GROUPE CSF, « Formes d'unions différentes, profils distincts ? Une comparaison des pacsés.e.s en couple de sexe différent et des mariés.e.s », (2010) 3-1 *Sociologie* 319.

⁴ Marta DOMÍNGUEZ FOLGUERAS et Teresa CASTRO MARTÍN, « Cohabitation in Spain: No longer a marginal path to family formation », (2013) 75-2 *Journal of Marriage and Family* 422.

⁵ Giuseppe GABRIELLI et Daniele VIGNOLI, « The breaking-down of marriage in Italy: Trends and trendsetters », (2013) 52-1 *Population Review* 87.

⁶ Albert ESTEVE, Ron J. LESTHAEGHE et Antonio LÓPEZ-GAY, « The Latin American cohabitation boom, 1970-2007 », (2012) 38-1 *Population and Development Review* 55.

L'union de fait est en voie d'y devenir un cadre accepté de la vie familiale, même pour les femmes éduquées et particulièrement dans les pays les plus favorisés⁷. Alors que l'union de fait s'est d'abord répandue en Europe du Nord et plus spécialement en Suède et en Norvège, elle semble maintenant se répandre dans les pays occidentaux qui partagent l'héritage du droit civil et celui du catholicisme. À l'échelle des Amériques, le Québec semble aujourd'hui simplement en avance sur la transformation qui se déroule dans l'ensemble du continent en dehors des États-Unis et du Canada anglais⁸.

L'union de fait « à la québécoise », pourtant pas très originale à l'échelle de l'Occident, est au cœur de la cause « *Lola c. Éric* » qui a fait se confronter deux conceptions de l'encadrement juridique de la relation conjugale et des relations économiques entre les conjoints⁹. L'encadrement juridique de l'union de fait du droit québécois repose en bonne partie sur le constat et les recommandations que faisait le Conseil du statut de la femme dès la fin des années 1970 :

« La famille québécoise a évolué au cours des trente dernières années. Le mariage est remis en question. De nombreux couples ont choisi l'union de fait parce qu'elle n'entraîne pas d'obligations légales et peut accorder plus de liberté quant au mode de vie. D'autres la vivent sans l'avoir choisie librement parce qu'ils sont encore liés juridiquement par le mariage. C'est une réalité que le législateur doit reconnaître non pas en donnant à l'union de fait les

⁷ Teresa CASTRO MARTÍN, Clara CORTINA, Teresa MARTÍN GARCÍA et Ignacio PARDO, « Maternidad sin matrimonio en América Latina: un análisis comparativo a partir de datos censales », (2011) 93 *Notas de Población* 37; Benoît LAPLANTE, Teresa CASTRO MARTÍN, Clara CORTINA et Teresa MARTÍN GARCÍA, « Blurred differences: Childbearing within marriage and consensual union in Latin America, 1980-2010 », Colloque annuel de la Population Association of America, Nouvelle-Orléans, 11 au 13 juin 2013.

⁸ Antonio LÓPEZ-GAY, Ron LESTHAEGHE, Benoît LAPLANTE, Julián LÓPEZ COLÁS, Anna TURU et Albert ESTEVE, « Unmarried cohabitation in the Americas: Unveiling the spatial dimension », Colloque annuel de la Population Association of America, Nouvelle-Orléans, 11 au 13 juin 2013.

⁹ La juge Hallée a rendu le jugement de première instance à l'été 2009. La Cour d'appel a rendu son arrêt en 2010 et la Cour suprême, en janvier 2013 : 2009 QCCS 3210, [2009] R.J.Q. 2070 (C.S.); 2010 QCCA 1978, [2010] R.J.Q. 2259 (C.A.); *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5. Le 19 avril 2013, à la suite de l'arrêt de la Cour suprême, le ministre de la Justice a annoncé la création d'un comité consultatif sur le droit de la famille qui a pour mandat d'évaluer l'opportunité de revoir l'ensemble du droit de la famille québécois. Le comité devrait remettre son rapport au ministre de la Justice à l'hiver 2014.

mêmes obligations que le mariage sous prétexte de protéger les enfants, et créer par là un mariage parallèle, mais plutôt en confirmant cette liberté de choix quant à la forme d'union désirée.»¹⁰

Le Conseil recommandait au législateur de modifier le droit notamment afin de « [r]econnaître des droits égaux aux enfants, en respectant la liberté de choix des parents à l'égard du mariage et de l'union de fait »¹¹ et « de permettre d'adopter des enfants conjointement »¹². Il recommandait surtout de modifier le Code civil afin de « [r]especter la liberté du choix de l'union », cette liberté devant entraîner une liberté d'aménager l'union, tant du point de vue de l'organisation matérielle que du mode de vie [alors que] selon nos lois, il est contraire à l'ordre public d'établir par contrat les règles que l'on entend suivre durant cette union »¹³.

Cet article est né de l'étonnement d'une découverte : l'union de fait à la québécoise reprend plusieurs des traits du mariage de la période classique du droit romain. Plus étonnant, le mariage du droit romain ressemble plus à notre union de fait qu'à notre mariage. Comme le mariage

¹⁰ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour les Québécoises: égalité et indépendance*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 160.

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*, p. 162.

¹³ *Id.*, p. 161. L'article 768 du *Code civil du Bas Canada* se lit comme suit : « 768. Les donations entrevifs, faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, et à ses enfants incestueux ou adultérins, sont limitées à des aliments. Cette prohibition ne s'applique pas aux, donations faites par contrat de mariage intervenu entre les concubi-naires. Les autres enfants illégitimes peuvent recevoir des donations entrevifs (*sic*) comme toutes autres personnes. » Contrairement à la plupart des articles du *Code civil du Bas-Canada*, il n'est pas accompagné de renvois aux autorités (Édouard LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *Code civil du Bas-Canada: D'après le rôle amendé déposé dans le bureau du greffier du conseil législatif, tel que prescrit par l'acte 29 Vict., chap. 41, 1865: Augmenté des autorités citées par les codificateurs dans le projet soumis à la législature; d'un précis des changements introduits par le Code civil dans les lois du Bas-Canada*, Montréal, C. O. Beauchemin & Valois, 1866). Il semble correspondre à l'article 908 du Code civil des Français de 1804, pourtant bien différent : « Les enfants naturels ne pourront par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre *des Successions*. » On comprend que l'article du code français s'inscrit dans un droit des successions bien différent de celui qui prévaut au Québec depuis l'*Acte de Québec de 1774*. On comprend que le rédacteur de l'article du *Code civil du Bas Canada* souhaitait protéger l'institution du mariage et la famille légitime. On s'étonne de ce que sa prohibition, si nécessaire et normale qu'elle ait pu paraître à l'époque, ne s'appuie sur aucune autorité.

romain, l'union de fait repose sur le consentement continu des deux conjoints: le mariage romain et l'union de fait commencent lorsque les deux conjoints se voient respectivement comme conjoints. Le mariage romain et l'union de fait se terminent lorsqu'un des deux conjoints cesse de reconnaître l'autre comme son conjoint. Le mariage romain, comme l'union de fait, se forme sans cérémonie, ni enregistrement, ni contrat. Il se dissout tout aussi simplement: il n'y a pas d'autre divorce que la séparation décidée par les deux conjoints ou un seul. Les patrimoines des conjoints demeurent séparés. Les conjoints ne se doivent rien à l'autre lorsqu'ils se séparent. Le mariage romain ne crée pas de lien de parenté civile entre les époux. Ils n'héritent pas l'un de l'autre, mais peuvent se faire des legs. Les enfants héritent de leurs parents du fait de la filiation. Il existe bien sûr des différences: les biens que l'épouse romaine apporte prennent la forme d'une dot que le mari contrôle pendant le mariage et qu'il doit lui remettre au moment de la séparation; le mari romain est le père des enfants nés pendant le mariage du simple fait du mariage.

La ressemblance entre le mariage romain et l'union de fait n'est pas fortuite. Le mariage tel que nous le connaissons est une construction juridique qui ne va pas de soi. Cette construction a une histoire longue. Elle apparaît dans la Rome de l'Antiquité, où déjà elle se transforme profondément, le mariage du droit classique n'ayant plus grand-chose à voir avec le mariage du droit archaïque. Elle est à nouveau transformée profondément par l'Église, puis aménagée par le droit français et par le droit anglais. Notre mariage est le produit de ces tribulations et de quelques autres, plus récentes, façonnées, celles-ci, par le partage des compétences sur le mariage et le divorce entre le Parlement et les législatures provinciales, pour reprendre le vocabulaire de la Loi constitutionnelle de 1867¹⁴. Ce partage, on l'oublie peut-être parfois, a joué un rôle fondamental dans la dynamique qui a mené à la construction de l'union de fait «à la québécoise». Les relations entre la famille du couple en union de fait et les tiers, comme celles de la famille du couple marié, appartiennent au droit social, au droit fiscal et parfois au droit du commerce, qui relèvent tous à la fois des pouvoirs du Parlement fédéral et de l'Assemblée nationale, mais les relations

¹⁴ Rappelons que la *Loi constitutionnelle de 1867*, autrefois connue sous le nom d'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, range le mariage et le divorce parmi les compétences du Parlement fédéral [art. 91(26)], mais la célébration du mariage dans la province [art. 92(12)], ainsi que la propriété et des droits civils dans la province [art. 91(13)], parmi les compétences exclusives des législatures provinciales.

économiques entre les conjoints de fait, contrairement aux relations économiques entre les époux divorcés, relèvent exclusivement de l'Assemblée nationale. L'arrêt de la Cour suprême dans la cause « *Lola c. Éric* » semble bien l'avoir confirmé.

Le but de cet article est d'éclairer la situation actuelle en parcourant l'histoire de la construction juridique du mariage en tant qu'elle mène au mariage et à l'union de fait tels que nous les connaissons aujourd'hui en droit québécois. On s'y intéresse au mariage du droit romain classique, à la manière dont la doctrine de l'Église s'est mêlée aux idées du droit romain, à la manière dont les luttes entre les pouvoirs séculiers, français et anglais, et l'Église ont façonné le mariage dans le droit français et dans le droit anglais. On s'intéresse aussi, bien sûr, à la matière et aux contraintes que ces héritages ont imposées aux législateurs récents qui devaient encadrer les relations économiques dans le couple dans le monde contemporain.

En pratique, nous nous concentrons sur certains moments de l'histoire du mariage choisis pour éclairer la situation qui prévaut aujourd'hui au Québec et le débat qui s'y déroule sur l'encadrement juridique de l'union de fait. La plupart de ces moments se déroulent à des époques lointaines et presque tous, même parmi ceux qui nous sont contemporains, dans des contextes très différents du nôtre. Nous prenons le temps de décrire les contextes, au risque parfois de paraître scolaire : sans leur contexte, la plupart de ces moments et surtout les contributions qu'ils ont faites à l'institution du mariage sont difficiles à comprendre. Ce parcours, nous le croyons, devrait permettre de mieux comprendre pourquoi et comment l'union de fait a pu s'imposer au Québec comme mode d'organisation de la vie de couple et de la vie familiale.

I. Rome

A. La famille, le mariage, le divorce et l'adultère dans le droit romain

Les historiens admettent depuis le milieu du XVIII^e s. que le récit traditionnel de la fondation de Rome par Romulus en 753 av. J.-C. est essentiel-

lement une légende¹⁵. Les historiens d'aujourd'hui semblent admettre que ce qui subsiste des textes anciens et les connaissances archéologiques ne permettent pas de reconstituer l'histoire de Rome de manière satisfaisante avant au mieux la fin de la domination étrusque¹⁶. Les auteurs du principal ouvrage de référence sur l'histoire du droit romain évitent le problème des débuts de Rome et divisent l'histoire de son droit en cinq périodes qui ne correspondent pas aux périodes de son histoire politique : la période archaïque (le temps de la domination étrusque et les premiers siècles de la République), la période de formation (les 150 dernières années de la République et le premier siècle de l'Empire, soit du dernier quart du I^{er} s. av. J.-C. au troisième quart du I^{er} s. apr. J.-C.), la période classique (à partir du règne d'Hadrien, soit tout le II^e s. apr. J.-C. et la première moitié du III^e s.), la période postclassique (à partir des troubles qui suivent la mort d'Alexandre Sévère en 235) et le règne de Justinien¹⁷. Les mêmes auteurs admettent que le dernier grand moment de l'histoire du droit romain est la publication, entre 529 et 534, du *Corpus iuris civilis* qui compile le droit romain. La publication de ce « code » se fait sous Justinien I^{er}, empereur romain d'Orient ; le dernier empereur romain d'Occident avait été déposé en 476. Bornée de cette manière, l'histoire du droit romain couvre un peu moins de treize siècles au cours desquels la société se transforme et se complexifie ; le droit se transforme évidemment tout au long de cette période¹⁸. Le « code justinien » reflète plutôt le dernier état du droit romain même s'il conserve des traces d'états plus anciens. Les spécialistes du droit romain en tant que système ont tendance à en donner une image plutôt

¹⁵ Sur le caractère légendaire du récit traditionnel de la fondation de Rome : Dominique BRIQUEL, « Le sillon du fondateur », dans François HINARD (dir.), *Histoire romaine*, t. 1 « Des origines à Auguste », Paris, Fayard, 2000, à la page 11. Le point tournant de l'opinion sur cette question est la publication, en 1738, d'un ouvrage surtout connu aujourd'hui dans sa réédition de 1866 : Louis DE BEAUFORT, *Dissertation sur l'incertitude des cinq premiers siècles de l'histoire romaine*, Paris, E. Maillet Libraire-Éditeur, 1866.

¹⁶ Sur les limites de l'étude des premiers temps de Rome, Dominique BRIQUEL, « La lente genèse d'une cité », dans F. HINARD (dir.), préc., note 15, p. 47 et Dominique BRIQUEL, « Des rois venus du nord », dans F. HINARD (dir.), préc., note 15, p. 85.

¹⁷ Herbert Felix JOLOWICZ et Barry NICHOLAS, *Historical introduction to the study of Roman law*, 3rd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1972, p. 4 à 7. On a un peu de mal à traduire « formative period » qui, même en anglais, paraît emprunté au vocabulaire de l'éducation ou à celui du développement de l'enfant. On aura compris que les limites des périodes sont imprécises.

¹⁸ *Id.*, p. 5 ; John A. CROOK, *Law and life of Rome*, Ithaca, Cornell University Press, 1967, p. 7.

statique, ce qui fait sens lorsqu'on s'intéresse au droit romain classique ou tardif en tant que source du droit civil moderne, mais moins lorsqu'on veut comprendre la société romaine à travers son droit.

Les historiens du droit privé romain reprennent souvent, directement ou non, une idée apparemment élaborée par Kaser : le droit privé romain « pense » en termes de relations de pouvoir et se préoccupe essentiellement de déterminer qui détient le pouvoir sur une personne ou une chose¹⁹. La famille et le mariage romains se comprennent mal sans les envisager sous cet angle.

La famille joue un rôle central dans la société et le droit romains. La famille romaine n'est pas la famille conjugale moderne ni même la famille souche de Le Play²⁰. Elle est plutôt l'ensemble de ceux qui vivent sous l'autorité de la même personne : elle est formée d'un homme, de son épouse, de ses descendants et de ses esclaves. Cet homme, le *paterfamilias*, exerce sa puissance sur les autres membres de sa famille : la *manu* sur son épouse, la puissance paternelle – *patria potestas* – sur ses enfants, la puissance du maître – *dominica potestas* – sur ses esclaves ; il jouit du droit de propriété – *dominium* – sur l'ensemble des biens de la famille²¹. La famille romaine ne vit pas du travail du *paterfamilias* ou de ses descendants, mais principalement de son patrimoine – dont font partie ses esclaves – et des bénéfices que le *paterfamilias* et ses descendants mâles peuvent tirer des charges publiques. La famille romaine a une dimension religieuse. Tous les citoyens romains participent au culte civique, mais chaque famille rend un culte particulier à ses divinités domestiques ; le *paterfamilias* dirige le culte familial.

