

Les origines intellectuelles et les caractéristiques institutionnelles et axiologiques du droit matrimonial occidental moderne

Alfred Dufour

Volume 22, numéro 4, décembre 1991

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1057482ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1057482ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Dufour, A. (1991). Les origines intellectuelles et les caractéristiques institutionnelles et axiologiques du droit matrimonial occidental moderne. *Revue générale de droit*, 22(4), 765–794. <https://doi.org/10.7202/1057482ar>

Résumé de l'article

Engagées sous l'égide laïque et démocratique, les principales réformes du Droit matrimonial occidental contemporain, qui visent à l'universalisation des principes de *liberté*, d'*égalité* et de *réalisation de soi* dans le domaine de la famille, ne sont pas l'expression privilégiée et exclusive d'un XX^e siècle à l'avant-garde ou à la dérive. Elles s'inscrivent d'abord, quant à leurs *origines intellectuelles*, dans un processus général de *laïcisation* de la pensée et de la société politique occidentale. Celui-ci s'amorce dès le XIV^e siècle de façon convergente dans la *Scholastique tardive*, dans la *doctrine jusnaturaliste* et dans la *canonistique moderne* avec l'affirmation de la compétence exclusive du pouvoir civil en matière matrimoniale, la dissociation dans le mariage du contrat et du sacrement, enfin la spiritualisation du pouvoir de l'Église et la cléricisation de la sacramentalité du mariage. Mais les réformes contemporaines du Droit du mariage s'enracinent plus immédiatement, quant à leurs *caractéristiques institutionnelles* et *axiologiques*, dans la doctrine rationaliste du Droit naturel du Siècle des Lumières et dans les nombreux projets de la Révolution française, « matrice du Droit occidental moderne », qui en inspirent, non seulement le *contractualisme*, l'*égalitarisme* et l'*eudémonisme* foncier, mais en déterminent encore l'irréversible *affranchissement* par rapport à l'*ordre biologique*.

DROIT COMPARÉ

Les origines intellectuelles et les caractéristiques institutionnelles et axiologiques du droit matrimonial occidental moderne*

ALFRED DUFOUR

Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université de Genève, Suisse

RÉSUMÉ

Engagées sous l'égide laïque et démocratique, les principales réformes du Droit matrimonial occidental contemporain, qui visent à l'universalisation des principes de liberté, d'égalité et de réalisation de soi dans le domaine de la famille, ne sont pas l'expression privilégiée et exclusive d'un XX^e siècle à l'avant-garde ou à la dérive. Elles s'inscrivent d'abord, quant à leurs origines intellectuelles, dans un processus général de laïcisation de la pensée et de la société politique occidentale. Celui-ci s'amorce dès le XIV^e siècle de façon convergente dans la Scolastique tardive, dans la doctrine jusnaturaliste et dans la canonistique moderne avec l'affirmation de la compétence exclusive du pouvoir civil en matière matrimoniale, la

ABSTRACT

The major reforms of contemporary western matrimonial law, initiated under the aegis of secularism and democracy, and extending the principles of liberty, equality and self-fulfilment to the realm of the family, are neither paradigmatic of, nor exclusive to, twentieth century thought (whether the latter be praised as progressive or decried as aimless). The intellectual foundations of the reform are grounded in a general process of secularisation of western thought and western political society. This secularisation started at the 14th century at the convergency of the later scholastic philosophy, natural law doctrine and modern canon law, with the affirmation of exclusive jurisdiction over marriage by the civil authorities, with the

* Texte légèrement remanié d'un rapport général présenté au V^e Congrès international de Droit ecclésiastique de l'État à l'Université de Navarre à Pampelune le 21 mai 1990 et dont une version espagnole doit paraître prochainement aux éditions Rialp, Madrid-Barcelone, dans la collection DIF.

dissociation dans le mariage du contrat et du sacrement, enfin la spiritualisation du pouvoir de l'Église et la cléricisation de la sacramentalité du mariage. Mais les réformes contemporaines du Droit du mariage s'enracinent plus immédiatement, quant à leurs caractéristiques institutionnelles et axiologiques, dans la doctrine rationaliste du Droit naturel du Siècle des Lumières et dans les nombreux projets de la Révolution française, « matrice du Droit occidental moderne », qui en inspirent, non seulement le contractualisme, l'égalitarisme et l'eudémonisme foncier, mais en déterminent encore l'irréversible affranchissement par rapport à l'ordre biologique.

dissociation between the contractual and sacramental aspects of marriage, and finally, with the spiritualisation of the Church's power and the assumption of control, by clerics, over the marriage rites. The institutional and axiological characteristics of contemporary reforms of matrimonial law are, however, more immediately grounded in the rationalism of the Natural Law of the Enlightenment, and in the numerous legislative drafts considered during the French Revolution, the "matrix of modern western law". This source inspired not only marriage law's fundamental characteristics of contractualism, egalitarianism, and eudemonism, but its emancipation from the constraints of the biological order.

SOMMAIRE

Introduction	766
1. Les origines intellectuelles du Droit matrimonial occidental moderne	768
1.1. Prémisses scolastiques	769
1.2. Bases jusnaturalistes	771
1.3. Fondements canonistiques	774
2. Caractéristiques institutionnelles et axiologiques du Droit matrimonial occidental moderne	775
2.1. La doctrine jusnaturaliste et rationaliste moderne	777
2.2. Les débats et les réformes de la Révolution française	786
2.3. Perspectives contemporaines	792

INTRODUCTION

Mort des idéologies, écroulement des régimes socio-révolutionnaires, dissipation du mythe de « l'homme nouveau »... Notre fin de XX^e siècle s'apparente étrangement à la dernière décennie du XVIII^e siècle. Bien plus, le

Droit de notre société occidentale moderne, avec ses multiples réformes en matière familiale, offre plus d'une ressemblance avec le « Droit intermédiaire ». N'est-ce pas d'ailleurs de la période révolutionnaire qu'on a fait « la matrice du Droit occidental moderne »¹ ?

Dans cette perspective, les débats révolutionnaires et post-révolutionnaires apparaissent exemplaires à plus d'un titre pour la réflexion contemporaine, non seulement sur le Droit privé en général, mais surtout sur le Droit de la famille : d'abord, parce que ce qui est au cœur de ces débats tient aux principes mêmes de toutes les grandes réformes du Droit de la famille entreprises alors et depuis lors — *liberté, égalité, réalisation de soi*² — ; ensuite, parce que les argumentations développées par les orateurs, les législateurs et les publicistes révolutionnaires et postrévolutionnaires soulignent avec force la *solidarité* existant entre l'*ordre familial* et l'*ordre politique* et insistent sur la nécessité de la refonte de l'un pour la refonte de l'autre³.

Si les débats révolutionnaires et postrévolutionnaires sont dès lors à maints égards exemplaires, sur le plan des *principes* comme sur le plan des *solidarités* en cause, faisant apparaître en particulier les *caractéristiques institutionnelles et axiologiques du Droit matrimonial occidental moderne*, ils ne sauraient pour autant occulter le fait que les *origines intellectuelles* des mutations opérées alors et depuis lors sont à chercher bien avant la Révolution française ou la Philosophie des Lumières.

Concernant plus particulièrement le Droit matrimonial moderne, dont les transformations profondes apparaissent étroitement liées au processus général de laïcisation de la pensée et de la société politiques occidentales, il nous paraît que ses *origines intellectuelles* se situent dans trois traditions bien distinctes, mais également formatrices de la pensée et de la société occidentales modernes : il s'agit de la tradition *scolastique*, de nature plus philosophique, mais aux incidences politiques majeures, de la tradition *jusnaturaliste*, d'ordre plus spécifiquement juridique, mais aux indéniables implications philosophiques, et de la tradition *canonique*, d'ordre ecclésiastique, mais aux incontestables conséquences politiques.

C'est au sein de ces trois traditions de pensée que se préparent en effet les bouleversements qui vont affecter le Droit du mariage au niveau des *rappports Église-État*, comme au niveau de la *conception du mariage*.

1. E.G. SLEDZIEWSKI, *Révolutions du sujet*, Paris, Méridiens-Klincksieck, p. 25, résumant les propos de J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. I, 14^e éd., Paris, PUF, p. 68.

2. J. CARBONNIER, « Essais sur les lois » in *Répertoire du Notariat Defrénois*, Evreux, 1979, p. 167.

3. Cf. G. LOTTES, « Le débat sur le divorce et la formation de l'idéologie contre-révolutionnaire » in *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ? Actes du Colloque d'Orléans*, 1986, t.1, Paris, PUF, 1988, pp. 317 et ss. Voir aussi les réflexions de G. GENGEMBRE, « La famille des contre-révolutionnaires : une réponse archaïque à la modernité, in *La famille, la loi, l'État — De la Révolution au Code Civil*, Paris, Éd. Centre Georges Pompidou, 1989, pp. 157-158.

Tel est l'objet de la 1^{re} partie de cette étude, consacrée, sous le titre des *origines intellectuelles du Droit matrimonial occidental moderne*, aux *prémises scolastiques*, aux *bases jusnaturalistes* et aux *fondements canonistiques* des principes qui le régissent sur le double plan *formel* de la compétence de légiférer et *matériel* de la nature de l'institution.