¹⁹ Max KASER, *Derecho romano privado*, 2^e éd. espagnole traduite à partir de la 5^e éd. allemande, traduction de José SANTA CRUZ TEJEIRO, Madrid, Instituto Editorial Reus S.A., 1982. Voir également : Guillermo Floris MARGADANT SPANJAERDT, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 26^e éd., México, Esfinge, 2001, p. 198.

²⁰ Beryl RAWSON, « The Roman Family », dans Beryl RAWSON (dir.), *The family in ancient Rome. New Perspectives*, Ithaca, Cornell University Press, 1986, p. 1, à la page 7.

²¹ Outre les ouvrages plus récents, nous utilisons le chapitre 3 consacré au *Status familiae* de Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition de la 8^e éd. de 1929, Paris, Dalloz, 2003, p. 147-208, ainsi que sa principale référence dans ce chapitre, Alphonse RIVIER, *Précis de droit de famille romain*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1891 ; Paul OURLIAC et Jehan de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. III « Le droit familial », Paris, PUF, 1968, p. 43 ; G. F. MARGADANT SPANJAERDT, préc., note 19, p. 197.

La famille romaine n'est pas la famille conjugale moderne qui se forme par l'union des conjoints et disparaît à leur mort ou à leur séparation. Elle est plus qu'un ménage, mais pas vraiment une personne morale même si tous ses membres vivent « dans » ou « sous » la personne juridique du *paterfamilias*. On y naît et on peut y mourir : elle existe avant la naissance de ses membres et survit à leur mort, sauf celle du *paterfamilias*, qui fait apparaître de nouvelles familles. Au sens fort, la famille est l'unité de base de la société romaine et elle détermine la place que chacun occupe dans la société. Au cours de l'histoire de Rome, l'exercice de la *patria potestas* se transforme, mais la conception de la famille ne change pas²².

Dans le droit de la Rome archaïque, le *paterfamilias* est le propriétaire de tous les biens de la famille ; les autres membres de la famille ne possèdent rien en propre. Le *paterfamilias* a, en principe, droit de vie et de mort sur les membres de sa famille²³ ; il peut vendre son fils. Il est la seule personne de la famille à jouir pleinement des droits civils et patrimoniaux, le seul membre de la famille à être *sui iuris* : lui seul peut poursuivre en justice et lui seul peut être poursuivi. Les autres membres de la famille sont *alienis iuris*. La famille est responsable des torts causés à autrui par un de ses membres, elle peut exiger réparation de la famille qui a causé du tort à un de ses membres et les poursuites se font entre *patres familias*. Le droit civil romain ne régit pas les rapports entre les personnes au sens où nous l'entendons aujourd'hui, mais les rapports entre les familles dont chacune se confond avec son chef aux fins du droit²⁴.

La *patria potestas* s'étend au domaine pénal : le *paterfamilias* exerce la justice dans sa maison et, en principe, il peut et doit infliger les peines que doivent recevoir les membres de sa famille²⁵. L'exercice de la *patria potestas* est encadré par les usages et non par le droit²⁶ ; avant d'imposer une sanction grave à un citoyen qui est en sa puissance, le *paterfamilias* doit, en principe, réunir et prendre l'avis d'un conseil²⁷.

²² P. F. GIRARD, préc., note 21, p. 148 et 149.

²³ A. RIVIER, préc., note 21, p. 78.

²⁴ P. F. GIRARD, préc., note 21, p. 149 et suiv.

²⁵ G. F. MARGADANT SPANJAERDT, préc., note 19, p. 194 et suiv. ; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 42 et suiv. ; A. RIVIER, préc., note 21, p. 80.

²⁶ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 219 ; A. RIVIER, préc., note 21, p. 80.

²⁷ Susan TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford, Oxford University Press/Clarendon, 1991, p. 265 et suiv., sur la décision de mettre à mort la femme adultère.

Seuls les citoyens peuvent se marier²⁸ ; les esclaves ne le peuvent pas. En principe, le mariage entre *filius familias* et *filia familias* se décide entre leurs *patres familias* ; en principe, le *paterfamilias* peut rompre, par sa seule volonté, le mariage de son descendant mâle. Par le mariage, l'épouse quitte la famille de son père²⁹ et devient membre de la famille de son époux en qualité de fille de celui-ci – *in loco filiae*, notamment aux fins de succession³⁰ ; les biens qu'elle apporte deviennent la propriété du *paterfamilias* de sa nouvelle famille. La femme mariée ne participe plus au culte domestique de la famille de son père, mais à celui de la famille de son époux. Les enfants nés de parents mariés appartiennent à la famille du père. En principe, le *paterfamilias* doit punir de mort l'épouse adultère de son descendant mâle³¹. Certains contestent que la société romaine ait jamais été régie par un droit aussi sévère³², mais les juristes romains dont les textes sont connus avaient cette conception du droit romain archaïque³³.

²⁸ A. RIVIER, préc., note 21, p. 112.

²⁹ Elle sort de la puissance du *paterfamilias* de la famille où elle est née, rompt tous les liens civils qui l'unissent à cette famille, entre dans la famille de son époux et tombe sous la puissance du *paterfamilias* de celle-ci ; cf. P. F. GIRARD, préc., note 21, p. 180.

³⁰ *Id.*

³¹ On lit chez Alphonse Rivier que ce droit appartenait au *paterfamilias* et qu'il est même confirmé, au moins dans son principe, jusque dans la *lex Iulia de adulteriis coercendis* (A. RIVIER, préc., note 21, p. 80), mais plus loin, qu'il pouvait être exercé par le *paterfamilias* ou le mari (*id.*, p. 121). On lit chez Paul Frédéric Girard que ce droit appartenait au mari « plutôt à la vérité à titre de vengeance licite qu'à titre de juridiction » (P. F. GIRARD, préc., note 21, p. 182 et 183) ; l'auteur renvoie en note à Caton cité par Aulugelle. Susan Treggiari examine longuement la question et montre que les sources ne permettent pas de reconstituer avec certitude les règles qui entouraient une pratique qui relevait de la coutume plutôt que du droit au sens strict et qui a évolué (S. TREGGIARI, préc., note 27, p. 264 à 298). Pierre Noailles croit trouver, sinon l'origine, du moins un état très ancien des règles qui régissaient cette pratique dans le droit religieux romain, le *fas*. Le droit de tuer la femme adultère aurait été l'affaire du mari, peu importe qu'il soit *sui iuris* ou non, et n'aurait pas eu sa source dans la *patria potestas*. Voir : Pierre NOAILLES, *Fas et jus. Études de droit romain*, Paris, Les Belles-Lettres, 1948, p. 19 et p. 23 à 26, dans le chapitre intitulé « Les tabous du mariage dans le droit primitif des Romains ».

³² Par exemple : Richard SALLER, « *Patria potestas* and the stereotype of the Roman family », (1986) 1-1 *Continuity and Change* 7.

³³ L'étude du droit romain et de son histoire repose essentiellement sur les textes qui sont parvenus jusqu'à nous : les codes de Théodose et de Justinien, les œuvres de Cicéron, des inscriptions qui rapportent le texte de décrets et d'édits, des contrats, etc. L'étude du droit de la période archaïque se complique du fait que les Romains qui ont écrit sur l'histoire de leur droit et dont les textes nous sont parvenus semblent eux-mêmes

Dans le droit romain de la fin de la République et du début du principat, les choses sont différentes. L'exercice de la *patria potestas* est restreint; la dureté excessive, comme la mollesse, sont sanctionnées par les censeurs, qui sont chargés du contrôle des mœurs, plutôt que par les tribunaux³⁴. Le *filius familias* peut posséder certains biens en propre et il peut participer à la vie civique³⁵. Le mariage surtout s'est transformé. Il demeure un « devoir civique » dont l'accomplissement est scruté par les censeurs³⁶ et les enfants appartiennent toujours à la famille du père aux fins du droit et du culte domestique. Cependant, la femme mariée continue à faire partie de la famille de son père aux fins du droit et du culte: elle demeure sous la *patria potestas* de son père et ne passe plus sous celle du père de son époux ni sous celle de son époux. Ce changement a des conséquences importantes. Il n'existe aucun lien de parenté civile entre la femme mariée et son époux, ni entre leurs familles respectives, ni entre la mère et ses enfants; en principe, l'épouse est une *matrona* plutôt qu'une *materfamilias*³⁷. Le couple est un point de rencontre permanent entre deux familles et donc deux *paterfamilias*. Le mariage demeure une affaire privée, mais certains de ses aspects sont régis par le droit civil dans la mesure où il met en relation deux citoyens qui ne sont pas sous la puissance du même *paterfamilias*. La distance juridique qui sépare les époux n'empêche pas

n'avoir eu qu'une connaissance limitée de certains aspects de l'état ancien du droit romain, faute de documents adéquats même à leur époque (Jean GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, Sirey, 1967, n° 180, p. 254 et 255). Sur les sources de l'étude du droit romain, voir l'appendice bibliographique consacré à ces questions dans Wolfgang KUNKEL, *An introduction to Roman legal and constitutional history*, 2^e éd., traduite à partir de la 6^e éd. allemande de *Römische Rechtsgeschichte* par J. M. KELLY, Oxford, Oxford University Press, 1973, p. 192-228. Sur la conservation, la copie et la transmission des textes avant l'invention de l'imprimerie ainsi que sur les circonstances qui ont mené à la redécouverte d'une bonne partie des textes de l'Antiquité, on peut consulter Alphonse DAIN, *Les manuscrits*, Paris, Les Belles-Lettres, 1941.

³⁴ Claude NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, 2^e éd., Paris, Gallimard, 1976, p. 108; Jean GAUDEMET et Emmanuelle CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3^e éd., coll. « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 2009, p. 7. Le droit de punir a été réduit de manière plus formelle sous l'Empire; voir P. F. GIRARD, préc., note 21, p. 152 et 153.

³⁵ Walter Kirkpatrick LACEY, « *Patria potestas* », dans B. RAWSON (dir.), préc., note 20, p. 127; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 45 et suiv.

³⁶ C. NICOLET, préc., note 34, p. 102 et 109.

³⁷ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 219 et 220; Judith EVANS GRUBBS, *Women and the law in the Roman Empire*, London, Routledge, 2002, p. 19; P. F. GIRARD, préc., note 21, p. 181-183.

l'assimilation sociale. La femme mariée « prend le rang social de son mari, en particulier, lorsqu'il fait partie de l'ordre sénatorial »³⁸; en règle générale, elle perd le rang de son époux au divorce³⁹.

Le fils marié quitte la maison paternelle; le couple vit habituellement dans sa propre maison⁴⁰. Il est également habituel que les familles des deux époux contribuent au patrimoine du ménage; règle générale, l'épouse apporte une dot⁴¹. Il est entendu que les époux se doivent des aliments pendant le mariage, mais cette obligation relève des mœurs et des usages, pas du droit. Les questions d'argent sont souvent réglées par contrat. Les relations économiques entre les époux semblent varier de manière importante d'un ménage à l'autre⁴². Ainsi, Ourliac et de Malafosse recensent divers passages du *Corpus iuris civilis*, et notamment des Pandectes, qui font état de pratiques ou de conventions entre époux qui leur permettent de gérer tout ou partie de leurs biens en commun alors que le droit leur impose en principe la séparation⁴³. Les obligations qui existent entre conjoints en vertu du droit sont élémentaires et elles visent à régler les rapports entre individus et non à organiser une société conjugale⁴⁴. L'usufruit apparaît dans ce contexte comme moyen de subvenir aux besoins de la veuve tout en conservant le patrimoine de l'époux dans sa

³⁸ Raymond MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^e éd. revue et complétée, Paris, Domat Montchrestien, 1947, n° 213, p. 289; S. TREGGIARI, préc., note 27, p. 414; P. F. GIRARD, préc., note 21, p. 182.

³⁹ J. EVANS GRUBBS, préc., note 37, p. 71 et suiv.

⁴⁰ S. TREGGIARI, préc., note 27, p. 410 et suiv.; Yan THOMAS, « À Rome, pères citoyens et cité de pères », dans Aline ROUSSELLE, Giulia SISSA et Yan THOMAS (dir.), *La Famille dans la Grèce antique et à Rome*, Paris, Éditions Complexe, 2005, p. 65, aux pages 91 et suiv.

⁴¹ A. RIVIER, préc., note 21, n° 55, p. 187 et suiv.; S. TREGGIARI, préc., note 27, p. 365 et suiv.; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 223 et suiv.; Paul Frédéric Girard voit, dans ces arrangements qu'il détaille, « des solutions concrètes isolées, admises sans vue d'ensemble sous la pression des faits » plutôt que « les suites logiques d'un principe unique » (P. F. GIRARD, préc., note 21, p. 181 et 182).

⁴² John A. CROOK, « "His and hers". What degree of financial responsibility did husband and wife have for the matrimonial home and their life in common in a Roman marriage? », dans Jean ANDREAU et Hinnerk BRUHNS (dir.), *Parenté et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine*, Rome, École française de Rome, 1990, p. 153, aux pages 153-172.

⁴³ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 234 et suiv.

⁴⁴ *Id.*, p. 220.

famille⁴⁵ : l'épouse bénéficie du produit du patrimoine de son époux après la mort de celui-ci, leurs enfants en conservent la nue-propriété jusqu'à la mort de leur mère et en prennent complètement possession à ce moment. Les époux peuvent également se faire des legs par testament.

Le mariage est une affaire purement privée⁴⁶. Il est une forme d'alliance patrimoniale entre deux familles : le choix du conjoint se discute entre l'enfant, ses parents et le *paterfamilias* le cas échéant, mais d'autres proches, amis ou parents, peuvent y participer⁴⁷. La formation du mariage est une affaire d'intention et de faits ; sa continuité est une affaire d'intention⁴⁸. Le mariage repose essentiellement sur l' *affectio maritalis* – se considérer réciproquement comme époux –, autrement dit le consentement mutuel continu des époux ; il doit pouvoir être rompu : le contrat qui interdit le divorce ou qui prévoit une compensation en cas de divorce est nul⁴⁹. Le mariage se fait sans aucune formalité⁵⁰. Le début de la vie commune est habituellement accompagné de rites religieux et d'une fête, souvent d'un contrat, mais ni la vie commune, ni les rites ou la fête, ni le contrat ne font le mariage, sinon la volonté de vivre ensemble comme mari et femme⁵¹. Le mariage se dissout également sans formalité judiciaire,

⁴⁵ Juan IGLESIAS SANTOS, *Derecho romano*, 15^e éd., Barcelone, Ariel, 2004, p. 213.

⁴⁶ Alphonse Rivier écrit que le mariage romain est demeuré jusque tard, et malgré les lois d'Auguste sur le mariage, « du domaine de la morale et de la liberté, tant de la *gens* que du père de famille » (A. RIVIER, préc., note 21, p. 119). On comprend que le mot « morale » désigne ici le *mos maiorum*, les mœurs ancestrales à l'aune desquelles les censeurs examinaient les actes des citoyens. On comprend des travaux des historiens que les époux ont usé de la liberté qui appartenait en principe au *paterfamilias*.

⁴⁷ S. TREGGIARI, préc., note 27, p. 125 et suiv.

⁴⁸ Cf. P. F. GIRARD, préc., note 21, p. 167.

⁴⁹ J. EVANS GRUBBS, préc., note 37, p. 82 et 188 ; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 166 et suiv.

⁵⁰ A. RIVIER, préc., note 21, n° 53, p. 180. Pierre Noailles soutient que le mariage romain était – ou, peut-être plus exactement, avait été primitivement – une institution religieuse et que les rites du culte familial qui entouraient le début de la vie conjugale jouaient un rôle dans la formation de l'union conjugale. Le *ius civilis*, en se développant en dehors du *fas* – le droit religieux –, aurait négligé les aspects rituels de la formation du mariage qui relevaient du culte familial, mais reconnu le rite de culte public qui entourait la forme de mariage utilisée notamment par la classe sacerdotale du culte de Jupiter Capitolin, le mariage par *confarreatio* ; P. NOAILLES, préc., note 31, p. 30 et suiv. dans le chapitre intitulé « Junon, déesse matrimoniale des Romains ».

⁵¹ Paul VEYNE, « L'Empire romain », dans Philippe ARIÈS et Georges DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, t. 1 « De l'Empire romain à l'an mil », Paris, Seuil, 1999, p. 17, aux pages 43 et suiv. ; Susan TREGGIARI, « Divorce Roman style », dans Beryl RAWSON (dir.),

par répudiation – *repudium* – lorsqu'un des deux époux – ou par divorce – *divortium* – lorsque les deux époux cessent de vouloir vivre ensemble⁵².

Les enfants nés de parents mariés appartiennent toujours à la famille du père aux fins du droit et du culte après la dissolution, comme ils y appartenaient avant. En principe, les enfants demeurent avec leur père et celui-ci doit pourvoir à leur entretien. Le droit prévoit que l'époux peut conserver une partie de la dot lorsque le divorce est la conséquence de l'inconduite de l'épouse ; la *retentio propter liberos* est fonction du nombre des enfants et, on le présume, liée à leur entretien⁵³. Il semble avoir été de bon ton, pour l'époux, de ne pas conserver la part de la dote à laquelle il avait droit et même de faire des dons à son épouse à l'occasion du divorce⁵⁴. Les textes juridiques discutent des circonstances où la justice peut confier les enfants à leur mère plutôt qu'à leur père⁵⁵. Les historiens relèvent des cas où la mère, autant ou plus que le père, subvient aux besoins des enfants après le divorce⁵⁶. Le droit romain ne régit pas les droits de visite ; cette question semble avoir toujours été absolument privée et entièrement laissée au soin des familles. L'obligation alimentaire entre les époux ne survit pas au mariage.

B. L'État romain, le mariage et l'adultère

À la fin de la République et au début du principat, le *paterfamilias* n'exerce plus dans les faits l'autorité pénale sur ses descendants et encore moins sur les épouses de ses fils et petits-fils, sur lesquelles il n'exerce plus la *patria potestas*. Le *paterfamilias* de la femme adultère, son père ou son grand-père, ne remplace pas le *paterfamilias* de l'époux dans ce rôle. L'adultère de la femme étant une affaire privée, il n'est plus puni. Les femmes semblent jouir d'une partie de la liberté sexuelle dont les hommes

Marriage, divorce and children in ancient Rome, Oxford, Oxford University Press/Claarendon, 1991, p. 31, aux pages 31 à 33.

⁵² P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 176 ; P. F. GIRARD, préc., note 21, p. 176.

⁵³ A. RIVIER, préc., note 21, n° 66, p. 237 ; S. TREGGIARI, préc., note 27, p. 467 ; J. EVANS GRUBBS, préc., note 37, p. 191 et 192.

⁵⁴ S. TREGGIARI, préc., note 27, p. 466.

⁵⁵ J. EVANS GRUBBS, préc., note 37, p. 198-200.

⁵⁶ S. TREGGIARI, préc., note 27, p. 467 ; Susanne DIXON, « Family finances. Terentia and Tullia », dans B. RAWSON (dir.), préc., note 20, p. 93, à la page 101.

jouissaient déjà⁵⁷. Bien que leurs motifs soient mal connus⁵⁸, il est établi que les couples de citoyens contrôlent la taille de leur descendance, notamment par l'exposition des enfants et peut-être par la continence des épouses. On sait par ailleurs que le célibat des hommes n'est pas rare⁵⁹.

Les historiens cherchent encore à établir si le nombre des citoyens diminue vraiment à l'époque d'Auguste⁶⁰. Chose certaine, l'État se préoccupe de la moralité et de la fécondité des citoyens. En 18 av. J.-C., Auguste fait adopter, par le Sénat, la *lex Iulia de maritandis ordinibus* – la « Loi julienne sur le mariage des ordres » – puis, en 9 ap. J.-C., la *lex Papia Poppaea*, des noms de deux consuls qu'il convainc de la présenter. Ces lois ont pour but « de restaurer les anciennes mœurs et de les transformer en obligations civiles »⁶¹. Elles interdisent aux membres de l'ordre sénatorial d'épouser un affranchi ou un acteur, et à tous les gens libres d'épouser une prostituée, un proxénète ou un adultère; elles restreignent la capacité d'hériter des hommes et des femmes qui ne sont pas mariés ou n'ont pas d'enfants et confèrent des privilèges aux parents d'au moins trois citoyens. En 18 av. J.-C., il fait également adopter la *lex Iulia de adulteriis coercendis* – la « Loi julienne sur la répression de l'adultère » – qui fait de l'adultère de la femme matière à procès criminel, oblige l'époux à divorcer de son épouse adultère et rend passible de la relégation et d'autres peines, la femme adultère et son amant; cette loi punit également d'autres formes de relations sexuelles hors mariage⁶².

Dans l'histoire du droit romain, ces lois sont les premières à faire du mariage et de l'adultère des matières de droit public. Le mariage relevait

⁵⁷ Cf. S. TREGGIARI, préc., note 27, p. 299 à 309. Voir aussi : P. NOAILLES, préc., note 31, p. 9.

⁵⁸ Beryl RAWSON, « Adult-child relationships in Roman society », dans B. RAWSON (dir.), préc., note 51, aux pages 10 et suiv.

⁵⁹ P. VEYNE, préc., note 51, aux pages 20 et suiv.; Emiel EYBEN, « Family planning in Graeco-Roman Antiquity », (1980) 11/12 *Ancient Society* 5; S. TREGGIARI, préc., note 27, p. 403 et suiv.; Aline ROUSSELLE, « La Politique de corps », dans Pauline SCHMITT PANTEL (dir.), *Histoire des femmes en Occident*, t. 1 « L'Antiquité », Paris, Plon, 2002, p. 385, aux pages 413 et suiv.

⁶⁰ Jean-Nicolas CORVISIER et Wiesław SUDER, *La population de l'Antiquité classique*, Paris, PUF, 2000, p. 79 et suiv.

⁶¹ P. NOAILLES, préc., note 31, à la page 16.

⁶² Thomas A. J. MCGINN, *Prostitution, sexuality, and law in ancient Rome*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 70 à 104 et p. 140 à 215; J. EVANS GRUBBS, préc., note 37, p. 83 et suiv.

jusque-là entièrement des familles et du droit privé. L'adultère était une affaire de mœurs dont la sanction relevait du *paterfamilias* – ou peut-être vraiment du mari –, mais pas des tribunaux. Les censeurs contrôlaient les mœurs et pouvaient imposer une amende ou refuser d'inscrire un citoyen dans l'ordre auquel sa fortune lui donnait autrement droit si ses mœurs ne leur paraissaient pas suffisantes⁶³. En théorie, les censeurs auraient pu sanctionner le *paterfamilias* qui n'aurait pas sévi contre son épouse ou sa fille adultère, mais la loi sur l'adultère a été adoptée justement parce que ce mécanisme n'opérait plus. Ils n'avaient pas non plus le pouvoir de mettre fin au mariage de l'épouse adultère. Sous la République, l'organe le plus important du système politique romain était le Sénat auquel on n'accédait que si on était citoyen, fortuné et membre d'une famille influente⁶⁴. En pratique, il était formé de *patres familias*. Sous le principat, à partir d'Auguste, le pouvoir du Sénat diminue. Vu sa composition, on a un peu de mal à croire que le Sénat aurait accepté les lois d'Auguste sur le mariage et l'adultère si son pouvoir n'avait pas diminué.

C. L'État romain et l'obligation alimentaire

Avant l'Empire, le droit romain traite peu des relations entre les membres de la même famille. Le *paterfamilias* est le seul membre de la famille à disposer de la personnalité juridique et le droit civil, au moins dans ses principes, ne règle que les relations entre personnes juridiques – c'est-à-dire entre *sui iurium*. Pour cette raison, on ne doit pas s'étonner qu'un texte ancien fasse allusion au devoir du père de nourrir et d'élever ses enfants d'une manière qui donne à entendre qu'il est également responsable de leur allaitement⁶⁵. Les choses changent sous l'Empire. Le livre 25 des Pandectes – les *Digesta*, un des recueils qui forment le *Corpus iuris civilis* – contient un texte assez long sur le droit de l'obligation alimentaire tel qu'il s'est développé sous l'Empire⁶⁶. Ce texte traite de l'obligation réciproque entre le père et ses enfants, entre la mère naturelle et ses

⁶³ C. NICOLET, préc., note 34, p. 102 et 109.

⁶⁴ *Id.*, p. 425 et suiv.

⁶⁵ Christophe MEYER, *Le système doctrinal des aliments. Contribution à la théorie générale de l'obligation alimentaire légale*, Berne, Peter Lang, 2006, p. 36 et 37.

⁶⁶ Dig. 25.3.5: *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, traduits en français par Henri HULOT, Jean-François BERTHELOT, Pascal-Alexandre TISSOT et Alphonse BERENGER, Metz, Behmer et Lamort, Paris, Rondonneau, au dépôt des Lois, An XII (1803)

enfants ainsi que de l'obligation de l'affranchi envers son ancien maître. Il traite également de l'obligation réciproque entre grands-parents et petits-enfants, qui pourrait être moindre que l'obligation entre parents et enfants, mais il ne traite pas de l'obligation entre époux. Cette absence s'explique vraisemblablement par le fait que dans le droit romain de l'époque, le mariage ne crée pas de lien de parenté civile entre les époux qui demeurent juridiquement absolument indépendants⁶⁷. La chose se comprend dans un contexte où le lien de filiation dure de la naissance à la mort, même lorsqu'on n'habite plus avec ses parents, alors que le mariage est facilement rompu par le divorce ou la mort et le remariage est très fréquent. La parenté civile entre époux avait existé dans le droit romain de la période archaïque, l'épouse étant considérée comme la fille de son époux aux fins de succession⁶⁸. Mais déjà au II^e s. av. J.-C., pour les Romains eux-mêmes, il s'agissait d'histoire ancienne. En droit romain, la parenté civile entre époux n'a pas survécu au passage du mariage «à l'ancienne» au mariage «simple» ou «libre».

Le texte des Pandectes énumère les individus entre lesquels existe l'obligation alimentaire, justifie l'existence de cette obligation, décrit la procédure par laquelle le tribunal entend ces causes et précise les sources légales de ces dispositions. L'obligation est justifiée par l'équité, par l'amour, l'affection ou la tendresse qui doivent exister entre les individus qui sont liés par le sang – *cum ex æquitate hæc res descendat, caritateque sanguinis* – et par le respect – *obsequium* – que doit avoir l'affranchi pour l'ancien maître qui l'a libéré; l'obligation existe en raison de la nature – *ratione naturali* – et il s'agit d'un «devoir d'affection» ou, plus littéralement, d'un «devoir de piété domestique» – *ex officio pietatis*. La demande est entendue par les consuls. Les dispositions sont tirées d'un ouvrage du jurisconsulte Ulpien – *Domitius Ulpianus* – qui traite des fonctions du consul ainsi que d'ordonnances et de rescrits des empereurs païens Antonin le Pieux – qui doit son surnom à la piété filiale qu'il manifestait envers son père – et Marc-Aurèle – fils adoptif du précédent et connu pour ses écrits d'inspiration stoïcienne.

Meyer résume la recherche qui s'est faite sur l'apparition de l'obligation alimentaire dans le droit romain⁶⁹. La question a attiré l'attention des

⁶⁷ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 219.

⁶⁸ P. F. GIRARD, préc., note 21, p. 157 à 161.

⁶⁹ C. MEYER, préc., note 65, p. 503-505 et 517 et suiv.

chercheurs parce qu'elle montre un cas où le droit et un tribunal traitent des relations entre les membres de la famille alors que ces relations échappent en principe au droit civil. Certains chercheurs ont expliqué la nouveauté par la sensibilisation du législateur aux idées stoïciennes, qui accordent une place importante au caractère rationnel de la nature et l'idée que la morale et le droit selon la nature peuvent se déduire rationnellement. D'autres chercheurs ont critiqué cette interprétation en mettant en doute l'ancienneté de ces dispositions: elles auraient été principalement l'œuvre des compilateurs des Pandectes qui auraient agi à la demande de Justinien, empereur chrétien, qui aurait cédé autant à l'influence des idées chrétiennes qu'à celle des idées stoïciennes.

Une autre interprétation, peut-être plus moderne, y voit un processus qui a transformé une sanction morale en sanction juridique, dans le contexte économique du 11^e s. apr. J.-C. À l'origine, l'abus dans l'exercice de la *patria potestas* – comme le refus d'aliments aux membres de la famille – n'était pas sanctionné par les tribunaux en vertu du droit, mais par les censeurs, dont la fonction est publique et ne relève pas du droit civil, et en vertu des usages ou des mœurs plutôt que du droit. L'intervention des consuls et les règles qu'ils utilisent pourraient être nées de la pratique et auraient commencé à être consacrées par la loi sous Antonin le Pieux et Marc Aurèle. L'obligation alimentaire serait née dans le conflit entre deux ordres normatifs du droit romain, le droit privé, interne à la famille, et le droit public, qui relève de l'État. Elle serait apparue au moment où l'État romain se retrouvait appauvri après avoir été amené à nourrir les masses poussées de la campagne à la ville par le développement des grands domaines privés:

«À cette époque, les empereurs auraient cherché à contraindre les chefs de famille à pourvoir à la nourriture et à l'entretien des membres de leur famille. L'État romain, qui assurait la subsistance de toute une population besogneuse, aurait trouvé par cette institution juridique d'un pouvoir domestique le moyen de se substituer toute une série de débiteurs de droit privé dans son devoir évergétique de nourrir ses citoyens.»⁷⁰

Au 11^e s. apr. J.-C., le droit naturel aurait été un moyen commode de fonder une règle et une procédure de droit privé motivées par l'intérêt public plutôt qu'un moteur de l'évolution autonome du droit. L'opération

⁷⁰ *Id.*, p. 503.

se comprend mieux lorsqu'on sait que les Pandectes s'ouvrent par un exposé sur les parties du droit qui distingue le droit public et le droit privé où l'on précise que « [l]e droit privé a trois parties; il tire sa source des préceptes du droit naturel, du droit des gens et du droit civil »⁷¹, ce qui permet à Thomas d'observer que le droit public est placé hors de portée, et donc est affranchi des contraintes, du droit des gens et du droit naturel⁷². Suit la définition du droit naturel – *ius naturale* – et du droit des gens – *ius gentium*:

« 3. Le droit naturel est celui que la nature inspire à tous les animaux. Ce droit n'appartient pas seulement aux hommes, il convient aussi à toutes les brutes qui vivent sur la terre et dans les eaux: il appartient de même aux oiseaux. De ce droit descend l'union du mâle et de la femelle, que nous appelons mariage, la procréation des enfans (*sic*) et leur éducation. En effet, tous les animaux, même les bêtes féroces, paroissent (*sic*) reconnoître (*sic*) ce droit.

4. Le droit des gens est celui dont se servent les hommes: il diffère du droit naturel en ce que celui-ci est propre à tous les animaux; celui-là n'a lieu qu'entre les hommes. »⁷³

Cette conception du droit naturel et le fait que le mariage et la procréation en soient les premières manifestations ont servi à fonder l'obligation alimentaire des parents aux enfants et ensuite, des enfants aux parents.

II. L'Église

A. La doctrine de l'Église

Ce qui deviendra l'Église catholique est, à l'origine, un courant du judaïsme qui apparaît dans l'Orient romain sous le règne du successeur immédiat d'Auguste. Le courant s'étend rapidement hors de Judée et recrute ses adeptes parmi les Juifs qui fréquentent les synagogues des villes, mais également parmi les « Grecs » qui s'intéressent au judaïsme et fréquentent eux aussi les synagogues. Il s'organise assez rapidement en églises

⁷¹ Dig. 1.1.1.2, préc., note 66.

⁷² Yan THOMAS, « L'institution juridique de la nature », (1988) 6 *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 34.

⁷³ Dig. 1.1.1.3-4, préc., note 66.

locales⁷⁴. Le judaïsme de l'époque se distingue des autres cultes et croyances par son monothéisme, mais aussi parce qu'il mêle intimement le droit et la religion : son dieu a donné sa Loi – la Torah – à son peuple par l'entremise de son prophète – Moïse. L'idée que le droit puisse avoir une autre origine et une autre source que la coutume ou la volonté du souverain est étrangère au monde romain. Le christianisme reprend cette idée du judaïsme et voit le Pentateuque – la version grecque de la Torah –, mais aussi les paroles de son fondateur et les écrits de ses premiers disciples comme l'expression de la loi divine.