1. LES ORIGINES INTELLECTUELLES DU DROIT MATRIMONIAL OCCIDENTAL MODERNE

Si c'est bien à la Révolution française « qu'entrèrent dans le Droit beaucoup des idées qui semblent aujourd'hui essentielles à la civilisation juridique »⁴, il s'en faut de beaucoup que la paternité en revienne aux Révolutionnaires ou à leurs inspirateurs directs, les Philosophes du Siècle des Lumières. C'est particulièrement vrai des idées directrices du Droit matrimonial occidental moderne, qui prennent forme dans l'institution du *mariage civil obligatoire* et qui postulent de manière corrélatrice, d'une part, la compétence exclusive du *pouvoir civil* en matière matrimoniale, d'autre part, la *nature* essentiellement *contractuelle* du mariage, conçu comme contrat *civil* ou *naturel*. Car la compétence exclusive du pouvoir civil en matière matrimoniale, loin d'être une création originale du Constituant ou du Législateur révolutionnaire, apparaît bien plutôt comme le terme d'une longue évolution remontant à certaines prises de position des figures de proue de la Scolastique tardive (Occam, M. de Padoue) et de la Seconde Scolastique (Vitoria, M.-A. de Dominis, M. Cano) (1.1) et comme le fruit de la concomitance de l'affirmation de principe de l'autonomie et du pouvoir de législation propre de la société civile face à la société ecclésiastique et de la spiritualisation du pouvoir de l'Église face aux pouvoirs temporels, commune à la Scolastique tardive (1.1) et au jusnaturalisme (1.2). De même la conception du mariage-contrat n'est pas une innovation des Révolutionnaires ou des « Philosophes » ; quelque diffusion que lui ait assurée Voltaire par son *Dictionnaire philosophique* — « le mariage est un contrat de droit des gens dont les catholiques romains ont fait un sacrement »⁵ — cette conception résulte en fait de la convergence du processus de contractualisation du mariage typique du jusnaturalisme (Pufendorf, Thomasius, Barbeyrac) (1.2) et du phénomène de cléricatisation de l'institution, propre à la canonistique moderne, en particulier gallicane (Launoy, Le Ridant) (1.3), trouvant déjà son expression achevée dans la dissociation du *contrat* et du *sacrement*, commune au jusnaturalisme (1.2) et à la canonistique des XVII^e-XVIII^e siècles (1.3).

4. J. CARBONNIER, *op.cit.*, note 1, p. 68.

5. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, article « Mariage », Sect. II, in *Oeuvres complètes*, t. 42, Paris, Dupont, 1824, p. 131.

1.1 PRÉMISSSES SCOLASTIQUES

C'est dès la Scolastique tardive, sous le règne de l'Empereur Louis IV de Bavière, que s'affirme la compétence de principe, d'ordre législatif et juridictionnel, du pouvoir civil en matière de mariage. Elle s'affirme en fait à la faveur de prises de position de circonstances dans des causes matrimoniales où s'opposent, à propos du pouvoir d'établir des empêchements et du pouvoir d'en dispenser, l'Empereur et le Pape⁶. Les raisons alléguées en faveur de la compétence du pouvoir civil sont — ainsi chez Occam (1285-1347) — à la fois *historiques* — le recouvrement au profit de l'Empereur du Saint Empire romain germanique du pouvoir incontesté en la matière des Empereurs romains païens⁷ — et *philosophiques* — non seulement l'appartenance traditionnelle du mariage à l'ordre de la nature⁸, mais surtout la légitimité du pouvoir d'intervention du législateur civil dans les domaines non réglés par la loi divine, singulièrement en cas d'atteinte au bien public par la législation ecclésiastique⁹. Mais ces raisons peuvent être également — ainsi chez Marsile de Padoue (1275-1343) — d'ordre théologico-politique — la compétence de principe en fait des lois humaines des seuls Souverains temporels, quels qu'ils soient — Commune ou Empereur¹⁰ — qui postule alors l'exclusion de l'Église de la souveraineté dans l'ordre temporel, en fonction d'une conception purement spirituelle du pouvoir ecclésiastique (rejet de toute *potestas coactiva*)¹¹.

Force est de constater aussi que la *spiritualisation du pouvoir de l'Église*, dont se double l'affirmation de la *compétence du pouvoir civil* en matière matrimoniale, a pour corollaire une première remise en cause de la

6. Voir notamment G. D'OCCAM, *Consultatio de causa matrimoniali* de 1342, éd. M. Goldast, *Monarchia S. Romani Imperii*, t.I. Francfort, 1668, pp. 21-24 ; rééd. J.B. Sikes, *Guillelmi de Ockham Opera politica*, t. I, Manchester, 1940, pp. 278-284, ainsi que M. DE PADOUE, *Tractatus de Jurisdictione imperiali in causis matrimonialibus*, s.d., éd. M. Goldast, *op.cit.*, t. II, pp. 1383-1391, repris presque textuellement dans le *Defensor Minor* du même auteur, édité au début de ce siècle seulement par C.K. BRAMPTON, Birmingham, 1922. Pour l'analyse des positions d'Occam et de M. de Padoue, voir l'excellent livre de D. SCHWAB, *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit*, Bielefeld, Gieseking, 1962, pp. 40 et ss. que nous suivons ici.

7. Pour Guillaume d'Occam, « *l'Empereur germanique ne saurait ainsi se voir imputer moins de droit ou de pouvoir juridictionnel légitime que ses prédécesseurs païens de l'Empire romain (neque enim minus juris seu jurisdictionis legitimae quam predecessores sui infideles credendum est habere)* », G. D'OCCAM, *op.cit.*, note 6, éd. Sikes, p. 278.

8. Cf. dans ce sens déjà, Saint THOMAS D'AQUIN, *Suppl. ad Summam Theologicam*, Pars tertia, qu. 41, t. 5, 4^e éd., Paris, Lethielleux, éd. X. Faucher, 1926, pp. 149-150.

9. « *Pro urgenti necessitate ac etiam evidenti utilitate* », G. D'OCCAM, *op.cit.*, note 6, éd. Sikes, p. 280.

10. Ainsi Marsile DE PADOUE qui précise « *soit l'universalité des citoyens, soit la majorité d'entre eux, soit l'empereur (civium universitas, aut eius pars valentior, vel Romanus princeps humanus imperator vocatus)* », *op.cit.*, note 6. éd. Goldast, t. II, p. 1388.

11. Cf. M. DE PADOUE, *op.cit.*, note 6, éd. Goldast, t. II, p. 1387.

spiritualité du mariage (Occam)¹², une première dissociation formelle aussi du *mystère* — l'union du Christ et de l'Église, relevant spécifiquement des *spiritualia* — et du *signe* — l'*unio carnis*, relevant de la *corporéité* —, de la *sacra res* et du *sacrae rei signum* (M. de Padoue)¹³, qui fonde déjà les compétences différenciées de l'Église et du pouvoir civil en matière matrimoniale.

Posées dès la *Scholastique tardive*, la *compétence propre du pouvoir civil* dans le domaine du mariage et la *spiritualisation du pouvoir de l'Église* se retrouvent réaffirmées avec des accents différents dans la *Seconde Scolastique*, en particulier dans la *Scholastique espagnole* : ainsi Francisco de Vitoria (1483-1546)¹⁴, tout en fondant la compétence législative du pouvoir civil en matière matrimoniale sur la nature et sur l'ordination du mariage au *bonum rei publicae*, maintient-il et la compétence du pouvoir ecclésiastique dans ce domaine et la subordination du pouvoir civil au pouvoir ecclésiastique¹⁵ ; ainsi par ailleurs, devenu anglican, Marco-Antonio de Dominis (1560-1624) accentue-t-il au contraire la spiritualisation du *pouvoir de l'Église*¹⁶ pour soustraire l'ordre corporel, naturel et civil du contrat de mariage à la compétence du pouvoir ecclésiastique et de déférer à celle du seul pouvoir civil¹⁷ ; ainsi enfin et surtout Melchior Cano (1509-1560), dans sa défense contre la Réforme protestante de la sacramentalité du mariage, en vient-il à clériciser ce sacrement¹⁸, pour en situer la forme non dans le *contrat*, commun au mariage des païens et laissé dès lors à la compétence du pouvoir civil, mais dans les *paroles* prononcées par le *prêtre* célébrant le mariage, qui en devient alors le

12. Cf. G. D'OCCAM, *Consultatio...*, *op.cit.*, note 6, éd. Sikes, p. 283. À ce sujet et dans le sens d'une première « déspiritualisation » du mariage, voir D. SCHWAB, *op.cit.*, note 6, pp. 43-44.

13. Cf. *Defensor Minor* 15, 10, éd. C.K. Brampton, *op.cit.*, note 6, p. 52. Dans ce sens, voir D. SCHWAB, *op.cit.*, note 6, pp. 49-50.

14. Cf. *Relectio de Matrimonio* (1531), Salamanque 1565, reprint in *Relecciones teologicas del Maestro Fray F. de Vitoria*, Madrid, éd. A. Getino, 1933, pp. 421-451.

15. VITORIA, II. Pars, (pp. 215-218), éd. cit. reprint pp. 435-439.

16. Cf. *De Republica ecclesiastica*, Londres 1617-1622. Sur M.A. de Dominis, voir J.F. V. SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, 3. Bd., Stuttgart, 1880, pp. 471-475.

17. Cf. M.A. DE DOMINIS, *op.cit.*, L.5, cop. 11, n. 1 : « *Le contrat de société entre un homme et une femme, puisqu'il est tout humain et corporel et directement conclu à des fins corporelles, ne peut en vertu du droit divin relever du pouvoir ecclésiastique, qui est tout spirituel et ordonné au surnaturel (Contractus societatis inter virum et uxorem, cum sit totus humanus et corporalis, et ad effectum corporalem directe initus, ad potestatem ecclesiasticam, quae tota in se spiritualis et ad supernaturalia... non potest iure divino pertinere)* ».

18. Cf. Melchior CANO, *Loci theologici*, (1563), Venise, 1567, L. 8, cap. 5. Voir à ce sujet notamment D. SCHWAB, *op.cit.*, note 6, pp. 75-76 et Hermann CONRAD, « Die Grundlegung der modernen Zivilehe durch die Französische Revolution, ein Beitrag zur Geschichte des Familienrechts » in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte (ZRG)*, Germ. Abt (GA), 67, 1950, p. 34. Pour une étude approfondie de l'importance de cette œuvre dans l'histoire de la théologie catholique, cf. A. LANG *Die « Loci theologici » des Melchior Cano und die Methode des dogmatischen Beweises*, Munich, 1925.

ministre proprement dit¹⁹, couronnant ainsi dans la tradition scolastique le processus de dissociation du *contrat* et du *sacrement*, dont il reviendra à la doctrine jusnaturaliste et à la canonistique moderne de développer toutes les conséquences.