La doctrine chrétienne du mariage repose sur un très petit nombre de passages des Écritures : deux passages de la Genèse, les versets des évangiles synoptiques qui rapportent la parole du Christ qui interdit le divorce et quelques passages des épîtres de Paul. La doctrine tire des passages de la Genèse que le mariage est monogame ; elle tire des versets des évangiles et de deux passages de Paul qu'il est indissoluble. Elle tire des épîtres de Paul qu'il est un remède à la concupiscence et que chaque époux a le droit d'user du corps de l'autre ; elle en tire également que la virginité, la chasteté et le célibat sont supérieurs au mariage⁷⁵. La doctrine retient aussi de la Genèse, des évangiles et des écrits de Paul des notions d'une nature tout à fait différente. Elle tire de la Genèse que les époux ne font qu'une seule chair, idée reprise dans l'évangile de Matthieu et dans l'épître aux Éphésiens⁷⁶. Elle tire également ce qui suit d'un passage de l'épître aux Éphésiens :

« L'épître vient de comparer l'union des époux à celle du Christ avec son Église (5, 25-30). Le mariage symbolise cette union. Puis vient, comme en conclusion, la phrase fondamentale : "Ce mystère [*mysterion* (*mustèrion*), en grec ; *sacramentum*, en latin] est grand" (5, 32). [...] Le mystère de l'union conjugale est vu comme le symbole du mystère de l'union du Christ avec son Église. »⁷⁷

⁷⁴ Alfred LOISY, *La naissance du christianisme*, Paris, Émile Nourry, 1933, p. 149 à 187.

⁷⁵ Jean GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris, Les Éditions du Cerf, 1987, p. 43 à 47.

⁷⁶ Gn 2,24 ; Mt 19, 4-6 ; Ep 5, 31. Dans Matthieu, Jésus déduit l'indissolubilité du mariage du passage de la Genèse qu'il cite : « Il répondit : "N'avez-vous pas lu que le Créateur, dès l'origine, les fit homme et femme, et qu'il a dit : Ainsi donc l'homme quittera son père et sa mère pour s'attacher à sa femme, et les deux ne feront qu'une seule chair ? Ainsi ils ne sont plus deux, mais une seule chair. Eh bien !, ce que Dieu a uni, l'homme ne doit point le séparer" » : Traduction de la *Bible de Jérusalem*, 2^e éd., Paris, Les Éditions du Cerf, 1973.

⁷⁷ J. GAUDEMET, préc., note 75, p. 48.

Ce passage conduira l'Église à faire du mariage un sacrement et à rapprocher l'indissolubilité du mariage de l'éternité de l'union du Christ et de son Église. L'indissolubilité est l'innovation la plus radicale de la doctrine chrétienne du mariage : on ne la trouve ni dans le droit romain, ni dans la loi mosaïque. Jésus l'impose comme loi ; Paul lui donne un sens dans l'accomplissement de la Promesse.

Pour le lecteur profane, le passage de la Genèse sur les époux qui ne font qu'une seule chair est une métaphore et celui de Paul sur le mystère du mariage est une allégorie. Gaudemet parle de symbole. Il est raisonnable de croire qu'il s'agit également d'une « figure » au sens qu'E. Auerbach donne à ce mot⁷⁸. Les pères de l'Église reprennent une manière d'interpréter l'Ancien Testament utilisée par Paul dans laquelle celui-ci n'est plus un recueil des lois et de l'histoire du peuple d'Israël, mais l'annonce ou, plus exactement, la préfiguration de l'Incarnation. Les événements et les institutions du passé d'Israël ne sont plus les faits de l'histoire d'un peuple, mais des ombres des choses à venir, des figures de l'accomplissement de la Promesse.

« L'interprétation figurative établit, entre deux événements ou deux personnages, une relation dans laquelle l'un des deux ne signifie pas seulement ce qu'il est mais est aussi annonciateur de l'autre, qui l'englobe ou l'accomplit. Les deux pôles de la figure sont temporellement disjoints mais, en tant qu'épisodes ou protagonistes réels, appartiennent l'un et l'autre à la temporalité : tous deux, comme nous l'avons déjà plusieurs fois souligné, sont pris dans ce fleuve qu'est l'existence historique et seul l'entendement, l'*intellectus spiritualis*, y introduit un acte spirituel : acte qui, en chacun des deux pôles, a affaire au matériau donné (ou attendu) des faits passés, présents ou futurs, et non à des concepts ou à des abstractions ; ces derniers sont tout à fait secondaires, puisque même la Promesse et l'accomplissement sont des événements réels et intra-historiques, qui se sont déjà réalisés en partie dans l'incarnation du Verbe, et achèveront de se réaliser dans sa parousie. »⁷⁹

Le sacrifice que le grand prêtre accomplit régulièrement au temple comme celui d'Isaac par Abraham annonce la Cène, la mort du Christ et surtout l'Eucharistie qui commémore et perpétue le sacrifice du Christ.

⁷⁸ Erich AUERBACH, *Figura. La Loi juive et la Promesse chrétienne*, Paris, Macula, 2003.

⁷⁹ *Id.*, p. 63 et 64.

La figure n'exclut pas le symbole.

« [l]objet [du symbole] doit toujours être quelque chose d'essentiel, de sacré, qui détermine la vie et la pensée des intéressés. Pour ces derniers, le signe, le symbole n'est pas seulement l'expression et, en quelque sorte, l'imitation de cet objet : il le contient bel et bien, de sorte qu'il peut lui-même agir par substitution, qu'une action exercée sur lui est assimilée à une action exercée sur le symbolisé, et qu'on lui attribue à ce titre des pouvoirs magiques. »⁸⁰

L'Eucharistie, figure du sacrifice qui existait dans l'histoire avant l'Incarnation, rite institué par l'ancienne alliance, est également un symbole. Le mariage – mystère, sacrement et rite – semble bien être, pour l'Église, à la fois le symbole de son union avec le Christ et la figure qui annonçait cette union que l'Incarnation et la résurrection ont accomplis⁸¹.

Ce qui a l'air d'une métaphore ou d'une allégorie aux yeux du profane est un élément de la révélation et un article de foi qui a servi de prémisse à des raisonnements théologiques, mais aussi à des raisonnements juridiques dont on tirera des conséquences pratiques, parce que pour ceux qui ont fait le droit – clercs et laïcs, tous croyants –, la foi et son système d'interprétation – symbolique, allégorique et figuratif – étaient la réalité.

B. Le droit de l'Église

Au cours des premiers siècles, la doctrine chrétienne du mariage s'élabore plus dans les écrits théologiques et moraux, notamment ceux des Pères de l'Église et en particulier ceux d'Augustin, que dans les décisions

⁸⁰ *Id.*, p. 67 et 68.

⁸¹ On trouve ce qui suit dans l'oraison *Deus qui potestate* de la messe du mariage telle qu'elle se célébrait avant la réforme qui a suivi la promulgation de la constitution *De Sacra Liturgia* (ou *Sacrosanctum Concilium*) en 1963 : « *Deus, qui tam excellenti mysterio conjugalem copulam consecrasti, ut Christi et Ecclesiae sacramentum praesignares in foedere nuptiarum* », soit « O Dieu qui avez consacré le lien conjugal par un mystère si excellent que l'union sacrée du Christ et de l'Église a été d'avance symbolisée par le pacte nuptial » (Dom Gaspar LEFEBVRE, *Missel quotidien et vespéral*, Montréal, Société liturgique canadienne, 1946, p. 2047). *Sacramentum* a été traduit par « union sacrée », qui fait sens dans le contexte, puisque le mot désigne un serment, notamment le serment de fidélité (GAFFIOT) ; *mustērion* (μυστήριον) désigne une chose secrète ou une cérémonie religieuse secrète (BAILLY). Nous conservons l'accentuation de l'ouvrage que nous citons.

des conciles⁸². À ses débuts, l'Église n'exerce sur ses fidèles qu'une autorité disciplinaire; pour ses fidèles, ses préceptes s'ajoutent aux règles du droit romain⁸³. Elle interdit assez tôt le divorce et le remariage aux chrétiens, mais ne s'intéresse que plus tard à la validité du mariage, lorsqu'elle commence à revendiquer ou à acquérir l'autorité de justice. Lorsque l'Église arrive à ce point, la morale et la discipline ne suffisent plus: elle doit proposer un droit matrimonial complet. Élaborer ce droit sera long: le droit canonique dit «classique» sur le mariage ne se fixe qu'au ^x^e et au ^{xii}^e s., même s'il continue à évoluer par la suite⁸⁴. Le résultat couvre notamment la définition du mariage, sa validité – ses conditions de forme et de fond – et ses effets sur les personnes – les époux et les enfants.

Le droit de l'Église retient la définition du mariage donnée par le jurisconsulte Modestin vers 240 apr. J.-C. et qui figure en tête du chapitre des Pandectes consacré au «rite nuptial»: «*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae*», c'est-à-dire «L'union de l'homme et de la femme, établissant une communauté de vie entre eux»⁸⁵.

Il accorde une place très importante aux conditions de fond du mariage et spécialement aux empêchements de mariage. L'indissolubilité force à revoir certains des éléments du droit romain. Il reprend certaines incapacités du droit romain – l'âge et le fait d'être déjà marié –, en élabore une autre à partir de la théorie des contrats – le vice de consentement, développement nécessaire puisque le consentement engage désormais pour la vie –, ajoute l'impuissance – motif de divorce en droit romain qui devient cause de nullité –, et en ajoute d'autres qui lui sont propres – la différence de religion, le vœu de chasteté et l'engagement dans les ordres. Il traite de manière très élaborée les empêchements qui tiennent à l'existence d'une relation entre les conjoints antérieure au mariage: la parenté, l'alliance, l'adultère, mais aussi la parenté avec une personne avec laquelle on aurait déjà été fiancé. Sa conception de la parenté est très large: elle comprend la parenté qui résulte des liens du sang et la parenté légale créée

⁸² J. GAUDEMET, préc., note 75, p. 50 et suiv.

⁸³ Adhémar ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, t. 1, Paris, L. Larose et Forcel, 1891, p. 4 et suiv.

⁸⁴ J. GAUDEMET, préc., note 75, p. 133 et suiv. Sur l'évolution du droit classique de l'Église, Jean DAUVILLIER, *Le mariage dans le droit classique de l'Église depuis le décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933.

⁸⁵ J. GAUDEMET, préc., note 75, p. 165; Paul OURLIAC et Jean-Louis GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985, p. 285.

par l'adoption, mais également la « parenté spirituelle » qui se crée entre les personnes qui participent aux sacrements du baptême et de la confirmation. Le droit romain interdisait le mariage entre personnes apparentées jusqu'au troisième degré ; le droit canonique interdit le mariage entre personnes liées par le sang jusqu'au sixième et compte les degrés à la manière germanique plutôt que romaine : le mariage est nul entre personnes liées par le sang jusqu'au douzième degré selon le calcul romain (sic). Le mariage est nul entre le parrain et la filleule ou la marraine et le filleul, mais également entre le parrain (*compater*, « compère ») et la marraine (*commater*, « commère ») du même baptisé ou du même confirmé⁸⁶.

La doctrine canonique sur la formation du lien est composite. Le droit de l'Église retient des Écritures que le mariage est indissoluble et qu'il est un sacrement. Il retient du droit romain que le consentement des époux crée le lien. Il retient des lois de certains des peuples barbares⁸⁷ qui se sont installés dans l'Empire romain et qui se sont convertis que la relation sexuelle contribue à la formation du lien. La combinaison de ces principes conduit à la règle suivante, élaborée par les « décrétistes »⁸⁸ : le consentement mutuel à se prendre pour époux, exprimé une fois – même en privé et sans témoin, même sans l'accord des parents – et suivi d'une relation sexuelle, engage les époux jusqu'à la mort.

« Lorsque à l'accord consensuel s'ajoute l'union charnelle, il y a *matrimonium consummatum*. Ce qui conduit Roland à reconnaître une "double foi" dans le mariage, celle de l'engagement [...], la *fides pactionis*, et celle de l'union charnelle. Le mariage n'est "parfait" que par cette union, qui seule réalise "le

⁸⁶ A. ESMEIN, préc., note 83, p. 203-334 et 335-402 ; J. DAUVILLIER, préc., note 84, p. 143-200.

⁸⁷ Le Robert donne plusieurs sens au mot « barbare », dont celui, vieilli, qui qualifie ce qui n'est pas civilisé. Dans ce texte, on l'entend au sens qu'il a en histoire, où il désigne l'« Étranger, pour les Grecs et les Romains et, plus tard, pour la chrétienté » : *Le Petit Robert 2014, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, édition numérique, paris, Dictionnaires Le Robert – SEJER, 2013 (sic).

⁸⁸ Nous suivons ici J. GAUDEMET, préc., note 75. Selon toute vraisemblance, il faut comprendre *décrétaliste*, « Jurisconsulte expert dans la connaissance des décrétales », c'est-à-dire des « Lettre et constitution des anciens papes en réponse à des consultations qui leur étaient adressées », plutôt que *décrétiste*, parfois synonyme de décrétaliste, mais surtout « Terme d'ancienne pratique. Celui qui poursuit la vente par décret d'un bien réellement saisi ». Gaudemet désigne vraisemblablement les rédacteurs des décrétales sur le mariage signées par les papes. Nous tirons les définitions du Littré : Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1873-1874.

sacrement du Christ et de l'Église". L'union des corps "signifie celle du Christ et de l'Église". »⁸⁹

Le droit romain connaissait les fiançailles, mais, à l'époque classique, elles pouvaient facilement être rompues; chez les Germains, elles créent une obligation⁹⁰. Le droit canonique en fait une promesse dont on peut obtenir l'exécution par voie de justice. Dans le droit de l'Église, le lien matrimonial se forme par étapes :

« Hostiensis adopte une terminologie que conservera la doctrine classique. Trois qualificatifs marquent les trois étapes [de la formation du lien matrimonial] : *matrimonium initiatum*, pour les fiançailles, *ratum* pour les "paroles de présent" [c.-à-d. l'échange des consentements], *consummatum* par l'union sexuelle. L'échange des consentements fait le *matrimonium ratum*; le lien est alors créé. Mais il ne devient indissoluble que par la consommation de l'union. »⁹¹

Dans ce qu'on nomme la doctrine classique de l'Église sur le mariage, c'est-à-dire celle qui s'était fixée avant le concile de Trente, le mariage, pour être licite, doit être célébré selon la forme prescrite par l'Église, mais omettre de le faire n'entraîne pas la nullité. Même illicite par sa forme, le mariage est valide s'il n'est pas interdit par un empêchement, si les époux ont échangé leurs consentements, même sans témoin, et s'il est consommé. Le concile de Trente « aménage » la règle en 1563 : l'échange des consentements demeure ce qui crée le lien et les époux demeurent les « ministres du sacrement », mais l'acte n'est valide que s'il est constaté par un prêtre et deux autres témoins, et il doit normalement être porté au registre de la paroisse. Jusqu'au concile de Trente, le prêtre accompagne le mariage catholique à peu près comme le rite religieux accompagnait le mariage romain ; après le concile de Trente, il joue, pour l'Église, un rôle analogue à celui que tient aujourd'hui l'officier de l'état civil pour l'État.

Le droit canonique se concentre sur la formation du lien, les empêchements de mariage et la dissolution du lien⁹². Il traite cependant d'autres matières, notamment les effets du mariage sur les personnes. Ses dispositions visent à établir l'égalité entre les époux « dans la mesure du possible »

⁸⁹ J. GAUDEMET, préc., note 75, p. 176.

⁹⁰ A. ESMEIN, préc., note 83, p. 102 et suiv.

⁹¹ J. GAUDEMET, préc., note 75, p. 177.

⁹² Cf. J. DAUVILLIER, préc., note 84.

et à assurer le maintien de la vie commune et l'accomplissement du devoir conjugal y compris par voie de justice. Ses dispositions sur les enfants visent à distinguer les enfants légitimes des enfants illégitimes⁹³.

Le droit canonique ne permet pas de dissoudre le mariage autrement que par la mort. Il admet cependant que dans des causes déterminées, les époux puissent être relevés, par un tribunal, de l'obligation de faire vie commune. Les causes doivent être graves : l'adultère de l'un ou l'autre époux, l'apostasie ou l'hérésie de l'un des époux ainsi que les sévices graves commis par un époux contre l'autre⁹⁴.

L'indissolubilité du mariage rompait avec le droit romain classique qui admettait le divorce et la répudiation. La rupture a créé une difficulté de vocabulaire qui ne s'est résolue qu'assez tardivement :

« Le divorce proprement dit était éliminé du droit canonique occidental, mais le terme *divortium* y resta [et il] n'aura plus son sens ancien et traditionnel. Il désignera deux choses très différentes. Tantôt il désignera le jugement rendu sur une action en nullité de mariage, prononçant qu'il n'existe aucun lien conjugal entre deux personnes unies en fait ; tantôt il répondra à une institution nouvelle, l'ancien divorce pour cause d'adultère, transformé et limité dans ses effets, *divortium quoad torum et mensam*. On peut être étonné de voir deux institutions aussi distinctes confondues sous une même dénomination. Cela vient de ce que, [...] pendant longtemps, on ne les distingua pas nettement l'une de l'autre au point de vue juridique, pas plus qu'on ne les distinguait nettement l'une et l'autre du divorce proprement dit, quand il existait encore. On réunissait sous l'appellation *divortium* tous les cas où deux personnes, ayant vécu comme mari et femme, étaient séparées par un jugement de l'Église les autorisant à cesser, ou leur défendant de continuer la vie commune : l'état de fait étant toujours le même, on ne se demandait pas si l'état de droit était identique. »⁹⁵

Le *divortium quoad torum et mensam* – littéralement le « divorce jusqu'à la couche et à la table », autrement dit la séparation de corps – libère les époux du devoir conjugal ainsi que « de l'obligation de cohabitation et des obligations secondaires qui dérivent de celle-ci » ; il laisse

⁹³ A. ESMEIN, préc., note 83, p. 91 ; Adhémar ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, t. 2, Paris, L. Larose et Forcel, p. 3 à 44.

⁹⁴ A. ESMEIN, préc., note 93, p. 90 et suiv.

⁹⁵ *Id.*, p. 85 et suiv.

subsister l'obligation alimentaire⁹⁶. « L'ancien divorce pour cause d'adultère » du droit romain tardif dont il procède est celui qu'avait introduit la Loi julienne sur la répression de l'adultère.

C. Le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire

Esmein résume comme suit l'histoire des relations entre le droit de l'Église et le droit séculier sur le mariage en Occident :

« Dans le développement général du droit, chez les nations de l'Europe occidentale, la législation canonique du mariage a occupé successivement trois positions distinctes.

D'abord, elle s'est développée à côté du droit séculier, celui-ci restant indépendant et souverain dans son domaine, et n'a exercé qu'une action parallèle. Dans une seconde phase, elle a supplanté et éliminé le droit séculier, elle seule régissant le mariage dans l'Europe chrétienne. Enfin, devant un reflux puissant de la législation civile, elle a dû, dans les temps modernes, abandonner le terrain qu'elle avait ainsi occupé, pour garder seulement son autorité première, et reprendre son ancienne position. »⁹⁷

Le christianisme est en principe licite dans tout l'empire romain à partir de l'édit de tolérance de Galère en 311 ; il le devient vraiment en 313, un an après la prise du pouvoir par Constantin dans la partie occidentale et peu après celle de Licinius dans la partie orientale⁹⁸. Constantin est ouvertement chrétien, même s'il ne reçoit le baptême que peu avant sa mort ; il avantage l'Église durant tout son règne. En particulier, il fait adopter deux « constitutions » – la première en 318 ou 321, la seconde en 333 – qui reconnaissent aux évêques le pouvoir de juger les causes que les chrétiens leur soumettent. Ces constitutions suivent le précepte de la première épître de Paul aux Corinthiens (6, 1-8) qui condamne les fidèles qui font trancher leurs différends par les tribunaux impériaux plutôt que par les chefs de leur église. À première vue, l'octroi de ce pouvoir n'est pas extravagant. Il est conforme au droit romain qui reconnaît la solution des différends civils par le compromis et accepte l'arbitrage ; il est également

⁹⁶ *Id.*, p. 95-86.

⁹⁷ A. ESMEIN, préc., note 83, p. 3 et suiv.

⁹⁸ PAUL VEYNE, *Quand notre monde est devenu chrétien. 312-394*, Paris, Albin Michel, 2007, p. 314 et suiv.

conforme à l'usage oriental où l'arbitrage du chef de la communauté, locale ou religieuse – notamment chez les Juifs –, est fréquent. Ces constitutions donnent cependant aux sentences épiscopales la même autorité que celles des tribunaux qui jugent au nom de l'empereur et ordonnent aux magistrats d'en assurer l'exécution; elles permettent également d'imposer la juridiction de l'évêque à la demande d'une seule des parties alors que l'arbitrage repose sur la volonté commune des deux parties. Elles sont la première reconnaissance, par l'autorité civile, de la juridiction épiscopale qui se développera considérablement au Moyen Âge⁹⁹.

Constantin fait plus que favoriser l'Église, il s'intéresse à ses affaires et spécialement à son unité dogmatique: il intervient dans les débats religieux. En 325, à peine devenu le seul empereur, il convoque le concile de Nicée pour que se résolve la querelle de l'« arianisme » sur la nature du Fils; le concile décrète qu'il est de même nature que le Père. Il intervient plus tard dans la querelle du « donatisme » sur la validité des sacrements administrés par les évêques qui s'étaient soumis à l'autorité impériale pendant la persécution de Dioclétien en 303.

Après Constantin, Théodose est l'empereur dont l'action a été la plus déterminante dans la christianisation du monde romain. En 380, l'« édit de Thessalonique », ou loi *Cunctos populos*, des empereurs Théodose pour l'Orient et Gratien pour l'Occident, oblige tous les peuples qu'ils gouvernent à suivre la foi de l'Apôtre Pierre et ce que professent le pontife Damase – alors évêque de Rome – et Pierre d'Alexandrie – évêque dont l'autorité s'étend sur toute l'Égypte, mais est contestée par les donatistes – y compris le dogme de la Trinité adopté par le concile de Nicée en 325. En 392, Théodose, alors seul empereur, interdit la pratique du paganisme sous peine de confiscation par l'« édit de Constantinople ». Le christianisme de l'Église catholique devient la religion officielle et unique de l'Empire¹⁰⁰.

Constantin s'était voulu chrétien, mais n'avait reçu le baptême que peu avant sa mort: il a favorisé l'Église, mais n'a jamais été soumis à sa

⁹⁹ Jean GAUDEMET, « La Législation religieuse de Constantin », (1947) 33-122 *Revue d'histoire de l'Église de France* 25, 32 et suiv.

¹⁰⁰ Jean GAUDEMET, « L'Église et l'État au IV^e siècle » dans Jean GAUDEMET, *Église et société dans l'Occident au Moyen Âge*, Londres, Variorum Reprints, p. 75, aux pages 84 et suiv.; Élisabeth MAGNOU-NORTIER, *Le code théodosien*, livre XVI, Paris, Les Éditions du Cerf, 2002, p. 97, 379 et 381.

discipline. Théodose est baptisé. Il est excommunié par son évêque lorsqu'il fait massacrer 7 000 personnes pour mater une insurrection à Thessalonique et n'est absous qu'en faisant pénitence¹⁰¹. Théodose favorise lui aussi l'Église, comme le feront ses successeurs, mais il ne prétend pas intervenir dans ses affaires. L'« édit de Thessalonique » est une profession de foi autant qu'un ordre : il impose la foi de l'Église catholique aux citoyens de l'Empire, il interdit aux hérétiques de nommer « églises » leurs lieux de réunion et décrète qu'ils seront poursuivis par l'Empereur de sa propre initiative, mais il ne contribue pas à formuler la doctrine de l'Église. À partir de l'époque de Théodose, l'Église souhaite que l'empereur chrétien respecte l'Église et mette son pouvoir au service de la foi, mais ne se mêle pas de son gouvernement¹⁰². On a dès ce moment les bases d'un rapport dans lequel l'Église prétend définir ce que doit être le droit dans les matières qu'elle estime de sa compétence, dans lequel elle dispose du pouvoir de juger – qu'elle exerce à l'égal du pouvoir impérial ou qu'elle partage avec lui –, mais n'a pas le pouvoir d'exécuter elle-même ses sentences, ce pouvoir demeurant entièrement à l'empereur qui assure cependant de faire exécuter les sentences des évêques.

III. La France

A. L'Europe franque

Les peuples barbares s'installent progressivement dans le territoire de l'Empire romain d'Occident à partir du iv^e s. Dans plusieurs cas, l'Empire officialise leur installation par un traité, le *foedus*, qui leur donne le statut de fédérés : ils reçoivent un territoire en échange du service militaire qui consiste à s'intégrer à l'armée romaine pour lutter contre de « vrais » envahisseurs, les Huns par exemple. Après la déposition du dernier empereur d'Occident en 476, le pouvoir de l'empereur sur l'Occident tend à devenir de pure forme. Le pouvoir devient local et s'organise en royaumes, mais

¹⁰¹ Peter BROWN, *Power and persuasion in late Antiquity. Towards a Christian Empire*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1992, p. 109 et suiv.

¹⁰² J. GAUDEMET, préc., note 100, à la page 84 ; P. VEYNE, préc., note 98, p. 141 à 158 ; É. MAGNOU-NORTIER, préc., note 100, p. 97.

l'ensemble du territoire conserve la plupart des institutions de l'administration romaine¹⁰³.

L'Empire romain est un État, doté d'un droit et d'une administration qui reposent sur l'usage de l'écriture. Les peuples barbares sont des tribus dont la cohésion repose sur les liens personnels et dont les lois sont des coutumes orales. Une fois installés dans l'Empire, ces peuples conservent leurs coutumes, probablement en les modifiant, et, dans plusieurs cas, les consignent par écrit, vraisemblablement avec l'aide de juristes romains. Les Romains et les Barbares qui habitent le même territoire vivent alors sous des lois différentes, les Romains sous le droit romain et les Barbares, sous la loi de leur peuple : dans ce qui deviendra la France, on trouvait le Bréviaire d'Alaric pour les Wisigoths, la Loi Gombette pour les Burgondes, la Loi salique pour les Francs, etc.¹⁰⁴ On décrit cette situation en disant que « chacun vit selon sa loi propre », la *lex originis*, et que prévaut le principe de la personnalité des lois¹⁰⁵.

Les peuples barbares sont chrétiens, mais partisans de l'arianisme, alors que les Romains sont catholiques. Au différend doctrinal s'ajoute une lutte de pouvoir : les ariens ne reconnaissent pas la hiérarchie de l'Église et s'opposent aux pouvoirs des évêques – souvent issus de l'aristocratie de l'Empire – qui se sont accrus après l'effondrement du pouvoir impérial. Les Francs constituent une exception notable : ils sont encore païens au moment où ils s'installent dans l'Empire.

À l'époque des invasions, l'Église est bien installée dans le territoire de l'Empire. L'évêque siège dans la *civitas*, un territoire formé d'une ville et de son arrière-pays, qui est l'ancêtre du diocèse. L'habitat rural n'est pas fixe en dehors des grands domaines – les *villae* : le village et la paroisse n'existent pas encore. Les Barbares sont peu nombreux à s'installer dans les territoires qu'ils conquièrent. Une fois installés en Gaule, les Francs forment 2 % ou 3 % de sa population, l'essentiel de celle-ci étant gallo-romaine. L'Église a une structure hiérarchique qui englobe tout le territoire de l'Empire alors que le pouvoir du roi barbare est limité au territoire qu'il contrôle. Dans les faits, les évêques sont les chefs locaux des Romains et,

¹⁰³ Claude GAUVARD, *La France au Moyen Âge du v^e au xv^e siècle*, Paris, PUF, 2004, p. 6 et suiv.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 15 et suiv.

¹⁰⁵ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 2.

en Gaule, de la population gallo-romaine. Cette situation amène Clovis, le roi des Francs au moment où ceux-ci s'installent en Gaule, à rechercher l'appui de l'Église. Sa conversion au catholicisme, à la toute fin du v^e s., contribue en retour à renforcer le pouvoir de l'Église et à affaiblir l'arianisme¹⁰⁶.

En 751, Pépin devient roi en se faisant sacrer par l'évêque Boniface. Il est sacré à nouveau en 754, cette fois-ci par le pape Étienne II. Il s'agit d'une innovation : jusque-là, les rois étaient élus par l'aristocratie. Le sacre, imaginé par un évêque proche de Pépin, reprend le rite par lequel le prêtre reçoit l'épiscopat et évoque l'onction par laquelle David était devenu roi de Juda, puis d'Israël¹⁰⁷ ; il manifeste l'alliance de l'Église et du pouvoir royal. L'investiture par l'Église confère à Pépin la légitimité qui lui permet de supplanter la dynastie mérovingienne et de fonder ce qui deviendra la dynastie carolingienne. À partir de ce moment, les rois de France sont investis par le sacre, comme les évêques, et le trône se transmet de plus en plus de manière héréditaire, l'élection par l'aristocratie perdant graduellement son importance¹⁰⁸. Charles, fils de Pépin et futur Charlemagne, reçoit l'onction royale du pape Étienne II en même temps que son père. À Rome, en 800, le pape Léon III le couronne empereur, mais en modifiant le rite du couronnement de l'empereur byzantin de manière à faire comprendre que c'est l'Église qui fait l'Empereur ; la cérémonie manifeste néanmoins l'alliance de l'Église et de l'Empire.

La monarchie franque opère en amalgamant les pratiques romaines et barbares. Le roi contrôle les terres qui forment le domaine public – le *fisc* –, la perception des impôts et l'octroi des charges publiques, hérités de l'Empire. Le district administratif est le comté, à proprement parler une *civitas* ou un *pagus* ; le comté est placé sous l'autorité d'un comte – *comes*, « compagnon » de l'Empereur, titre repris du vocabulaire administratif de l'Empire – que le roi nomme et peut révoquer. Sous Charlemagne, l'Empire compte plus de deux cents comtés. Le comte détient les pouvoirs militaires, administratifs, financiers et judiciaires dans son comté : il est notamment chargé de la perception des impôts et des amendes ainsi que de l'exercice la justice. Il préside le *mallus publicus*, le tribunal public formé de l'assemblée des hommes libres, qui fait office de tribunal supérieur ; la

¹⁰⁶ C. GAUVREARD, préc., note 103, p. 10 et suiv.

¹⁰⁷ Cf. 2 S 2, 4 ; 5, 3 (soit le 2^e livre de Samuel, chapitre 2, verset 4 et chapitre 5, verset 3).

¹⁰⁸ C. GAUVREARD, préc., note 103, p. 79 et suiv.

justice de proximité se rend dans les subdivisions du comté, les *vigueries* dans le Midi et les *centaines* dans le Nord¹⁰⁹. Le roi dispose par ailleurs de ses richesses privées, essentiellement les terres qu'il a conquises, leur produit et le butin de ses guerres. Le roi se maintient au pouvoir par les dons qu'il fait aux membres de l'aristocratie et qui lui assurent leur fidélité. Les charges publiques, notamment celle de comte, mais aussi la charge d'évêque et même celle d'abbé font partie de ces dons; l'évêque n'est plus élu par les fidèles de l'église de sa ville, sa nomination est contrôlée par le roi¹¹⁰. En principe, les hommes qui reçoivent ces charges les occupent temporairement et font carrière en circulant dans le royaume, comme c'était le cas dans l'Empire romain. Ces hommes prêtent allégeance au roi en tant que chef de l'administration, mais prêtent également serment à sa personne selon l'usage franc. Le public et le privé se confondent, dans les biens du roi et dans les liens qui l'unissent aux membres de l'aristocratie.