1.2 BASES JUSNATURALISTES

Amorcées dans le contexte médiéval scolastique des conflits entre le Pape et l'Empereur et reprises dans le contexte de la Réforme catholique dans une perspective de polémique confessionnelle — anti-luthérienne (M. Cano) ou anti-catholique (M.-A. de Dominis) — les thèses affirmant en matière matrimoniale la compétence du pouvoir civil sur le contrat et la limitation de la compétence du pouvoir ecclésiastique au sacrement vont être radicalisées dans le contexte de la pensée moderne par la tradition jusnaturaliste. Celle-ci entend en effet à la fois établir un ordre juridique universel valable pour tous les hommes, « non en tant que chrétiens, mais en tant qu'hommes » (*inter homines non qua Christiani, sed qua homines sunt*)²⁰ et constituer le Droit en une science systématique autonome, dotée d'une méthodologie propre, modelée sur celle des sciences physiques et mathématiques²¹.

Destinée à remédier dans une perspective rationaliste aux carences de l'ordre juridique de la chrétienté défailante, par la mise au jour de principes et de règles résultant de la *nature* commune à tous les hommes en fonction des seules lumières de la *raison*, abstraction faite des données de la Révélation²²,

19. Cf. M. CANO, *ibid.* Voir sur la place de M. Cano dans l'histoire des formes de la conclusion du mariage, D. SCHWAB, *ibid.*, H. CONRAD, *ibid.* et G.H. JOYCE, *Die christliche Ehe*, Leipzig, 1934, pp. 178-179.

20. Cf. *Specimen contraversiarum circa jus naturale*, Upsala, 1678, cap. IV, § 12.

21. Cf. PUFENDORF, *Elementa jurisprudentiae universalis*, (La Haye 1660), 1672, éd. reprint Oxford-Londres, 1931, Préface, p. 1, ainsi que *De Jure naturae et Gentium*, (Lund 1672), 1688, éd. reprint Oxford-Londres, 1934, L. I, cap. II : *De certitudine disciplinarum quae circa moralia versantur*, notamment §§ 2-3, tous les développements sur la certitude dans les sciences morales et les vertus de la méthode démonstrative. La traduction française classique a été donnée par Jean BARBEYRAC, *Le Droit de la Nature des Gens [...] traduit du latin de Pufendorf*, Amsterdam, 1706, 6^e édition, Bâle, 1750. Sur la question, voir notre étude « L'influence de la méthodologie des sciences physiques et mathématiques sur les Fondateurs de l'École du Droit naturel moderne » in *Grotiana*, t. 1, Assen, 1980, pp. 33-52, republié in A. DUFOUR, *Droits de l'Homme, Droit naturel et Histoire*, Paris, PUF, 1991, pp. 93-110, en particulier pp. 107-108.

22. Cf. PUFENDORF, *De Officio hominis et civis juxta legem naturalem*, (Lund 1673), Francfort/Main, 1706, Préface, § 9 : « que le Droit naturel ne contredit en rien les dogmes de la véritable théologie, mais qu'il fait seulement abstraction de certains de ses dogmes, qui ne peuvent être pénétrés par la seule raison [...] (quod Jus Naturale nequaquam dogmatibus verae Theologiae repugnet, sed tantum a quibusdam ejus dogmatibus, quae per solam rationem investigari nequeunt, abstrahat) ». On peut se reporter aussi à la traduction classique qu'en a donné J. BARBEYRAC, *Les Devoirs de l'Homme et du Citoyen... traduit du latin... de Pufendorf*, 5^e éd., Amsterdam, 1707, 1734.

la pensée jusnaturaliste prétendra fonder alors de manière incontestable, d'une part — de Grotius (1583-1645) à J.J. Burlamaqui (1694-1748) et à J.J. Rousseau (1712-1778) — la compétence exclusive du pouvoir civil en matière temporelle comme en matière spirituelle, assujettissant non seulement le mariage, mais encore l'Église elle-même à ce pouvoir²³ et, d'autre part — de Pufendorf (1632-1694) à Vattel (1714-1767) en passant par Barbeyrac (1674-1744) — la spécificité purement spirituelle de l'Église pérégrinante, comme *union invisible d'individus* inféodés au Christ, n'ayant en conséquence ni pouvoir, ni forme de gouvernement propre²⁴.

C'est ainsi, d'abord, la *nature* même du *pouvoir civil*, exclusif de tout autre pouvoir qui fonde la compétence du seul pouvoir civil en matière temporelle, comme en matière spirituelle, partant en matière matrimoniale — ainsi pour Grotius, qui sera suivi par Pufendorf, Burlamaqui, Vattel et Rousseau : « S'il y a plusieurs pouvoirs souverains, étant plusieurs, ils pourraient ordonner des choses contradictoires ou impliquant contradiction, mais une obligation ou une contrainte contradictoire répugne à la nature des choses²⁵. »

Et c'est ensuite la *nature* même de l'*Église pérégrinante* — ainsi pour Grotius encore qui tient l'Église non pour citoyenne, mais pour pérégrine sur terre²⁶ — voire sa *nature invisible*, dépourvue de tout contrat social constitutif, qui exclut quelque forme que ce soit, de pouvoir ecclésiastique — ainsi pour Pufendorf, qui souligne qu'il n'est aucune convention humaine à la base de la formation et de la constitution, de l'Église, et qu'en conséquence « il n'est pas

23. Cf. notamment H. GROTIUS, *De Imperio Summarum Potestatum circa sacra* (1614), (Paris 1647), éd. Francfort/Main, 1650, reprint Aalen Scientia, 1970 ; J.J. BURLAMAQUI, *Principes du Droit politique*, (Amsterdam 1751), rééd. Copenhague-Genève, 1754, t. II, P. III, ch. III : *Du Pouvoir Souverain en matière de religion*, qui reprend telles quelles, pp. 231-233, les thèses et les exemples mêmes de Grotius ; J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social* (1762), *Œuvres complètes*, t. 3, Paris, Pléiade, 1966, L. IV, ch. VIII : *De la Religion civile*, pp. 460-469. Sur ce courant de pensée au sein de la tradition jusnaturaliste, voir, avec des développements à propos de Grotius et de Pufendorf, A. DUFOUR, « Droit de la Nature et Droit de l'Église » in *Pensamiento juridico y sociedad internacional*, Libro-homenaje al Prof. A. Truyol y Serra, Madrid, 1986, Vol. I, pp. 393-413, en particulier, pp. 395-398.

24. Cf. en particulier PUFENDORF, *De Habitu Religionis Christianae ad vitam civilem*, Brême, 1687, § 30-32 ; J. BARBEYRAC, *Traité de la Morale des Pères de l'Église*, Amsterdam, 1728, ch. XII, §§ XXVIII et ss. ; E. de VATTEL, *Le Droit des Gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite des Nations et des Souverains*, (Londres-Neuchâtel 1758), éd. reprint, Washington, 1916, t. 1, L. I, ch. XII, § 141. Sur cet autre aspect de la tradition jusnaturaliste, cf. A. DUFOUR, *loc. cit.*, note 23, pp. 397-398 et pp. 405-411.

25. Cf. H. GROTIUS, *op. cit.*, note 23, cap. I, § 3 : « Si autem plures essent summi imperantes, ut plures possent esse imperata contraria aut contrarietatem implicantia. At contraria aut obligatio, aut coactio circa idem naturae rerum repugnat. »

26. Cf. *Id.*, cap. IV, § 9, in fine : « L'Église agit donc sur terre non comme citoyenne, mais comme pérégrine. Comme telle, il ne lui revient aucun pouvoir (Agit ergo in terris Ecclesia non ut municeps, sed ut inquilina. Inquilinis autem imperium non debetur). »

besoin d'une décision sur la forme de gouvernement lors de la formation des Églises »²⁷.

Mais ce n'est pas seulement en ce qui concerne la définition et l'étendue des compétences du pouvoir civil ou pour ce qui est de la contestation de toute forme de pouvoir ecclésiastique que la nature apparaît comme la référence obligée de la pensée jusnaturaliste ; c'est également pour ce qui est de sa conception et de sa définition de la *nature juridique* spécifique du *mariage*. À cet égard, conçu chez les Fondateurs de l'École du Droit naturel moderne comme « la communauté la plus naturelle »²⁸ et « l'institution fondamentale de la vie en société » requise par l'ordre de la nature²⁹, le mariage ne tarde pas à se réduire dans le jusnaturalisme rationaliste de l'*Aufklärung* à un pur *contrat* — ainsi chez Thomasiaus et Barbeyrac³⁰ — voire à un simple *contrat civil* — ainsi chez Rousseau³¹ — ou de *droit des gens*, dont l'indépendance à l'égard du sacrement est explicitement affirmée sur des bases nouvelles — ainsi chez Voltaire³².

Il ne manquera plus alors, pour parachever le double processus d'autonomisation du *pouvoir civil* par rapport au *pouvoir ecclésiastique* en matière matrimoniale et de dissociation du *contrat civil* par rapport au *sacrement* dans l'institution du mariage, que de mener à son terme l'entreprise de

27. D'où l'absurdité, pour Pufendorf, des querelles relatives à la meilleure forme de gouvernement — monarchique, aristocratique ou démocratique — pour l'Église ! Cf. PUFENDORF, *op.cit.*, note 24, § 32 : « *Nulla est ergo conventio hominum inter se ad subeundam et constituendam Ecclesiam, sed singuli pro se citra respectum ad alios sacramento Christi succedunt. Deinde in Ecclesiis formandis non opus est decreto super certa regiminis forma introducenda ; absurdaeque adeo sunt quaestiones, monarchica, aristocratica an democratica forma competat ecclesiae. Hae quippe formae cadunt in statum aliquem seu civitatem ; Ecclesia autem status non est.* »

28. Cf. H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis* (Paris 1625) (éd. reprint Oxford-Londres 1925), éd. Chr. Wolff, Marbourg, 1734, L. II, cap. V, § 81 : « *Consociatio maxime naturalis* ».

29. Cf. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium, op.cit.*, note 21, L. VI, cap. I, § 7 : « *Merum autem jus naturale spectantibus [...] cum socialis vitae fundamentum sit matrimonium.* »

30. Cf. Chr. THOMASIIUS, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, (Francfort, 1688), Halle 1718, éd. reprint Aalen, Scientia, 1963, L. II, cap. II, § 99 : « Ce contrat relatif à la seule procréation » (*Hoc pactum [...] solam procreationem respiciens*) ainsi que *Fundamentum Juris Naturae et Gentium*, (Halle 1705), Halle-Leipzig, 1728, éd. reprint Aalen, Scientia, 1963, L. III, cap. II, §§ 7 et 16 ; pour J. BARBEYRAC, voir sa traduction française de R. CUMBERLAND, *Traité philosophique des lois naturelles, ... traduit du latin*, Amsterdam, 1744, ad. IX, § VI, n° 1 : « Le mariage est de sa nature un contrat ». Pour plus de détails sur le processus de contractualisation du mariage dans le jusnaturalisme du Siècle des Lumières, cf. A. DUFOUR, *Le mariage dans l'École allemande du droit naturel moderne du XVIII^e siècle*, Paris, LGDJ, 1972, pp. 311 et ss., ainsi que *Le mariage dans l'École romande du droit naturel au XVIII^e siècle*, Genève, Georg, 1976, *passim* et pp. 39 et ss. à propos de J. Barbeyrac.

31. Cf. J.J. ROUSSEAU, *op.cit.*, note 23, L. IV, ch. VIII, note *in fine*, éd. cit., p. 469 : « Le mariage, par exemple, étant un contrat civil, a des effets civils sans lesquels il est même impossible que la société subsiste. »

32. Cf. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, article « Mariage », Sect. II, *in Oeuvres complètes*, t. 42, Paris, Dupont, 1824, p. 131 : « Le mariage est un contrat du droit des gens, dont les catholiques romains ont fait un sacrement. Mais le sacrement et le contrat sont deux choses bien différentes : à l'un sont attachés les effets civils, à l'autre les grâces de l'Église. »

spiritualisation du pouvoir de l'Église et de cléricisation de la sacramentalité du mariage amorcée par la tradition canonistique moderne à l'époque de la Réforme catholique. Ce sera là l'œuvre des canonistes régalistes et gallicans des XVII^e et XVIII^e siècles.

1.3 FONDEMENTS CANONISTIQUES

Ouvrant en plein essor des États nationaux et confessionnels, les canonistes modernes auront à faire face au double défi de l'*absolutisme monarchique*, qui bat en brèche le pouvoir de l'Église, notamment en matière de mariage, et des *idées protestantes*, qui le remettent radicalement en cause et nient au surplus la sacramentalité du mariage. Pour relever ce double défi, canonistes régalistes et gallicans, soucieux de sauvegarder et le pouvoir de l'Église et la sacramentalité du mariage, tendront, d'une part, comme Z.G. van Espen (1646-1728) et B. Oberhauser (1719-1786) face à l'absolutisme monarchique, à restreindre, dans la ligne d'Occam et de Marsile de Padoue, le pouvoir de l'Église jusqu'à envisager de le confiner au *for interne*, voire au domaine surnaturel, laissant ainsi sans doute le champ libre au pouvoir civil, en matière de mariage, mais lui soustrayant du même coup le sacrement et sa réglementation³³ ; mais ils chercheront surtout, d'autre part, dans la ligne tracée par Cano face aux négations protestantes de la sacramentalité du mariage, à dissocier dans le mariage — comme J. de Launoy (1605-1678) et de nouveau B. Oberhauser — le *sacrement*, « institué par le Christ » et relevant de ce fait du seul pouvoir ecclésiastique, du *contrat*, qui en est le fondement naturel nécessaire et qui relève de la compétence du pouvoir civil³⁴, et plus encore à détacher comme P. Le Ridant († 1768) l'intégralité du *sacrement* de son substrat

33. Voir notamment Zeger Bernhard van ESPEN, *Jus ecclesiasticum universum*, Cologne, 1748, in *Opera Canonica*, Louvain, 1759, Pars II., tit. 13, cap. 1, et Benedikt OBERHAUSER, *Systema historico-criticum diversarum potestatum in legibus matrimonialibus impedimentorum dirimentium*, Francfort, 1771, cap. 1, en particulier § 2 ; sur Z.B. van Espen et sur B. Oberhauser dans l'histoire du droit canonique en général, cf. J.F.V. SCHULTE, *op.cit.*, note 16, 3. Bd., pp. 704-707, et pp. 224-226, et sur leur pensée dans l'histoire du droit matrimonial en particulier cf. D. SCHWAB, *op.cit.*, note 6, pp. 86-88.

34. Cf. Jean de LAUNOY, *Regia in matrimonium potestas*, (Paris, 1674), rééd. in *Opera omnia*, t. 1, Genève, 1731-1732, Pars 2, p. 881 : « Nous montrons donc que le double pouvoir, temporel et spirituel, auquel est soumis le mariage des chrétiens, est quelque chose qui a été concédé par Dieu. (...) Ostendimus itaque duplicem potestatem qua christianorum matrimonium regatur temporalem et spiritualement a Deo concessam esse. » Voir, à propos de J. de Launoy, J.F.V. SCHULTE, *id.*, pp. 604-605, ainsi que H. CONRAD, *op. cit.*, note 18, pp. 346-347. Dans le même sens, cf. encore B. OBERHAUSER, *id.*, note 33, cap. 1, § 2 : « Qui ignore que le mariage est un sacrement selon un droit, un contrat selon un autre ? Les effets du sacrement sont surnaturels, tous les autres effets sont soit de droit naturel, soit de droit civil. (Quis ignorat matrimonium alio jure esse sacramentum, alio jure contractum ? Sacramenti proprii effectus supernaturales sunt ; quotquot reliqui sunt vel naturalis, vel civilis juris effectus.) »

naturel, le *contrat*, pour le soustraire en sa totalité au pouvoir civil en affirmant que sa matière tient dans la *bénédition nuptiale*³⁵.

Au moment où la pensée jusnaturaliste tend à résorber l'Église dans l'État et à réduire le *mariage* à un *simple contrat*, ouvrant la voie à la toute-puissance du pouvoir civil en matière matrimoniale, la pensée canonistique gallicane, loin de lui faire obstacle par l'affirmation du pouvoir de l'Église à raison du fondement naturel du sacrement de mariage, apporte donc au contraire sa caution aux prétentions du pouvoir civil par la résorption de la totalité du *sacrement* dans l'ordre *surnaturel*.

Confirmant s'il en était besoin le bien-fondé des vues de Tocqueville sur la continuité entre l'Ancien Régime et la Révolution, les canonistes régalistes et gallicans des XVII^e - XVIII^e siècles ne mènent donc pas seulement à leurs ultimes conséquences les thèses développées par la Scolastique sur le caractère purement *spirituel* du pouvoir *ecclésiastique* (Occam, M. de Padoue, M.-A. de Dominis) et sur la *distinction* à opérer entre *sacrement* et *contrat* (M. Cano) ; par leur conception *restrictive* du pouvoir ecclésiastique — confiné au *for interne* —, par leur théorie *dualiste* de l'institution matrimoniale — assujettissant le mariage au pouvoir de l'État pour tout ce qui a trait à sa formation et à ses effets civils et au pouvoir de l'Église pour tout ce qui a trait à sa dimension religieuse —, voire par leur *cléricalisation* intégrale de la sacramentalité du mariage, ils préparent bon gré, mal gré, directement le terrain à l'institution du *mariage civil obligatoire*, partant à la *laïcisation* de tout le droit matrimonial moderne. Encore faudra-t-il déterminer le contenu de ce droit... C'est la question que nous tenterons d'élucider dans la 2^e partie de cette étude centrée sur les *caractéristiques institutionnelles et axiologiques du droit matrimonial occidental moderne*.

2. CARACTÉRISTIQUES INSTITUTIONNELLES ET AXIOLOGIQUES DU DROIT MATRIMONIAL OCCIDENTAL MODERNE

Amputé de sa dimension surnaturelle, qui l'ordonnait à la béatitude *ratione sacramenti*, en même temps qu'elle l'enracinait dans l'ordre de la Création *ratione prolis*, le droit matrimonial occidental moderne est, à l'image de l'homme moderne, *unidimensionnel*. Pour centre et pour horizon, il ne connaît que l'*individu*, maître illusoire de sa vie, de ses biens et de son destin, et pour ressort la *liberté*, dans l'affranchissement de toute subordination à l'ordre biologique.

35. Cf. P. Le RIDANT, *Examen de deux questions importantes sur le mariage*, Paris, 1752, L. 1, ch. 4 : « C'est donc cette imposition, cette bénédiction, qui est la matière du sacrement du mariage, et les paroles qui l'accompagnent qui en sont la forme. » Sur Le Ridant voir J.F.V. SCHULTE, *op.cit.*, note 33, p. 645, et sur sa place dans l'histoire du droit matrimonial, cf. G.H. JOYCE, *op.cit.*, note 19, pp. 186-187.

Aussi ses *caractéristiques institutionnelles* tiendront-elles, d'une part, dans le *contractualisme*, qui, réduisant le mariage à un *simple contrat*, laisse à la *liberté* des parties la détermination de ses *effets*, de sa *durée* et de sa *fin*, partant de sa finalité ; d'autre part, dans l'*égalitarisme*, qui, effaçant les différences biologiques, uniformise jusqu'à l'*indifférenciation* les droits et les devoirs des conjoints, postulant l'interchangeabilité des rôles ; enfin, dans le *psychologisme*, qui, ignorant l'ordre biologique et social de la Création pour ne voir dans l'individu qu'esprit et passion, fait du sentiment qu'il a de son propre bonheur la *raison d'être* du mariage et du divorce — « Le ressort de cette pratique », a relevé judicieusement le Doyen Carbonnier à propos de la jurisprudence française en matière de divorce, « c'est la liberté, l'individualisme, la conviction que le bonheur individuel est l'essence du mariage et que chacun doit être seul juge et responsable de son propre bonheur »³⁶.