Les membres de l'aristocratie franque tirent leur richesse des dons du roi, de la richesse matérielle attachée aux charges qu'ils occupent et également des terres qu'ils reçoivent et qui deviennent leur patrimoine privé. Ils consolident leur position par des alliances multiples. Les alliances matrimoniales peuvent être compliquées parce que la société franque n'est pas strictement monogame. On fonde d'autres alliances sur la fraternité d'armes ou encore en participant au même sacrement, notamment le baptême¹¹¹. La loi franque prévoit qu'on transmet son bien à ses descendants en le partageant en parts égales; à la mort du roi, le royaume se partage entre les fils du roi comme s'il s'agissait d'un bien privé. Les évêques sont nommés dans leur ville d'origine et leur charge ajoute les biens d'église à leur patrimoine et leur permet d'étendre leur influence. Règle générale, le roi ne nomme pas les comtes dans leur ville d'origine afin d'éviter que leur charge ne contribue à accroître leur pouvoir personnel en l'enracinant.

Les rois francs, et surtout ceux de la dynastie carolingienne, sont des législateurs dont l'idéal est la forme écrite¹¹²: ils promulguent des lois, les capitulaires, qui sont écrites, copiées et diffusées. L'édition qui fait encore

¹⁰⁹ *Id.*, p. 94 et 95.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.*, p. 57 et suiv.

¹¹² Jean-Charles PICARD, « L'ordre carolingien », dans Jacques LE GOFF et René RÉMOND (dir.), *Histoire de la France religieuse*, t. 1 « Des dieux de la Gaule à la papauté d'Avignon », Paris, Éditions du Seuil, 1988, p. 169, aux pages 169 à 281.

autorité aujourd'hui contient 12 capitulaires des rois mérovingiens, 6 de Pépin et 69 de Charlemagne¹¹³. Règle générale, les capitulaires sont promulgués au terme d'une assemblée qui regroupe les comtes, les évêques et les abbés¹¹⁴. Selon le cas, ils sont rédigés à l'avance par des spécialistes avant que l'assemblée ne les discute, ou bien ils sont rédigés à partir des débats. Les capitulaires portent sur plusieurs sujets séculiers dont l'administration du royaume et celle des domaines royaux, mais ils accordent une place importante aux questions religieuses. L'ouvrage qui fait autorité sur la législation religieuse de l'époque renvoie aussi bien aux capitulaires qu'aux actes des conciles, aux statuts diocésains et aux règles monastiques¹¹⁵. Le même auteur écrit ailleurs que « Pépin protège l'Église, nomme les évêques et légifère pour elle »¹¹⁶. Charlemagne n'agit pas différemment. L'« Exhortation générale » de 789 – l'*Admonitio generalis* – donne force de loi à la discipline de l'Église : elle contient 82 articles, certains très longs, qui reprennent des règles tirées des canons des conciles ou directement des Écritures et dont chacun est adressé aux évêques, aux prêtres ou « à tous »¹¹⁷. La plupart des capitulaires, même ceux qui portent principalement sur des sujets séculiers, renvoient au dogme catholique, s'adressent en partie au clergé ou encore au peuple en tant qu'il est formé des fidèles de l'Église. En principe, la législation royale, même à l'époque franque, doit s'en tenir au gouvernement, à la justice et à l'administration et éviter toute prescription de droit privé¹¹⁸ : les règles de l'Église qui gouvernent le mariage et qu'on retrouve dans les capitulaires n'appartiennent pas au droit privé.

Le droit romain permettait le divorce. En plus du mariage, qui était réservé aux gens libres, il reconnaissait deux autres formes d'unions conjugales, mais dont les effets civils étaient limités : le concubinat – *concubinitus* –, qui permettait à un homme d'établir une relation conjugale avec une femme qu'il ne pouvait pas épouser à cause de l'écart de condition, et le *contubernium*, qui le permettait à deux esclaves ou à une personne libre

¹¹³ Voir : Alfred BORETIUS, *Monumenta Germaniae Historica, Legum Sectio II, Capitularia Regum Francorum*, t. 1, Hanovre, Impensis Bibliopolii Hahniani, 1883.

¹¹⁴ Charles DE CLERCQ, *La Législation religieuse franque de Clovis à Charlemagne*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936, p. 158.

¹¹⁵ Il s'agit de l'ouvrage que nous citons plus haut : *id.*

¹¹⁶ Charles DE CLERCQ, *Neuf Capitulaires de Charlemagne*. Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, p. 1.

¹¹⁷ *Id.*, p. 9-34.

¹¹⁸ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 2.

et un esclave¹¹⁹. D'après Goody¹²⁰, différentes sources permettent d'entrevoir que les Saxons et les Germains encourageaient le mariage entre cousins, admettaient le divorce, pratiquaient l'adoption et acceptaient qu'un homme marié ait une seconde épouse. Les rois mérovingiens et carolingiens ont eu plusieurs épouses et des concubines¹²¹. Le droit romain et celui des peuples barbares étaient assez éloignés de la doctrine de l'Église sur le mariage.

À partir de Constantin, puis au fur et à mesure de la conversion des peuples barbares, l'Église impose progressivement sa doctrine à l'ensemble de l'Europe; elle se heurte à la résistance des peuples et n'y parvient qu'après plusieurs siècles. Elle y travaille encore au *xi*^e s., où Duby étudie ce qu'il nomme le conflit entre la morale des prêtres et la morale des guerriers: les premiers ne voient que concupiscence et inceste dans les divorces et les remariages des seigneurs féodaux alors que ceux-ci cherchent à établir des alliances avantageuses et à assurer la continuité de leur lignée plus qu'à satisfaire leurs désirs¹²². Lorsque l'Église achève d'imposer sa doctrine, elle a profondément transformé les pratiques conjugales et familiales des peuples de l'Europe.

Après la division de l'Empire entre les fils de Charlemagne, on réforme l'administration en confiant la charge de plusieurs comtés à la même personne qui porte le titre de «prince» – *princeps*. En théorie, le prince, comme le comte, n'est pas nommé dans sa région d'origine et peut être révoqué. En pratique, les princes s'implantent localement comme les comtes avaient commencé à le faire et s'attachent le service d'inférieurs en échange de bienfaits, reprenant ainsi le modèle qui liait les membres de l'aristocratie au roi. Les charges publiques deviennent permanentes et héréditaires et elles s'exercent au bénéfice de qui les détient et non plus à celui du roi qui perd la plus grande partie de ses pouvoirs¹²³. L'aristocratie mérovingienne accordait une grande place aux alliances «horizontales»;

¹¹⁹ S. TREGGIARI, préc., note 27, p. 51-54.

¹²⁰ Jack GOODY, *The development of the family and marriage in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 34 et suiv.

¹²¹ Suzanne Fonay WEMPLE, *Women in Frankish society. Marriage and the cloister 500 to 900*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1981, p. 38 et suiv.

¹²² Georges DUBY, *Le Chevalier, la femme et le prêtre. Le mariage dans la France féodale*, Paris, Hachette, 1981, p. 40-43.

¹²³ François OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 3^e éd., Paris, CNRS Éditions, 1992, p. 106 et suiv.

« les grandes familles mérovingiennes changeaient souvent de résidence [alors que] les familles carolingiennes sont établies sur leurs domaines et liées à un pays »¹²⁴. L'enracinement du pouvoir et de la richesse, l'importance du titre – qui ne peut pas être partagé entre plusieurs héritiers – et la doctrine de l'Église sur le mariage – qui impose la monogamie et interdit le divorce ainsi que l'adoption – favorisent le développement de la lignée et de la primogéniture. La seigneurie se met en place. Elle repose en bonne partie sur le *ban*, c'est-à-dire sur le pouvoir d'origine publique d'ordonner, contraindre et punir dans un territoire donné, souvent petit, qui passe aux princes et aux comtes¹²⁵. Dans ce système, la justice civile peut être assurée, bien ou mal, mais personne ne peut exercer le pouvoir législatif : le dernier capitulaire date de 884 et l'activité législative s'interrompt ensuite pendant trois siècles¹²⁶. C'est ce contexte qui permet à l'Église de développer son droit et sa justice, et qui fait apparaître le droit coutumier.

B. Le droit français

Le droit romain avait un fond coutumier, mais il a été consigné par écrit assez tôt et il s'est développé par le travail des jurisconsultes, la jurisprudence, les décisions du Sénat et les ordonnances des empereurs ; c'est un droit écrit, savant et finalement codifié. Ce qu'on entend habituellement aujourd'hui par « droit coutumier » se développe en Europe à l'époque où le pouvoir législatif ne s'exerce pas et où il ne reste pas grand-chose de l'enseignement du droit¹²⁷. Ourliac et de Malafosse recensent trois origines possibles des coutumes dans les travaux des historiens : selon certains, elles dériveraient du droit germanique apporté par les peuples barbares, selon d'autres, elles seraient une forme de droit populaire – *Volk-srecht* – opposé au droit du roi – *Reichsrecht* –, et selon une hypothèse plus moderne et moins romantique, elles procéderaient d'une forme de droit vulgaire ou local qui survivait dans l'Empire « dissimulé sous le droit romain “officiel” et qui persiste ou ressurgit à l'époque franque »¹²⁸ ; ce droit vulgaire serait probablement d'origine celte et proche, pour cette

¹²⁴ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 5.

¹²⁵ C. GAUVARD, préc., note 103, p. 155 et suiv.

¹²⁶ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21.

¹²⁷ Pierre RICHÉ, *Éducation et culture dans l'Occident barbare VI^e-VIII^e siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 1995, p. 65 et suiv.

¹²⁸ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 3.

raison, des coutumes germaniques¹²⁹. Au fil du temps, de nouveaux usages s'ajoutent à ce fond. Certains sont, à l'origine, des conventions contractuelles établies entre familles puissantes qui en viennent, avec le temps, à devenir des règles « impossible d'enfreindre ». D'autres, au contraire, proviennent du « droit des petites gens », traditionnel et communautaire, où l'individu disparaît dans le groupe¹³⁰.

La famille jouait un rôle important dans la société romaine, mais, dans le droit romain, elle s'identifiait à la personne du *paterfamilias* qui disposait à sa guise des biens de sa famille. Pour cette raison, et malgré le paradoxe, le droit romain était individualiste. Le droit coutumier, au contraire, est familial et communautaire, même dans le Midi de la France où le droit romain s'était bien implanté :

« Dans cette débâcle, il n'y a pas de place pour l'homme isolé et la famille maintient ou renforce sa cohésion. La solidarité des parents qui existe toujours dans les sociétés primitives devient maintenant le fait social essentiel qui explique les formes de la procédure, comme celles de la propriété. Les droits de l'individu – qu'il prétende les exprimer dans un testament ou dans une vente – se heurtent aux droits de ses parents. [...] La solennité des actes, la présence de témoins ou de garants ne sont elles-mêmes qu'un moyen d'imposer partout le contrôle de la famille. »¹³¹

Le droit romain en était venu à valoir sur tout le territoire de l'Empire, entre autres dans la Gaule romaine. À la Révolution, on posera comme principe que la loi doit être la même pour tous. Le droit privé qui se développe à partir du ix^e s. dans ce qui deviendra la France est au contraire local, particulier et diversifié : « Chaque classe, chaque pays, parfois chaque ville, a ses lois, ses coutumes et ses juges »¹³² ; le droit familial est la partie du droit privé où la diversité est la plus grande¹³³.

Les Romains pouvaient admettre que les peuples intégrés à l'Empire conservent, au moins jusqu'à un certain point, leurs coutumes de droit privé, mais il était clair que le Sénat et l'Empereur pouvaient modifier tout le droit romain. Sous la République, le Sénat n'intervenait pas dans ce qu'il était convenu de laisser au soin des familles, mais rien ne lui aurait interdit

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*, p. 4 et suiv.

¹³¹ *Id.*, p. 5.

¹³² *Id.*, p. 1.

¹³³ *Id.*

de le faire. Philippe Auguste, roi de 1179 à 1223, entreprend d'imposer l'autorité royale sur son territoire, notamment en s'inspirant de l'action qu'Henri II Plantagenêt avait menée en Angleterre quelques années plus tôt. Il nomme des officiers – baillis dans le Nord, sénéchaux dans le midi – qui rendent la justice en son nom. La renaissance du droit romain, qui accompagne l'action du roi, « aura pour premier effet de faire apparaître l'originalité des usages suivis et de susciter, surtout là où les droits de la famille étaient en question, un réflexe de défense; et celui-ci est, d'abord, une prise de conscience du “fait coutumier” »¹³⁴. La théorie juridique de la France médiévale se constitue dans ce contexte: elle pose alors comme principe que « le roi est “tenu à garder les coutumes du royaume” et ne doit en rien y contrevenir »¹³⁵. Les capitulaires ne touchaient que très peu au droit privé; jusqu'à la Révolution, les ordonnances des rois de France n'y toucheront pas.

La coutume est d'abord une œuvre purement privée: elle n'est pas codifiée, elle n'est pas promulguée, elle n'est pas écrite: « elle est un “fait” qu'à l'occasion d'un procès les parties doivent prouver par enquête (par turbe). Les coutumiers [...] sont l'œuvre de particuliers et ils n'ont d'autre autorité que celle que mérite leur auteur »¹³⁶. Au xv^e s., Charles VII puis Charles VIII décrètent que « les coutumes seront “accordées par les praticiens du pays” puis “décrétées et confirmées” par le roi »¹³⁷. À partir de ce moment, les coutumes sont rédigées et promulguées, et leur autorité repose, au moins en partie, sur le pouvoir législatif du souverain. Malgré cela, la nature de la coutume ne change pas, au moins en principe: « on continue à dire que c'est le peuple qui fait la loi [...] et le peuple, en effet, intervient deux fois dans la procédure: d'abord, par des praticiens, qui établissent le projet de rédaction, ensuite, après que le projet ait été soumis aux commissaires du roi, pour l'adopter dans une assemblée des trois ordres du pays »¹³⁸.

Ourliac et de Malafosse résument comme suit les conséquences de la rédaction des coutumes:

¹³⁴ *Id.*, p. 6.

¹³⁵ *Id.*, p. 1.

¹³⁶ *Id.*, p. 7.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *Id.*, p. 8.

« [la rédaction] consolide l'autorité des coutumes par l'intervention du roi; elle fournit un texte officiel de la coutume; elle aboutit parfois à une simplification: de nombreuses coutumes locales disparaissent pour n'avoir pas été soumises aux commissaires royaux ou admises par eux; elle "cristallise" le droit coutumier qui, désormais, n'évolue plus guère de lui-même; mais, à l'inverse, elle permet aux juristes de commenter les coutumes, de les comparer entre elles et d'élaborer une doctrine coutumière qui marquera l'évolution postérieure. »¹³⁹

Le droit coutumier apparaît dans un monde où le pouvoir législatif n'est pas exercé et l'enseignement du droit à peu près inexistant. Il est local et diversifié, spécialement dans ses dispositions sur la famille. L'intérêt pour le droit romain, la rédaction des coutumes et l'enseignement universitaire du droit font se poser la question du droit commun. L'idée de droit commun vient des stoïciens et avait été reprise par les juristes romains: selon les Pandectes, le droit commun est celui qui est conforme à la raison alors que le droit particulier – *ius proprium* ou *ius singulare* – s'oppose à la raison et « n'est édicté que pour quelque utilité particulière ». Au Moyen Âge, on en retient que l'opinion commune est la meilleure: le droit d'un seul lieu paraîtra odieux et on l'interprétera de manière à en restreindre la portée. Par ailleurs, on en vient, en France, à voir le droit romain comme un droit commun supplétif, c'est-à-dire le droit qui s'applique lorsque la coutume est muette. Le droit romain « contamine » également progressivement les coutumes elles-mêmes, en partie à cause de l'influence de l'université, mais aussi parce que le droit romain est individualiste et que la volonté de s'éloigner du droit féodal rapproche du droit romain. Le mouvement « romanisant » entraîne une réaction pour laquelle les coutumes sont le vrai droit commun de la France. On en arrive à l'idée d'un droit commun coutumier qui se développe par la doctrine; l'influence de cette idée conduira à interpréter les dispositions particulières de manière à les restreindre et, plus généralement, à unifier les coutumes. La coutume de Paris deviendra le modèle du droit coutumier commun et deviendra le droit supplétif du Nord de la France alors que le droit écrit demeurera le droit supplétif du Midi. Au long du processus, le sens du problème de l'unité de la loi change: « Cette unité tenait, pour les hommes du *xvii*^e s., à un postulat politique: l'autorité du roi; elle va tenir plutôt au *xviii*^e s. à un

¹³⁹ *Id.*

postulat philosophique: l'unité du droit qui vient de l'empire de la raison»¹⁴⁰.