Impliquant pour *corollaires axiologiques*, la *liberté*, l'*égalité* et la *réalisation de soi*, *contractualisme*, *égalitarisme* et *psychologisme* ne sont cependant pas l'apanage du Droit du mariage d'un XX^e siècle à la dérive, qui aurait perdu tout sens de la hiérarchie des valeurs ; ces *caractéristiques institutionnelles* et *axiologiques* s'esquissent dès la fin du XVII^e siècle et prennent forme tout au long du XVIII^e siècle dans la *doctrine jusnaturaliste et rationaliste moderne* (2.1), des Fondateurs (Pufendorf, Cumberland) aux Maîtres à penser des Écoles allemande (Thomasius, Wolff) et romande (Barbeyrac, Vattel, de Félice). Elles vont surtout s'affirmer dans le sillage de l'Encyclopédie à la faveur de la Révolution française (2.2) chez les orateurs, les législateurs et les publicistes révolutionnaires et postrévolutionnaires lors des débats de l'Assemblée constituante, comme de l'Assemblée législative et de la Convention, voire devant le Conseil des Cinq Cents et le Conseil d'État, à propos des dispositions des projets d'article constitutionnel, de décret et de Code civil concernant le mariage, des rapports de Durand de Maillane (1789) au Discours préliminaire de Portalis (1801) en passant par les projets de Cambacérès et de Jacqueminot (1793-1800). Mais c'est dans le dernier tiers du XX^e siècle qu'elles vont développer toutes leurs conséquences à travers les multiples réformes des Droits contemporains de la famille, de l'abolition du modèle patriarcal des droits continentaux entre 1960 et 1980 à la consécration du partenariat homosexuel en droit scandinave en 1989 (2.3), illustrant à la lettre les remarques formulées en 1950 déjà par une des figures de proue de la réforme matrimoniale française de notre temps :

L'histoire de notre Droit du mariage, depuis cinquante ans, est restée l'histoire d'une libération continue, et l'aboutissement n'est pas loin : pour se lier comme pour se délier, l'homme n'aura plus d'autre clé que sa responsabilité envers lui-même. Dans la formation du lien matrimonial, il pourrait théoriquement entrer trois sortes d'éléments : sociologique, psychologique, biologique. Mais le rite social est en décadence, les exigences biologiques ne sont encore que fantômes,

36. J. CARBONNIER, « Terre et Ciel dans le Droit Français du mariage », in *Le Droit français du milieu du XX^{ème} siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 335.

nous sommes à l'apogée du psychologique [...] Tout en psychologie, notre Droit matrimonial n'avait plus de place pour la donnée biologique, corporelle. Nul doute que le réalisme canonique ne lui ait inspiré quelque horreur, le corps humain n'apparaît pour ainsi dire jamais dans le Code civil : l'homme y est personne, c'est-à-dire pur esprit.³⁷

2.1 LA DOCTRINE JUSNATURALISTE ET RATIONALISTE MODERNE

C'est dès la fin du XVII^e siècle que s'affirme au sein de la doctrine jusnaturaliste et rationaliste moderne une conception du droit matrimonial toujours plus modelée sur la théorie générale des contrats, toujours davantage pénétrée du principe de l'égalité naturelle de tous les êtres humains, voire toujours plus marquée par l'idée de bonheur.

Étroitement solidaires l'une de l'autre, la *contractualisation* du mariage, consécutive à la mise en évidence par les Fondateurs de son fondement conventionnel, et l'affirmation progressive de l'*égalité juridique* des conjoints, qui résulte de la proclamation par Pufendorf (1632-1694) de l'égalité de droit naturel de l'homme et de la femme, se retrouvent dans toutes les tendances marquantes de la doctrine jusnaturaliste et rationaliste moderne, dans l'École romande comme dans l'École allemande.

Sensible à travers toute une partie des commentateurs de Grotius (1583-1645) et de Pufendorf (1632-1694) la contractualisation du mariage se fait jour aussi bien chez Thomasius (1655-1728)³⁸ et ses disciples³⁹ que chez Christian Wolff (1679-1754)⁴⁰ et chez Barbeyrac (1674-1744)⁴¹. Pénétrant toute la problématique jusnaturaliste du mariage, de la détermination de la nature juridique de la société conjugale à celle de son mode de formation et de la

37. *Id.*, p. 328.

38. Chr. THOMASIUS, *Institutiones Jurisprudentiae divinae*, (*IJD*), *op.cit.*, note 30, L. III, cap. II, § 99.

39. Ainsi notamment, C.O. RECHENBERG, *Institutiones jurisprudentiae naturalis*, Leipzig, 1714, définit-il au L. II, Cap. II § 2, le mariage comme « le contrat [conclu] entre l'homme et la femme au sujet de l'union de leurs corps et âme pour la procréation d'une descendance, la satisfaction de leurs instincts naturels et leur aide mutuelle, (*Matrimonium quod est pactum maris cum foeminae de mutua conjunctione corporum et animorum ad procreationem sobolis, restinguendos naturales instinctus et mutuuum adjutorium*) », tandis que HEINECCIUS, *Elementa juris naturae et gentium*, Halle (1737), 1744, en donne une définition plus concise au L. II, cap. II, § XXVIII : « Le mariage est la société simple de personnes de sexe différent conclue pour la procréation et l'éducation d'une descendance, (*Conjugium est societas simplex personarum diversi sexus procreandae educandaeque sobolis causa inta*) ».

40. Cf. Chr. WOLFF, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Halle, 1740-1748, t. VII, 1747, cap. II, § 270 : « La société conclue entre un homme et une femme pour la procréation et l'éducation d'une descendance est appelée société conjugale ou mariage, (*Societas inter marem ac foeminam sobolis procreandae ac educandae causa inita dicitur societas conjugalis sive matrimonium*).

41. Cf. J. BARBEYRAC, *Op.cit. supra* note 30, *loc.cit.*

définition de ses effets à celle de ses modes de dissolution, elle trouve son terme dans la libre détermination, sinon de sa *durée*, comme chez Thomasius⁴², en tout cas de ses *effets*, qui conditionnent la situation juridique des conjoints, et l'admission de l'institution du *divorce par consentement mutuel*. Si cette tendance n'aboutit pas à réduire le mariage à une pure relation contractuelle, dont les effets, la durée et les modalités d'extinction sont laissés à la liberté des parties, comme cela n'est pas loin d'être le cas dans la pensée de Thomasius et de ses disciples⁴³, elle n'en contribue pas moins à vider la société conjugale de toute une part de sa réalité institutionnelle, comme cela ressort de la pensée de Wolff, dans laquelle le mariage ne s'impose plus aux conjoints qu'en fonction de sa finalité de procréation et d'éducation, les conjoints étant libres de régler pour le reste comme ils l'entendent les effets de leur union, voire la dissolution de celle-ci⁴⁴. À cet égard, même limitée au cas des unions sans enfant, aux enfants prédécédés ou déjà éduqués, comme chez Wolff lui-même⁴⁵, l'admission de la légitimité naturelle du *divorce par consentement mutuel* marque bien le terme du processus de contractualisation du mariage, caractéristique de la doctrine jusnaturaliste et rationaliste moderne ; il est significativement reconnu d'ailleurs comme le mode le plus logique de dissolution du mariage non seulement par Thomasius, mais encore par la plupart de ses disciples — ainsi Ephraïm Gerhard (1682-1718)⁴⁶, Carl-Otto Rechenberg (1689-1751)⁴⁷ et Johann Jakob Schmauss (1690-1757)⁴⁸ — par une partie de l'École de Wolff

42. « On ne saurait nullement conclure en effet, pour THOMASIVS, *IJD*, L. III, cap. II, § 118, de ce que la société conjugale ne peut être momentanée, qu'elle doit être perpétuelle, (*Haud quicquam enim ita procedit illatio, societas conjugalit non potest esse momentanea, ergo debet esse perpetua*). » Voir également L. III, cap. II, §§ 123-125. A ce sujet, cf. A. DUFOUR, *Le mariage dans l'École allemande...*, *op.cit.*, note 30, pp. 338-339.

43. Cf. THOMASIVS, *IJD*, L. III, cap. II, §§ 115-125 ; E. GERHARD, *Delineatio juris naturalis*, Iéna, 1712, L. III, cap. II, §§ 68-71 ; C.O. RECHENBERG, *Institutiones Jurisprudentiae naturalis*, Leipzig, 1714, L. III, cap. II §§ XLV-XLVII ; et J.J. SCHMAUSS, *Neues System des Rechts der Natur*, Göttingue, 1754, L. III, cap. II, § X, qui tous admettent, à partir de la liberté des conjoints dans la détermination des effets du mariage, le divorce par consentement mutuel. Voir à ce propos A. DUFOUR, *op. cit.*, pp. 338-339 et p. 371.

44. Cf. Chr. WOLFF, *Deutsche Politik (Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen...)*, (Halle 1721), Francfort-Leipzig, 1736, L. I, Kap. II, § 43 et *Jus Naturae*, *op.cit.*, note 40, t. VII, cap. II, § 506, qui pose pour principe que « le mariage ne peut être dissous tant que les enfants non pas été élevés (*Matrimonium dissolvi nequit si liberi nondum fuerunt educati*) ». Voir à ce sujet A. DUFOUR, *Le mariage dans l'École allemande...*, *op.cit.*, note 30, pp. 400-401.

45. Chr. WOLFF, *Jus naturae*, *op. cit.*, t. VII, cap. II, § 507 : « *Quando nulli adhuc geniti sunt liberi aut qui nati fuerant decesserunt, matrimonium mutuo conjugum dissensu naturaliter dissolvi potest [...] Naturaliter nihil obstat quominus, instar pactorum aliorum mutuo dissensu dissolvatur.* »

46. Cf. E. GERHARD, *op.cit.*, note 43.

47. Cf. C.O. RECHENBERG, *op.cit.*, note 43.

48. Cf. J.J. SCHMAUSS, *op.cit.*, note 43.

comme *contrarius actus* — ainsi Johann Jakob Schierschmidt (1707-1778)⁴⁹, Johann Georg Darjes (1714-1791)⁵⁰ et Daniel Nettelblatt (1719-1791)⁵¹ — et par une partie de l'École romande — ainsi Barbeyrac⁵² et à sa suite l'internationaliste Vattel (1714-1767)⁵³ et le professeur de Lausanne Béat-Philippe Vicat (1715-1770)⁵⁴.

Répondant à l'ambition fondatrice de déduire l'ensemble des règles du Droit de la nature humaine en s'en tenant aux seules données de l'expérience et de la raison, les développements que les Fondateurs et les Maîtres de l'École romande du XVIII^e siècle consacrent dans ce sens au principe contractualiste dans le domaine du Droit matrimonial, frappent moins par l'*originalité du principe*, que l'on retrouve dans la tradition romano-canonique, que par la *radicalité des conséquences* qui en sont tirées. Cette radicalité tient en fait à deux ordres de raisons, *politico-juridiques* et *méthodologiques*. C'est qu'il en va en effet d'abord pour les Fondateurs et les Maîtres à penser du jusnaturalisme moderne de la généralisation du *conventionalisme juridique* de la doctrine du *Contrat social*, qui fait dépendre toute société comme toute autorité de l'homme sur l'homme d'une *convention* entre les intéressés et qui ne conçoit l'insertion de l'une comme de l'autre dans la durée qu'en fonction de la

49. Cf. J.J. SCHIERSCHMIDT, *Elementa juris naturalis, socialis et gentium*, Iéna, 1742, § 469, Cor. VIII.

50. Cf. J.G. DARJES, *Discours über sein Natur- und Völkerrecht*, Iéna, 1762, ad § 586, n. 2.

51. Cf. D. NETTELBLADT, *Systema elementare universale Jurisprudentiae naturalis*, (Halle 1749), 2^e éd. 1757-1762, § 568. Sur la pensée de l'École wolffienne en la matière, de Schierschmidt à Nettelblatt, et sur les positions différentes adoptées par M. Koehler et K.A. von Martini, voir A. DUFOUR, *Le mariage dans l'École allemande ...*, *op.cit.*, note 30, pp. 422-423.

52. Cf. J. BARBEYRAC, *op.cit.*, note 21, ad L. VI, cap. I, § XX, note 3, affirmant avec le publiciste Algernon SIDNEY, *Discourses concerning Government*, Londres, 1698, que l'union conjugale implique pour les conjoints la même liberté « qu'en toute autre sorte de société et de convention » et soulignant par ailleurs, in J. BARBEYRAC, *Les Devoirs de l'Homme et du Citoyen... traduit du latin*, *op.cit.*, note 22, ad L. II, cap. II, § VI, note 1 : « Tout ce que demandent à mon sens, la nature et le but du mariage, indépendamment des réglemens de quelques lois positives ou d'un engagement particulier des mariés, c'est que cette société dure autant que demande l'éducation des enfants ». Sur la pensée matrimoniale de Barbeyrac, cf. A. DUFOUR, *Le mariage dans l'École romande...*, *op.cit.*, note 30, pp. 39-64.

53. Cf. E. de VATTEL, *Questions de Droit naturel et Observations sur le Traité du Droit de la Nature de M. le Baron de Wolff*, Berne, 1762, ad. L. VII, cap. II § 508 : « Dans l'état de nature, les conjoints ne sont tenus à persister dans l'état de mariage que pour le temps qui sera nécessaire à l'éducation des enfants, à moins qu'ils n'aient promis l'un à l'autre d'y persister plus longtemps ou toujours. » Sur la pensée de Vattel en matière matrimoniale, cf. A. DUFOUR, *id.*, note 30, pp. 85-97.

54. Cf. B.Ph. VICAT, *Traité du Droit naturel*, Lausanne-Yverdon, 1777, chap. L, §§ DCCXXVII-DCCXXIX. À propos de la philosophie juridique vaudoise du XVIII^e siècle en matière matrimoniale, voir A. DUFOUR, *op. cit.*, pp. 99-146, notamment pp. 100-108 sur B. Ph. Vicat.

permanence d'un *consentement*⁵⁵. Et c'est qu'il en va ensuite, et surtout, de l'application de la méthode *résolutive-compositive* des sciences physiques et mathématiques au domaine des réalités socio-politiques, qui fait de l'*individu*, dans son abstraction, l'*élément premier* de toute société.

C'est comme un corollaire du *contractualisme* ainsi conçu qu'il faut considérer l'affirmation progressive de l'*égalitarisme matrimonial*, qui transparait dans le développement des doctrines jusnaturalistes à travers le mouvement des idées qui va des thèses des Fondateurs relatives au fondement conventionnel de toute autorité à celles de l'École wolffienne sur l'égalité juridique des époux.

L'*égalitarisme matrimonial* est en fait sensible aussi bien sur le *plan doctrinal*, dans la conception que les représentants du jusnaturalisme se font de la *nature juridique* de la société conjugale, que *sur le plan pratique*, dans leur détermination des *effets* du mariage.

Sur le *plan doctrinal* de la conception de la *nature juridique* du mariage, c'est ce qui se marque dans l'École allemande, d'abord chez Thomasius, dans sa contestation de l'inégalité naturelle du mariage qui ne saurait procéder de la nature, mais seulement du droit positif⁵⁶ et dans son affirmation de la nature égalitaire de cette société en fonction de sa finalité spécifique⁵⁷. C'est ce qui se manifeste ensuite dans la même École par l'affirmation de principe du caractère égalitaire de la société conjugale chez le pufendorffien Eberhard Otto (1685-1756)⁵⁸ comme dans la reconnaissance du caractère foncièrement égalitaire du mariage par Wolff⁵⁹ et ses disciples J.G. Darjes⁶⁰, Georg Achenwall (1719-1772)⁶¹, D. Nettelblatt⁶² et Karl Anton von Martini (1726-1800), le

55. Cf. J. CARBONNIER, *op.cit.*, note 36, p. 335 : « Cette cause (du lien matrimonial) que le droit canon avait en somme cherchée dans la *copula carnalis*, mais en la limitant à la formation du lien, le progrès du droit, qui est une spiritualisation, l'a étendue à toute la durée du mariage, et l'a placée dans la convergence sentimentale, la concorde des âmes et des esprits ».

56. Cf. Chr. THOMASII, IJD, L. III, cap. II, § 109 : « *Istam inaequalitatem non a natura provenire, sed abstrahendo a Revelatione, dependere a libera paciscentium voluntate.* »

57. Cf. *Id.*, L. III, cap. II, § 107 : « *La finalité du mariage n'est pas, comme celle des sociétés politiques, la défense et la sécurité des hommes, qui ne peut être atteinte sans pouvoir [...] mais la propagation du genre humain, qui semble pouvoir être embrassée par la seule voie de la convention et de l'amitié au-delà de tout pouvoir (Deinde matrimonium finis, non uti civitatum, est defensio et securitas hominum quae sine imperio non poterunt obtineri [...]) sed propagatio generis humani, quae solo pacto et amicitia citra imperium contineri posse videtur.* »

58. Cf. E. OTTO, *S. Pufendorffii de Officio Hominis et Civis*, Utrecht, 1728, ad L. II, cap. II, § IV, n. 3 : « *De par le Droit naturel la société des conjoints semble être égale (Jure Naturae societas conjugum aequalis [...] esse videtur).* »

59. Cf., Chr. WOLFF, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Halle, 1754, § 870 : « *Matrimonium societas aequalis est.* »

60. Cf. J.G. DARJES, *Institutiones jurisprudentiae universalis*, Iéna (1740), 1764, § 565, Cor. II, et *id.*, *Discours*, *op.cit.*, note 50, ad § 565, Cor. II.

61. Cf. G. ACHENWALL, *Jus Naturae*, Göttingue, 1755-1756, § 42.

62. Cf. D. NETTELBLADT, *op.cit.*, note 51, § 567.

premier professeur de Droit naturel moderne à l'Université de Vienne⁶³. C'est enfin ce qui se réaffirme dans l'École romande chez un Barbeyrac⁶⁴ comme chez un Fortuné-Barthélemy de Félice (1723-1789), l'infatigable Encyclopédiste chrétien d'Yverdon⁶⁵.

Sur le *plan pratique* de la détermination des *effets du mariage*, cet égalitarisme se retrouve, d'une part, dans la substitution de la notion d'*autorité conjugale* (*imperium conjugale*) à celle de *puissance maritale* (*potestas maritalis*) particulièrement sensible dans l'École wolffienne, de Wolff⁶⁶ à D. Nettelbladt⁶⁷, mais aussi perceptible dans l'École romande du droit naturel chez un F.B. de Félice, avec l'admission dans le sillage de certains commentateurs de Pufendorf comme Gottlieb Samuel Treuer (1683-1743)⁶⁸ et de certains disciples de Thomasius comme C.O. Rechenberg⁶⁹, Jakob Friedrich Ludovici (1671-1723)⁷⁰ et J.J. Schmauss⁷¹ de la légitimité naturelle de l'attribution de l'autorité conjugale à l'épouse : « L'autorité d'une femme sur son mari en matière même de choses qui concernent le gouvernement de la famille n'a rien d'incompatible avec la nature de la société conjugale⁷². » La même

63. Cf. K. A. von MARTINI, *Positiones de Lege naturali*, (Vienne 1762), Coblenz, 1780, Cap. XXV, § DCCI.

64. Cf. J. BARBEYRAC, *Traité philosophique des lois naturelles...*, (trad. du latin), *op.cit.*, note 30, ad IX, § VI, n° 1 : « *Le mariage est de sa nature un contrat, et ainsi, sur tout ce en quoi il n'y a rien de défendu par les Lois ou naturelles ou civiles, les conventions particulières entre le mari et la femme en déterminent les droits réciproques* », résumant le long passage du traducteur anglais de R. Cumberland cité peu avant. Voir à ce propos, A. DUFOUR, *Le mariage dans l'École romande...*, *op.cit.*, note 30, pp. 57-58.

65. Cf. F.B. de FÉLICE, *Encyclopédie*, Yverdon, 1770-1780, article « Mariage », t. XXVII, pp. 521-522 : « *Le contrat de mariage laisse dans une parfaite égalité le mari et la femme tels qu'ils étaient avant de se marier* », formule reprise dans *Code de l'Humanité*, Yverdon, 1778, article « Mariage », t. IX, p. 104.