Les coutumes qui règlent les questions de droit privé sont différentes d'une région à l'autre, mais l'Europe tout entière possède un véritable droit commun sur le mariage: sur cette question, le droit canonique s'applique partout jusqu'à la Réforme. Sous les carolingiens, les tribunaux séculiers et les tribunaux d'Église avaient, en principe, tous les deux juridiction sur le mariage. La situation créait peu de conflits dans la mesure où le roi donnait force de loi à la doctrine de l'Église par sa propre action législative et qu'il contrôlait de fait l'action judiciaire de l'Église en l'associant à la sienne: l'évêque et le comte – les *missi dominici*, les envoyés du maître – siégeaient régulièrement côte à côte. La situation change après l'effondrement de l'empire carolingien. Pendant trois siècles, le pouvoir législatif civil ne s'exerce pas et le pouvoir judiciaire civil est essentiellement local. Pendant cette période, et même au-delà, l'Église demeure la seule organisation paneuropéenne; par ailleurs, elle est affranchie de la tutelle du pouvoir royal qui n'existe plus. Elle utilise l'occasion pour affirmer son indépendance, centraliser son organisation, affermir sa discipline interne, transformer les décisions de ses instances en véritable système de droit et établir sa juridiction exclusive, législative et judiciaire, sur les deux matières où la doctrine chrétienne sur le mariage heurte le plus les pratiques et les désirs des peuples: le divorce et l'empêchement dû à la consanguinité¹⁴¹.

En France, à partir de Philippe Auguste, le droit matrimonial évolue dans un contexte où les pratiques locales s'opposent à l'unification et où le pouvoir royal s'oppose à celui de l'Église. La première opposition porte sur le détail des effets civils du mariage; la seconde porte sur l'étendue de la juridiction de l'Église. La première a fait en sorte que le droit matrimonial français accepte que les époux conviennent de la nature et de l'étendue de leurs relations économiques pendant le mariage. La seconde a mené à ce qu'il est convenu de nommer les «libertés gallicanes»¹⁴².

¹⁴⁰ *Id.*, p. 12 et suiv.

¹⁴¹ P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, préc., note 85, p. 285-288. Plus spécialement sur cette question, voir: Pierre DAUDET, *L'établissement de la compétence de l'Église en matière de divorce et de consanguinité (France. X^{ème} – XI^{ème} siècles)*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1941.

¹⁴² P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 203 et suiv.

En droit français, « [c]ouramment, le “contrat de mariage” ne désigne pas le mariage lui-même mais les conventions pécuniaires négociées par les époux et plus encore par leurs familles »¹⁴³. La pratique du contrat de mariage est répandue et, en l’absence de registre des mariages, le contrat fait la preuve du mariage et le distingue du concubinat. Le contrat fait habituellement état d’une dot qui désigne parfois, conformément à l’usage romain, l’apport de l’épouse ou de sa famille, et parfois, selon l’usage franc et wisigothique, le don fait par l’époux à l’épouse. La pratique de la dot est répandue dans toute la France, mais les pays de droit écrit et la Normandie la traitent d’une manière particulière et développent le régime matrimonial dotal, distinct de la communauté et de la séparation des biens. Certains nobles fixent leurs conventions selon leur bon vouloir et trouvent les arguments juridiques qui leur permettent de le faire¹⁴⁴. Le contrat de mariage fixe les relations économiques entre les époux pendant le mariage, mais surtout, il règle à l’avance la transmission du patrimoine de chacun des époux à la génération suivante :

« Partout, [...] et même pour les plus démunis, la préoccupation première des époux n’est pas de prévoir les conditions de leur vie commune mais la dévolution des biens qui suivra la mort de l’un d’eux, et cela apparaît dans la formation des coutumes : tandis qu’au début du XIII^e siècle le douaire de la femme veuve est pleinement reçu, les règles du régime matrimonial demeurent fort imprécises. »¹⁴⁵

En droit français, le contrat de mariage ne fait pas que fixer les relations économiques entre les époux pendant le mariage. Il est également un instrument de transmission du patrimoine d’une génération à l’autre : « À la différence de notre ancien droit, qui considère la succession comme un phénomène collectif, comme la substitution d’une génération à une autre, le droit romain retient l’aspect strictement individuel de l’opération »¹⁴⁶. Cette différence souligne un paradoxe. Dans le droit civil romain, l’unité de base est la famille placée sous la puissance du *paterfamilias*, seul sujet de droit au sens plein. Le mariage, même s’il est une alliance entre familles, est traité comme l’union de deux individus malgré que l’un, l’époux, ne soit pas nécessairement sujet de droit et l’autre, l’épouse, ne le soit presque

¹⁴³ P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, préc., note 85, p. 299.

¹⁴⁴ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 8 à 12 et p. 241 à 291 ; P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, préc., note 85, p. 299 à 301.

¹⁴⁵ P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, préc., note 85, p. 301.

¹⁴⁶ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 297.

jamais. Malgré l'importance juridique de la famille, le mariage est surtout l'affaire du couple et la succession, celle du père, de la mère et de leurs enfants. Elle suit les règles du droit ou bien se règle par testament. Le droit français consacre l'autorité du mari sur sa femme et sur ses enfants, mais ne connaît rien d'analogue à la puissance du *paterfamilias* sur ses fils majeurs. Pourtant, le mariage, dans la mesure où il transmet le patrimoine des lignées de chacun des époux, est vraiment conçu et organisé du point de vue de la continuité des lignées : le mariage se fait rarement sans le consentement des pères des deux époux qui interviennent dans la rédaction du contrat où est normalement établi l'essentiel de la succession de deux époux.

Le droit romain de l'époque impériale avait restreint la liberté de tester. En suivant un raisonnement analogue à celui qui avait permis d'introduire l'obligation alimentaire entre parents et enfants dans le droit civil, la jurisprudence établit que le père sain d'esprit – celui qui agit en raison de la nature et accomplit son devoir d'affection, *ex officio pietatis* – ne peut pas exhériter ses enfants¹⁴⁷. Les héritiers *légitimes* ont ainsi droit au quart de la succession ; on nomme cette part la « légitime »¹⁴⁸ ; elle est à l'origine de la réserve du droit français. La succession étant pensée comme la substitution d'une génération à l'autre, le contrat de mariage remplace souvent le testament : on doit donc y fixer plusieurs détails de la succession. En conséquence, même dans les territoires où la coutume impose la communauté, les époux peuvent convenir « de modifier sa composition ou sa liquidation »¹⁴⁹. Ce système ne fonctionnerait pas si les époux pouvaient changer le contrat une fois le mariage conclu : en droit français, jusque très tard, on ne modifie pas son contrat de mariage¹⁵⁰.

Les droits de chaque époux sur les biens sont fixés par le contrat, mais également par la coutume. Les pratiques coutumières varient selon les lieux et évoluent jusqu'à la Révolution. L'influence du droit romain est plus forte dans le Midi, celle des pratiques franques et wisigothiques plus nette dans le Nord. Certaines coutumes sont marquées par la volonté, propre aux familles de propriétaires terriens, de distinguer les patrimoines

¹⁴⁷ *Id.*, p. 326 et suiv.

¹⁴⁸ Richard H. HELMHOLZ, « *Legitim* in English legal history », (1984) *U. Ill. L. Rev.* 659, 661.

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 262.

des époux afin de les conserver dans la famille de chacun et les transmettre à la génération suivante. D'autres font une place plus grande à la communauté d'intérêt que forment les époux dont on présume qu'ils possèdent peu au moment du mariage et qu'ils prospéreront ensemble. On en vient progressivement à distinguer nettement le régime de la communauté des biens et celui de la séparation des biens. Règle générale, les dispositions coutumières protègent la veuve et lui assurent un douaire même lorsque le contrat de mariage ne le prévoit pas; le douaire coutumier est généralement fixé à une fraction de la dot.

La femme mariée vit sous la puissance de son mari qui gère les biens du ménage, même ceux qui appartiennent à la femme et même lorsque les époux vivent en séparation de biens. Il est rare que l'épouse puisse agir seule, mais le droit des pays de coutume admet que les époux forment une communauté et doivent normalement agir ensemble. Les choses sont différentes dans les pays de droit écrit: les juristes «romanistes» ne considèrent pas que les époux puissent former une communauté, mais les actes privés et les statuts des villes montrent que dans les faits et malgré la pratique généralisée de la dot, on admet que les époux puissent agir comme s'ils formaient une communauté¹⁵¹.

Au Moyen Âge, les tribunaux ecclésiastiques – les «officialités» – pouvaient entendre des causes en tout genre; ils appliquaient le droit romain et le droit canonique. Dans bien des cas, le plaignant pouvait à son gré s'adresser à la justice seigneuriale, à la justice royale ou à la justice d'Église. À partir de François 1^{er}, les rois réduisent progressivement la compétence judiciaire de l'Église. Le premier article de l'Ordonnance d'août 1539, dite «Ordonnance de Villers-Cotterêts», interdit aux sujets de porter leurs causes «pures personnelles» devant les juges d'Église; le deuxième interdit aux tribunaux ecclésiastiques de les entendre. Le quatrième article limite la juridiction des tribunaux ecclésiastiques sur les laïcs aux causes «ès-matières de sacrement et autres pures spirituelles et ecclésiastiques» et précise que les clercs mariés et non mariés relèvent de la cour séculière «tant ès-matières civiles que criminelles». Ils réduisent également son pouvoir législatif: les lois de l'Église ne valent en France que dans la mesure où le roi le permet expressément. L'Église résiste sur les matières

¹⁵¹ *Id.*, p. 131 et suiv.

qui la touchent directement, mais également sur tout ce qui concerne le mariage¹⁵².

Pour l'Église, le mariage est un contrat-sacrement, c'est-à-dire qu'il est indissociablement un contrat de droit naturel institué par Dieu et un sacrement qui unit les deux époux en une seule chair¹⁵³. Pour le roi et les juristes français qui soutiennent sa position, il est un sacrement *et* un contrat. Selon les principes énoncés dans l'Ordonnance de 1539, seuls les aspects spirituels du mariage relèvent de la justice d'Église. L'Église ne dissocie pas le sacrement et le contrat, et prétend qu'ayant nécessairement juridiction sur le mariage en tant que sacrement, elle a également juridiction sur le mariage en tant que contrat et donc sur une partie des effets du mariage, sinon pour légiférer, certainement pour entendre plusieurs des causes liées au mariage. La doctrine juridique française sur le mariage s'élabore progressivement par le travail des juristes, les ordonnances royales et les décisions des parlements; on considère généralement que le *Traité du contrat de mariage* de R.-J. Pothier fait autorité sur ce qu'elle était à la fin de l'Ancien Régime. L'annulation relève normalement de l'officialité, mais la partie qui veut faire annuler un mariage que l'officialité refuse d'annuler peut en appeler au parlement en alléguant que le tribunal ecclésiastique a mal interprété les canons ou les lois du royaume. Cette voie extraordinaire – l'« appel comme d'abus » – était devenue courante à la fin de l'Ancien Régime. En pratique, l'appel comme d'abus place la justice ecclésiastique sous le contrôle de la justice séculière au moins dans les matières qui touchent au mariage. Par ailleurs, l'annulation relève strictement de la justice séculière lorsque les parents veulent faire annuler un mariage conclu sans leur consentement et lorsque la cause est introduite

¹⁵² Le roi de France n'est pas le seul à limiter le pouvoir temporel de l'Église à cette époque. La réforme entreprise par Luther vise autant à réduire ce pouvoir qu'à réformer l'Église; voir, par exemple: Martin LUTHER, «À la noblesse chrétienne de la nation allemande sur l'amendement de l'état chrétien», dans *Luther, les grands écrits réformateurs*, Paris, Garnier-Flammarion, 1992, p. 101, aux pages 99 à 199.

¹⁵³ Sur la doctrine du contrat-sacrement, voir: Geneviève SERRIER, «La doctrine du mariage contrat-sacrement selon le Concile de Trente» dans Geneviève SERRIER (dir.), *De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrement et plus particulièrement de la doctrine augustinienne du mariage*, Paris, E. de Broccard, 1928, p. 213 et Geneviève SERRIER, «La doctrine du mariage contrat-sacrement du Concile de Trente au *Codex iuris canonici*», dans Geneviève SERRIER (dir.), *De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrement et plus particulièrement de la doctrine augustinienne du mariage*, Paris, E. de Broccard, 1928, p. 226.

après le décès d'un des époux dans le cadre du règlement d'une succession¹⁵⁴. La demande en séparation d'habitation – c'est-à-dire en séparation de corps – est également entendue par le juge séculier¹⁵⁵. Elle n'est accordée que pour motifs graves¹⁵⁶. L'épouse ne peut la demander que pour des motifs précis dont ne fait pas partie l'adultère de l'époux¹⁵⁷. La séparation d'habitation entraîne la séparation des biens: lorsqu'elle est prononcée, l'épouse en communauté de biens peut demander le partage alors que l'épouse en séparation de biens reprend ses biens dont la dot¹⁵⁸. L'époux ne peut demander la séparation d'habitation que pour l'adultère de son épouse¹⁵⁹. Dans ce cas, l'épouse est condamnée à la réclusion dans un couvent¹⁶⁰.

Pothier distingue les obligations qui naissent du mariage et les effets civils qu'il produit¹⁶¹. Le mariage entraîne, pour l'époux, l'obligation de subvenir aux besoins de sa femme – à même ses biens, ceux de sa femme qu'il contrôle ou encore du fruit de son travail – et pour les deux époux, l'obligation de subvenir aux besoins de leurs enfants. L'époux peut demander au tribunal de forcer son épouse à regagner le domicile conjugal si elle l'a quitté; l'épouse et les enfants peuvent demander au tribunal de forcer l'époux ou le père à subvenir à leurs besoins. Deux passages montrent clairement que, pour Pothier, les obligations matérielles qui naissent du mariage relèvent de la justice «civile» dont on comprend qu'elle se confond avec la justice séculière:

¹⁵⁴ Robert-Joseph POTHIER, *Œuvres de Pothier, tome septième, Traité du contrat de mariage et de la puissance du mari*, Paris, Siffrein, 1822, n° 452-455, p. 294 à 296.

¹⁵⁵ *Id.*, n° 518, p. 340. Pothier consacre tout le chapitre 3 de la partie VI de son *Traité du contrat de mariage* à la séparation d'habitation.

¹⁵⁶ *Id.*, n° 517, p. 340.

¹⁵⁷ *Id.*, n° 516, p. 339 et aussi n° 526, p. 343.

¹⁵⁸ *Id.*, n° 522, p. 342.

¹⁵⁹ *Id.*, n° 525, p. 343.

¹⁶⁰ *Id.*, n° 527, p. 344. Pothier précise que le droit français a tiré cette peine «de la novelle de Justinien». Il s'agit de Nov. 134.10. La réclusion dans un couvent – en fait, dans un monastère, *in monasterium mitti* – n'a pu devenir une peine qu'une fois la christianisation de l'Empire avancée. Dans le droit romain, cette peine semble avoir remplacé la relégation introduite par la *lex Iulia de adulteriis coercendis*. Cf. *Les nouvelles de l'Empereur Justinien*, tome second, traduites en français par Alphonse Béranger, Metz, Lamort, 1811, p. 267 à 268.

¹⁶¹ Il consacre toute la cinquième partie de son traité, qui s'intitule «Des obligations qui naissent du mariage, et des effets civils qu'il produit», à ces deux questions. *Id.*, n° 379-441, p. 246-283.