66. Cf. Chr. WOLFF, *Jus Naturae*, *op.cit.*, note 40, t. VII, cap. I, § 195 : « *Le pouvoir ne revient à personne par nature (Imperium nemini natura competit)* » et t. VII, cap. II, § 490 : « *On appelle autorité conjugale celle qui naît de la société conjugale. Il est évident que cette autorité est mutuelle entre les époux (Imperium conjugale dicitur quod ex societate conjugali nascitur. Hoc mutuum esse conjugum in se invicem patet).* »

67. Cf. B. NETTELBLADT, *op.cit.*, note 51, § 567 : « *Selon le Droit naturel, il n'y a pas de puissance maritale (Secundum jus naturae, non datur potestas maritalis)* » confirmant dans la 1^{re} édition de 1749, § 558 « *Le pouvoir conjugal est naturellement mutuel entre les époux (Imperium conjugale naturaliter est mutuum conjugum inter se invicem).* »

68. Cf. G.S. TREUER, *S. Pufendorffii de Officio Hominis et Civis*, Leipzig (1717), 1734, ad L. II, Cap. II, § 2, qui conteste que la puissance maritale soit naturelle, affirmant la pleine égalité des parties du contrat de mariage.

69. Cf. C.O. RECHENBERG, *op.cit.*, note 43, L. III, cap. II § LXXIV, admettant que la femme puisse se faire attribuer l'autorité conjugale aussi bien que le mari.

70. Cf. J. F. LUDOVICI, *Doctrina Juris naturae juridice considerata*, Giessen, 1724, cap. X, § X, se prononçant dans le même sens que Rechenberg.

71. Cf. J.J. SCHMAUSS, *op.cit.*, note 43, affirmant sans réserve l'égalité des sexes, en proclamant que l'homme n'a pas le moindre avantage naturel sur la femme.

72. Cf. F.B. de FÉLICE, *Encyclopédie*, *op.cit.*, note 65, article « Femme », t. XVIII, p. 493, et *id.*, *Code de l'Humanité*, *op.cit.*, note 65, article « Femme », t. VI, p. 414.

tendance égalitaire se remarque, d'autre part, dans la généralisation des *droits et devoirs communs* aux conjoints par rapport aux *droits et devoirs propres* à chacun d'eux, processus amorcé par certains des disciples de Thomasius et tout à fait manifeste dans l'École wolffienne, dont les auteurs souligneront l'entière réciprocité des droits et devoirs des conjoints, de l'aide mutuelle et de la gestion du ménage à la prestation du *debitum conjugale*⁷³, et qui trouvera son ultime expression dans l'École romande avec l'affirmation par F.B. de Félice de l'égalité du droit de correction des époux l'un à l'égard de l'autre : « Le but même de ce contrat exclut tout droit de l'un sur l'autre. Le mari peut corriger sa femme avec modération, tout comme la femme peut à son tour corriger son mari⁷⁴. »

Étroitement lié à la *contractualisation* de l'institution matrimoniale, qui remet en cause les conceptions de l'institutionnalisme scolastique traditionnel, relatives à l'*autorité naturelle du mari* et au *hiérarchisme* de la société conjugale (*societas inaequalis*), l'*égalitarisme matrimonial* qui s'affirme dans la doctrine jusnaturaliste et rationaliste moderne s'appuie sur des arguments de trois ordres bien différents : *naturel*, *politique* et *juridique*.

Le premier argument avancé, d'*ordre naturel*, tient à l'affirmation de l'égalité de nature existant non seulement de *manière générale* entre tous les *êtres humains* comme l'entendait déjà Pufendorf⁷⁵, mais encore de manière spécifique entre l'*homme et la femme*, ainsi que l'avancent dans l'École allemande à la suite de certains des Commentateurs de Pufendorf — tels G.S. Treuer⁷⁶ et E. Otto⁷⁷ — comme de Thomasius et de certains de ses disciples — tels C.O. Rechenberg⁷⁸, J.F. Ludovici⁷⁹ et J.J. Schmauss⁸⁰ —

73. Cf. entre autres H. KOEHLER, *Juris Socialis et Gentium [...] Specimina*, VII, Iéna, 1737, Spec. II, § 186 ; J.J. SCHIERSCHMIDT, *op.cit.*, note 49, § 466 ; J.G. DARJES, *Institutiones*, *op.cit.*, note 60, § 579, Cor. I ; G. ACHENWALL, *op.cit.*, note 61, § 47 ; D. NETTELBALDT, *op.cit.*, note 51, 1^{re} éd. 1749, § 559 ; 2^e éd. § 565 ; et K.A. von MARTINI, *op.cit.*, note 63, cap. XXV, § DCCX. À ce propos voir A. DUFOUR, *Le mariage dans l'École allemande...*, *op.cit.*, note 30, pp. 415-416.

74. Cf. F.B. de FÉLICE, *Encyclopédie*, *op.cit.*, note 65, article « Mariage », t. XXVII, pp. 521-522, dans le même sens que les *Leçons du Droit de la Nature et des Gens*, Yverdon, 1769, I^e P., t. II, pp. 166-167.

75. Cf. PUFENDORF, *De Jure naturae et Gentium*, *op.cit.*, note 21, L. VI, cap. I, § 9 : « Nous présupposons ici d'emblée que tous les hommes sont naturellement égaux en droit (*praesupponimus ergo heic initio naturaliter omnes homines esse aequalis juris*). »

76. Cf. G.S. TREUER, *op.cit. loc. cit.*, note 68.

77. Cf. E. OTTO, *op.cit. loc. cit.*, note 58.

78. Cf. C.O. RECHENBERG, *op.cit. loc. cit.*, note 69.

79. Cf. J.S. LUDOVICI, *op.cit. loc. cit.*, note 70.

80. Cf. J.J. SCHMAUSS, *op.cit. loc. cit.*, note 71.

Wolff⁸¹ et ses disciples J.G. Darjes⁸², D. Nettelbladt⁸³ et K.A. von Martini⁸⁴ et dans l'École romande, à la suite de Maxwell, le traducteur anglais de Cumberland (1631-1718), Barbeyrac — « L'homme n'a pas toujours plus de force de corps et d'esprit que la femme. Le traducteur anglais a raison et j'ai toujours été dans les mêmes idées »⁸⁵ — et F.B. de Félice : « Les avantages des femmes valent bien les avantages des hommes qui n'ont pas toujours plus de raison ou de lumières que les femmes »⁸⁶. Le second argument allégué à l'appui de l'égalité des conjoints est d'*ordre politique* ; il tient à la règle de l'admission des femmes à la succession au trône et infère de leur capacité à assumer la fonction de Reine à la tête d'un Royaume celle d'assurer aussi bien que les hommes la direction d'une famille, ainsi que l'avancent, d'une part, Puffendorf⁸⁷ et Barbeyrac — « Le cas d'une Reine qui étant Souveraine de son chef, épouse l'un de ses sujets, suffit pour montrer que l'autorité d'une femme sur son mari, en matière même des choses qui concernent le gouvernement de la famille, n'a rien d'incompatible avec la nature du mariage »⁸⁸ — et, d'autre part, F.B. de Félice : « L'Angleterre et la Moscovie montrent à l'évidence que les femmes peuvent réussir également et dans le gouvernement modéré et dans le gouvernement despotique ; s'il n'est pas contre la raison et contre la nature qu'elles régissent un Empire, il semble qu'il n'est pas plus contradictoire qu'elles soient maîtresses dans une famille⁸⁹. » Le troisième et dernier argument invoqué est d'*ordre juridique* ; il tient à la nature *contractuelle* comme à la *finalité spécifique* de la société conjugale qui, loin de requérir un *imperium*, postulent au contraire l'*égalité* des parties, ainsi que l'affirment aussi bien Thomasius⁹⁰ et ses disciples E. Gerhardt, C.O. Rechenberg, J.F. Ludovici et J.J. Schmauss⁹¹

81. Cf. Chr. WOLFF, *op.cit.*, note 40, L. VII, cap. II, § 454, note : « *Par nature la femme et le mari ont un droit égal, et la supériorité du sexe, qui est un terme obscur et vague, ne revient pas de préférence au mari (Naturaliter uxorem ac maritum aequale jus habere, nec praestantiam sexus, qui terminus obscurus et vagus est marito tribuere jus potius).* »

82. Cf. J.G. DARJES, *op.cit.*, note 60.

83. Cf. D. NETTELBLADT, *op.cit. loc. cit.*, note 51.

84. Cf. K.A. von MARTINI, *op.cit.*, note 63, cap. XXV, § DCCI.

85. Cf. J. BARBEYRAC, *op.cit.*, note 64.

86. Cf. F.B. de FÉLICE, *op.cit.*, note 65, *Encyclopédie*, t. cit., p. 520 et *Code de l'Humanité*, t. cit., p. 103.

87. Cf. PUFFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, *op.cit.*, note 21, L. VI, cap. I, § 9 *in fine* alléguant les exemples de Marie Tudor et de Marie Stuart et les conditions de leur mariage.

88. Cf. J. BARBEYRAC, *op.cit.*, note 64.

89. Cf. F.B. de FÉLICE, *op.cit.*, note 72.

90. Cf. Chr. THOMASIUS, *op.cit.*, note 57.

91. Cf. E. GERHARDT, *op.cit.*, note 43, L. III, cap. II, §§ 72-73 ; C.O. RECHENBERG, *op.cit.*, note 43, L. III, cap. II, § LXXVII ; J.F. LUDOVICI, *op.cit.*, note 70, cap. X, § X et J.J. SCHMAUSS, *op.cit.*, note 43.

que Wolff⁹² et ses élèves J.J. Darjes, D. Nettelblatt, G. Achenwall et K.A. von Martini⁹³ dans l'École allemande comme à leur suite Barbeyrac⁹⁴ et F.B. de Félice⁹⁵ dans l'École romande, la généralisation de l'égalité entre *homme* et *femme* dans le mariage apparaît ici corrélative de l'avènement du conventionalisme juridique dans le domaine du Droit matrimonial. Quant au *psychologisme eudémoniste* qui affecte le droit matrimonial occidental moderne et sa pierre de touche le divorce — son « ressort, c'est la liberté, l'individualisme, la conviction que le *bonheur* est l'essence du *mariage* et que chacun peut être seul juge et responsable de son propre bonheur »⁹⁶ —, il émerge plus tardivement dans la doctrine jusnaturaliste et rationaliste sous l'influence de la philosophie de Locke pour se traduire de façon caractéristique dans la conception des fins du mariage des principaux représentants des Écoles allemande et romande du XVIII^e siècle. C'est ainsi que, prenant leurs distances par rapport aux Fondateurs, dont la conception des fins du mariage, encore inscrite dans l'ordre biologique et social de la Création, insistait sur la primauté de la finalité de propagation de l'espèce — chez Grotius⁹⁷ comme chez Pufendorf⁹⁸ — d'une part, nombre de Commentateurs de l'École allemande du XVIII^e siècle mettront toujours plus en évidence l'importance de la *finalité psychologique* de l'*harmonie conjugale* et du *bonheur des époux* — tels, parmi les Commentateurs de Grotius, Heinrich (1644-1719) et Samuel Cocceji (1679-1755)⁹⁹, ou parmi les Commentateurs de Pufendorf, Immanuel Weber (1659-1726)¹⁰⁰ et Johann Jakob Lehmann (1683-1740)¹⁰¹ — d'autre part et

92. Cf. Chr. WOLFF, *Jus Naturae*, *op.cit.*, note 40, t. VII, cap. I, §§ 7-10, en particulier § 10 : « *Les obligations et les droits des sociétaires sont à mesurer à partir de la finalité de la société et de ce qui a été convenu spécialement dans le contrat (obligationes ac jura sociorum metiendi sunt ex fine societatis atque ex iis de quibus in pacto specialiter conventum fuit).* » Dans le même sens, appliqué à la société conjugale, voir L. VII, cap. II, § 488.