« De l'obligation que contracte le mari envers sa femme, de la recevoir chez lui et de l'y traiter maritalement, naît une action civile que la femme, lorsque son mari l'a chassée de chez lui, et refuse de l'y recevoir, peut intenter en justice contre lui pour l'y faire condamner. »¹⁶²

« S'il se trouvait père et mère qui fussent assez dénaturés pour manquer à ce devoir [élever, nourrir et éduquer leurs enfants], le ministère public, sur la dénonciation des parents, pourroit (*sic*) les poursuivre, pour, après information des mauvais traitements, et du refus des choses nécessaires, faire ordonner par le juge ce qu'il estimeroit (*sic*) convenable d'ordonner. »¹⁶³

Elles relèvent de la justice séculière, même si, au passage, l'auteur rappelle que l'obligation alimentaire envers les enfants qui naît du mariage relève du droit naturel et même s'il a écrit clairement que les obligations des époux l'un pour l'autre qui naissent du mariage en tant que contrat relèvent de celui-ci en tant qu'il a été institué par Dieu :

« Les personnes qui se marient, contractent par le mariage, réciproquement l'une envers l'autre, l'obligation de vivre ensemble dans une union perpétuelle et inviolable, pendant tout le temps que durera le mariage, qui ne doit finir que par la mort de l'une des parties ; et en conséquence, de se regarder réciproquement comme n'étant en quelque façon qu'une même personne : *Erunt duo in carne una*. »¹⁶⁴

Le mariage a pour principaux effets civils de confirmer les conventions matrimoniales et de légitimer les enfants. L'annulation du mariage annule les obligations des époux l'un envers l'autre ainsi que la plupart des effets civils. La séparation de corps relève les époux de l'obligation de vivre ensemble et entraîne la dissolution de la communauté, mais elle ne fait pas disparaître l'obligation alimentaire de l'époux.

Pour l'Église, l'obligation alimentaire découle du mariage contrat-sacrement et la question des aliments ne relève donc pas du pouvoir séculier. Le divorce n'existe pas, mais l'Église admet la séparation de corps qui

¹⁶² *Id.*, n° 381, p. 247.

¹⁶³ *Id.*, n° 384, p. 248.

¹⁶⁴ *Id.*, n° 379, p. 246. La citation est tirée de l'épître aux Éphésiens (Ep 5, 31) dans la version de la Vulgate : « *et erunt duo in carne una* », soit « et ils ne feront qu'une seule chair » dans la traduction de la Bible de Jérusalem. Ce verset appartient au passage que Gaudemet commente (voir préc, note 75, p. 22). Toujours dans la Vulgate, le passage de la Genèse que cite Paul est légèrement différent : « *et erunt in carnem unam* », c.-à-d. « et ils deviennent une seule chair » (Gn 2, 24).

doit être prononcée par le tribunal ecclésiastique qui doit également disposer de la question alimentaire. La doctrine française considère également que l'obligation alimentaire, qui est matérielle plutôt que spirituelle, découle du mariage en tant que contrat et non pas en tant que sacrement même si dans ce sens, le mot « contrat » a une extension plus large que le contrat de mariage établi devant notaire ; les requêtes sont entendues par le tribunal séculier. Les juristes français dissocient le contrat du sacrement, et réduisent les compétences de l'Église à la question de la validité du sacrement, et encore en l'interprétant très étroitement. Faire découler l'obligation alimentaire entre époux du contrat est une manière d'éviter que l'Église ne prétende qu'elle découle du sacrement.

L'Église considère que l'échange des consentements par les futurs époux suffit à faire le mariage. Le rituel a beaucoup varié. En France, à partir du ^{xii}^e s., il est courant que l'échange se fasse avant la messe et devant la porte de l'église¹⁶⁵, mais ne pas respecter cette prescription n'entraînait pas la nullité : les mariages clandestins étaient valables et reconnus par les tribunaux, au grand dam des parents. Le concile de Trente adopte en 1563 le décret de réformation sur le mariage *Tametsi* qui fait en sorte que pour former un mariage valide, l'échange des consentements doit être fait en présence au moins du curé des parties contractantes et de deux ou trois autres témoins¹⁶⁶, et que les mariages doivent être portés dans un registre tenu à cette fin. Ce décret entrerait en vigueur dans un territoire lorsqu'il y était proclamé par le souverain. Henri III refuse de le proclamer, mais reprend plusieurs de ses dispositions dans l'article 40 de l'Ordonnance de Blois de 1579, notamment la publication des bans, la célébration

¹⁶⁵ Jean-Baptiste MOLIN et Protais MUTEMBE, *Le rituel du mariage en France du ^{xii}^e au ^{xvi}^e siècle*, Paris, Beauchesne, 1974, p. 32 et suiv. Le décret *Tametsi* frappe de nullité les mariages qui ne sont pas faits selon la forme prescrite par l'Église, en latin, *in facie ecclesiae*. L'interprétation et la traduction de cette expression semblent avoir été difficiles pour les Français. Dans la section de son traité que Pothier consacre à cette question, il la rend par un calque du latin dont le sens n'est pas évident : « en face d'Église » (R.-J. POTHIER, préc., note 154, p. 214-224). L'expression latine ne désigne pas l'échange des consentements qui se fait devant la porte de l'église, ni celui qui se ferait « devant l'Église » ou « devant les ministres de l'Église », comme on le lit avec un certain étonnement dans le Littré et dans les 4^e, 5^e et 6^e éditions du dictionnaire de l'Académie française. Le mot latin « *facies* » désigne l'apparence ou la forme ; le Gaffiot ne recense pas d'usage analogue à la locution française « en face de » pour signifier « devant » ou « en présence de ».

¹⁶⁶ « Décret de réformation touchant le mariage », *Le Saint Concile de Trente*, t. 2, traduction de l'abbé CHANUT, Lyon, Pierre Thened, 1710, p. 10-17.

publique devant témoins et la tenue d'un registre des mariages¹⁶⁷. Le mariage clandestin disparaît du droit français à ce moment¹⁶⁸.

À la Révolution, le pouvoir central se déclare seul compétent dans toutes les matières et entreprend d'unifier entièrement le droit. Il légifère sur les matières qui relevaient du droit canonique, notamment en imposant le mariage civil et en permettant le divorce ainsi qu'en abolissant les tribunaux ecclésiastiques¹⁶⁹ ; l'exercice de ce pouvoir et les débats qu'il suscite – en particulier sur le divorce – se font sans que se pose la question de la diversité tant il était clair que ces matières échappaient aux coutumes et étaient déjà de droit commun :

« Le législateur révolutionnaire, rejetant le principe de l'indissolubilité du mariage, consacré par le droit canonique et admis par l'ancien droit où cette institution présentait un caractère essentiellement religieux, a établi le divorce sous l'influence des conjonctures politiques. Cependant, un large courant d'idées favorables à cette réforme que l'on voit se dessiner à partir de 1750, l'avait préparée. »¹⁷⁰

[...]

« La question du divorce revint seulement en discussion le 30 [août 1792], sur une intervention toute imprégnée de sentimentalité et de féminisme d'Aubert Dubayet, dans le cours des débats sur la sécularisation de l'état civil. L'Assemblée décréta au milieu de l'enthousiasme général que "le mariage est un contrat dissoluble par le divorce". On chargea le Comité de législation de rédiger un projet de loi. Léonard Robin présenta le rapport et les textes élaborés le 7 septembre 1792. "Le Comité, disait-il, a cru devoir conserver ou accorder la plus grande latitude à la faculté du divorce à cause de la nature du mariage qui a pour base principale le consentement des époux et parce que la

¹⁶⁷ Outre le texte de l'ordonnance, on peut lire ce que Pothier écrit sur les difficultés de la réception du décret en France : R.-J. POTHIER, préc., note 154, n° 349-353, p. 224-227. Le paragraphe 353 vaut le détour : Pothier prend le contre-pied de la doctrine de l'Église et fait du prêtre un des ministres du sacrement, « préposé par l'église et par le prince, pour exercer ce ministère ».

¹⁶⁸ Sur le rôle des évêques et des théologiens français et leurs rapports avec le gouvernement royal dans les débats du Concile sur les mariages clandestins, voir : Alain TALLON, *La France et le Concile de Trente (1518-1563)*, Rome, École française de Rome, 1997, p. 679-686.

¹⁶⁹ Marcel GARAUD et Romuald SZRAMKIEWICZ, *La révolution française et la famille*, Paris, PUF, 1978, p. 37-42 et p. 67-89.

¹⁷⁰ *Id.*, p. 67.

liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention". Cependant, aux yeux des rédacteurs du projet, le mariage n'était pas "un contrat de pur droit naturel qui puisse être abandonné au caprice des conjoints". C'était aussi "une institution politique consacrée par la loi" et dont la conservation intéressait aussi les enfants et la société tout entière. En conséquence, le Comité, prévoyant le cas où des époux tenteraient d'abuser de la latitude accordée par la loi pour rompre leur mariage, avait institué des délais d'épreuve et des sanctions remédiant à cet inconvénient. »¹⁷¹

Le « législateur révolutionnaire » légifère également sur toutes les matières qui relevaient des coutumes alors qu'elles avaient été rapprochées, mais pas encore unifiées. La question des relations économiques entre les époux fait apparaître plus que d'autres les difficultés de la solution unique¹⁷². On voit là plus qu'ailleurs la différence entre les aspects du mariage réglés par le droit canonique, identiques dans tout le pays, et les aspects réglés par les coutumes, distincts jusque dans leurs principes. À la fin de l'Ancien Régime, dans la coutume de Paris, les époux vivent en communauté de biens s'ils ne prennent pas de dispositions particulières; par contrat, ils peuvent aménager la communauté, par exemple en précisant les biens communs et ceux qui demeurent propres. Par contrat, ils peuvent également choisir de vivre en séparation de biens. Les pays de droit écrit conservent le régime dotal. Le Code civil ne peut qu'aménager la diversité telle qu'elle existait alors, et offrir l'ensemble des solutions sur tout le territoire. Le régime dotal ne sera aboli qu'en 1965¹⁷³.

Le Code civil de 1804 permet le divorce auquel il consacre 77 articles. Le divorce peut être accordé pour cause à la demande d'un des époux: l'adultère de l'épouse, l'adultère de l'époux s'il tient sa concubine dans la maison commune, les excès, sévices ou injures graves ainsi que la condamnation de l'autre époux à une peine infamante¹⁷⁴. Ce sont, pour l'essentiel et à peine reformulées, les causes qui permettaient d'obtenir la séparation d'habitation dans le droit d'Ancien Régime, l'adultère de l'époux étant une nouveauté¹⁷⁵. Le divorce peut également être fondé sur le consente-

¹⁷¹ *Id.*, p. 70 et 71.

¹⁷² *Id.*, p. 50 et suiv.

¹⁷³ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, préc., note 21, p. 291.

¹⁷⁴ C. civ. Fr. (1804), art. 229 à 232.

¹⁷⁵ Cf. R.-J. POTHIER, préc., note 154, n° 508-512, p. 336-338; n° 516, p. 339 et 340; n° 526, p. 345.

ment mutuel¹⁷⁶; ce motif rompt radicalement avec la doctrine canonique qui ne l'admet pas encore aujourd'hui même pour la séparation « avec maintien du lien »¹⁷⁷; le droit d'Ancien Régime suivait le droit canonique sur ce point¹⁷⁸. L'article 301 prévoit que l'épouse divorcée peut recevoir une pension alimentaire.

Une loi révolutionnaire avait aboli la séparation de corps pour ne conserver que le divorce¹⁷⁹. Le Code civil de 1804 permet la séparation de corps, mais n'y consacre que six articles dont aucun ne traite de la pension alimentaire. Le divorce est aboli en 1816 sous la Restauration; l'omission semble n'avoir acquis de l'importance qu'à ce moment. L'édition commentée de 1878 du Code civil rapporte une série d'arrêts de la Cour de cassation, prononcés pour la plupart en 1818, qui précisent que l'épouse qui a demandé la séparation de corps a droit à une pension alimentaire et que cette pension est fondée sur l'article 301 qui régit la pension alimentaire à l'épouse divorcée (sic) et non sur l'article 212 qui énonce que « [l]es époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ». Apparemment, cette interprétation permettait que la pension à l'épouse séparée de corps continue à être versée après la mort de l'époux¹⁸⁰. Le divorce est rétabli en 1884. L'article 303 du code actuel précise que « [l]a séparation de corps laisse subsister le devoir de secours; le jugement qui la prononce ou un jugement postérieur fixe la pension alimentaire qui est due à l'époux dans le besoin ». L'article 270 précise par contre que « [l]e divorce met fin au devoir de secours entre époux » et introduit une prestation, normalement forfaitaire, qui sert à « compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ». Dans le droit civil français, le divorce liquide le régime matrimonial et met fin à la principale obligation économique qui naît du mariage.

¹⁷⁶ C. civ. Fr. (1804), art. 229 à 233.

¹⁷⁷ C.D.C. 1983, cann. 1151 (soit : le Code de droit canonique de 1983, canon 1151).

¹⁷⁸ R.-J. POTHIER, préc., note 154, n° 507, p. 335.

¹⁷⁹ M. GARAUD et R. SZRAMKIEWICZ, préc., note 169, p. 71.

¹⁸⁰ Hippolyte-Ferréol RIVIÈRE, *Code civil annoté des arrêts de la Cour de cassation et des circulaires ministérielles*, Paris, A. Marescq aîné Libraire-éditeur, 1878, p. 45, voir la note 1 de l'article 301.



Nos idées sur le mariage, et notre droit sur le mariage, ont une longue histoire qui est aujourd'hui assez peu connue. On ne veut pas dire mal connue, il y a des spécialistes qui connaissent très bien chacun des moments de cette histoire, mais connue par peu de gens. Ce savoir est dispersé : l'objet chevauche plusieurs époques et plusieurs sociétés qui ont, ou ont eu, chacune leur droit.

Le parcours que nous venons de faire a les allures d'une boucle. Le mariage de l'époque classique du droit romain était libre au sens où il reposait sur le consentement continu des époux. L'encadrement juridique du mariage permettait et prévoyait la rupture : les biens des époux demeuraient séparés et la dot était à la fois ce qui devait assurer la contribution de l'épouse, ou de sa famille, aux charges du ménage et ce qui lui garantissait une source de revenus après le divorce. Pour dire les choses simplement, le mariage romain reposait sur la possibilité du divorce.

L'Église impose l'indissolubilité. Elle la fonde sur quelques passages de l'Ancien et du Nouveau Testament. Elle trouve également dans les Écritures des arguments pour imposer aux époux une obligation alimentaire calquée sur celle que le droit romain n'avait inventée que tardivement pour les ascendants et les descendants, et jamais imposée aux époux. Le droit français du Code civil reformule la doctrine héritée du droit canonique et impose aux époux le secours et l'assistance mutuels. En France, le divorce s'accompagnera longtemps du paiement d'une pension alimentaire qui prolonge au-delà du mariage une obligation calquée sur celle qu'entraînent les rapports de filiation. Le droit français actuel est sorti de ce paradoxe. Le mariage qui se termine peut laisser un des époux dans une situation inéquitable, mais le droit prévoit un remède qui n'empêche pas de mettre fin à la relation de dépendance économique que crée le mariage. Dans le droit français actuel, le mariage est pensé en fonction du divorce.

Les choses ne sont pas si claires partout. Il aura fallu du temps pour qu'en France, on en arrive à la solution actuelle. En Angleterre, source du droit des provinces de common law et également de certains éléments de la Loi sur le divorce du Canada, il est difficile d'accepter une solution semblable à celle qui prévaut en France. Le divorce demeure un échec, la vie

commune jusqu'à la mort demeure la norme. La norme n'est pas suivie, mais le droit tient à sa norme.

Poursuivre le survol de l'histoire des idées sur le mariage qui informent notre droit demande d'examiner le droit anglais, les dernières étapes qui ont mené le droit français à ce qu'il est maintenant et, bien sûr, le cas du Québec. Au terme de cette seconde partie, on comprendra mieux pourquoi l'union de fait « à la québécoise » s'apparente au mariage romain.