93. Cf. J.G. DARJES, *op.cit.*, note 60, D. NETTELBLADT, *op.cit.*, note 51, 1^{re} éd. 1749, § 558 et 2^e éd. 1757-1758, § 567 ; G. ACHENWALL, *op.cit.*, note 61 ; K.A. von MARTINI, *op.cit.*, note 63, cap. XXV, § DCCI.

94. Cf. J. BARBEYRAC, *op.cit.*, note 30.

95. Cf. F.B. de FÉLICE, *Encyclopédie*, *op.cit.*, note 65, article « Mariage », t. XXVII, pp. 521-522, et *Code de l'Humanité*, *op.cit.*, note 65, article « Mariage », t. IX, p. 104.

96. Cf. J. CARBONNIER, *op.cit.*, note 36, p. 335.

97. Cf. GROTIUS, *De Veritate Religionis Christianae*, 1627, tr.fr. *Le Jeune Traité de la vérité de la Religion Chrétienne*, Utrecht, 1692, L. II, § *Avantage de la religion chrétienne [...]* *dans les devoirs qui regardent le mariage et le devoir de chasteté.*

98. Cf. PUFENDORF, *Elementa...*, *op.cit.*, note 21, L. II, Obs. V, § 3 ; « *Ce n'est pas la sécurité du genre humain, mais sa propagation que le mariage a pour finalité (Nec securitatem humani generis, sed propagationem ejusdem pro fine habet matrimonium).* »

99. Cf. H. et S. COCCEJI, *H. Grotii de Jure Belli ac Pacis libri tres cum commentariis...* (Breslau 1744-1747), Lausanne, 1751, Ad L. II, cap. V, § VIII, Proposition III, Demonstratio.

100. Cf. I. WEBER, *S. de Pufendorffii de Officio Hominis et Civis*, Francfort/Main (1700), 1710, ad L. VI, cap. I, §§ 1-2.

101. Cf. J.J. LEHMANN, *S. de Pufendorffii de Officio Hominis et Civis...*, Iéna, 1721, ad L. II, cap. II, § 1, n^o 1.

surtout, les Maîtres à penser de l'École romande vont faire du *bonheur des conjoints* la véritable « fin du mariage » : amorcée chez Barbeyrac — « La fin du mariage, c'est la propagation du genre humain et le bonheur commun des conjoints »¹⁰² — et chez Vattel — « On ne doutera pas que la nature ne les incite au plaisir dans la vue d'entretenir des sentiments si convenables (*i.e.* la tendresse mutuelle et l'entente nécessaire à l'éducation des enfants) »¹⁰³ — cette tendance trouvera son aboutissement chez F.B. de Félice avec l'affirmation de la primauté du *bonheur des époux* parmi les *fins du mariage* :

La véritable fin donc du mariage est cette société amicale entre un mari et sa femme, qui les porte à s'aimer réciproquement, à s'aider dans les soins de leur conservation, à se donner des consolations réciproques dans les afflictions, à trouver à chaque instant près de nous un être envers lequel nous puissions exercer des droits et participer à notre tour des avantages de la sociabilité et enfin à s'accorder par de tendres embrassements les plaisirs les plus sensibles de l'humanité, dont la procréation des enfants est une suite naturelle.¹⁰⁴

Ultime caractéristique *institutionnelle* et *axiologique* du Droit matrimonial occidental moderne, le *psychologisme* de type *eudémoniste*, qui se manifeste dans la conception des fins du mariage de la doctrine jusnaturaliste et rationaliste du XVIII^e siècle, procède en fait d'une profonde mutation intellectuelle, d'ordre à la fois *épistémologique* et *éthique*, typique de la « crise de la conscience européenne » des années 1685-1715 (P. Hazard). Il résulte en effet de l'influence conjointe de la nouvelle épistémologie empiriste sensualiste et de la nouvelle morale utilitariste de la philosophie de Locke, qui réduisent le domaine de la connaissance au champ du sensible et rétrécissent l'horizon moral de l'individu à l'épanouissement calculé d'une mécanique psychophysique, le Bien et le Mal n'étant plus définis dans cette perspective par rapport à des valeurs éternelles, mais en fonction des seules données sensibles comme le plaisir et la douleur ainsi que de notre propre conservation¹⁰⁵. Très tôt diffusée en France par Jean Le Clerc, la pensée lockienne, qui est « au tournant des routes européennes qui conduisent vers le siècle nouveau »¹⁰⁶, trouvera son principal vulgarisateur en Allemagne dans la personne de Thomasius, sectateur avoué du nominalisme dans sa négation de la réalité des

102. Cf. J. BARBEYRAC, *Le Droit de la Nature et des Gens*, *op.cit.*, note 21, ad L. VI, cap. I, § IV note 3, le traducteur français de Pufendorf se plaçant pour cette formule sous le couvert d'une autorité aussi considérable que celle de WOLLASTON, *Ébauche de la Religion naturelle*, La Haye, 1726, qu'il cite explicitement.

103. Cf. E. de VATTEL, *op.cit.*, note 53, ad L. VII, cap. II, § 239.

104. Cf. F.B. de FÉLICE, *Encyclopédie*, *op.cit.*, note 65, tome cit., p. 523, et *Code de l'Humanité*, *op.cit.*, note 65, tome cit., p. 105.

105. Cf. J. LOCKE, *Essay on Human Understanding*, (1690), in *The Works of John Locke*, Londres, 1823, éd. reprint Aalen, 1963. L. II, ch. VII, § 2 ; ch. XX, § 1 et ch. XXI, § 63.

106. Cf. P. HAZARD, *La pensée européenne du XVIII^e siècle*, Paris, 1946, t. I, p. 54.

universaux¹⁰⁷, qui identifiera le Bien au maintien de la vie et au bonheur et ramènera la proposition fondamentale du Droit naturel au précepte eudémoniste : « Il faut faire tout ce qui rend la vie des hommes la plus longue et la plus heureuse possible et éviter tout ce qui rend la vie malheureuse et hâte la mort »¹⁰⁸, préfigurant un siècle d'avance la fameuse formule benthamienne du « plus grand bonheur possible pour le plus grand nombre possible », qui sera l'une des idées-forces de la Révolution française.

2.2 LES DÉBATS ET LES RÉFORMES DE LA RÉVOLUTION FRANÇAISE

Affirmés pendant plus d'un siècle sur le *plan théorique* par la doctrine jusnaturaliste et rationaliste moderne, le *contractualisme*, l'*égalitarisme* et le *psychologisme* ne vont développer leurs premières implications pratiques sur le *plan législatif* qu'à la faveur de la tourmente révolutionnaire. À nul autre moment en effet qu'en cette période de retour à l'ordre originel de la nature (« Révolution »)¹⁰⁹, meilleure occasion ne pouvait se présenter pour la réalisation législative des principes axiologiques jusnaturalistes de *liberté*, d'*égalité* et de *bonheur*.

Encore convient-il de bien distinguer d'emblée dans cette période, d'abord, dans une *perspective chronologique*, la *phase d'effervescence innovatrice* (1789-1793), dans laquelle orateurs, publicistes et législateurs rivalisent d'imagination dans la réalisation des grandes thèses jusnaturalistes, et la *phase de reflux conservateur* (1795-1801), dans laquelle s'impose l'impératif de conservation des acquis révolutionnaires jusqu'à retourner la référence à la nature contre les principes jusnaturalistes eux-mêmes¹¹⁰ ; ensuite, dans une perspective de *procédure parlementaire*, le *niveau des projets et des débats révolutionnaires*, préparés par l'œuvre des Philosophes et alimentés par toute une littérature de circonstances, où la rhétorique se donne libre cours à l'appui des thèses les plus radicales, et le *niveau des réformes institutionnelles*,

107. Cf. THOMASIIUS, *Introductio in Philosophiam aulicam*, VII, 45, comme l'influence de Jacob Thomasius, son père, auteur d'un cours « De secta Nominalium ». Sur l'œuvre de vulgarisation de la pensée lockienne, opérée par Chr. Thomasius, voir *Einleitung zu der Vernunftlehre* de 1691, *Einleitung zur Sittenlehre* de 1692 et le significatif *Versuch vom Wesen des Gesetzes* de 1699. Sur cet aspect de la pensée et de l'œuvre de Thomasius, cf. A. DUFOUR, *Le mariage dans l'École allemande...*, *op.cit.*, note 30, pp. 143-159.

108. Cf. THOMASIIUS, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, *op.cit.*, note 30, L. I, cap. VI, § XXI : « *Norma universalis quarumvis actionum et fundamentalis propositio juris naturae et gentium late sic dicti est : Facienda esse, quae vitam hominum reddunt et maxime diuturnam et felicissimam ; et evitanda, quae vitam reddunt infelicem et mortem accelerant.* »

109. Sur le concept de « Révolution » et son origine en astronomie, cf. H. ARENDT, *On Revolution*, 1963, tr.fr., *Essai sur la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967, notamment pp. 56-57.

110. Cf. à ce sujet G. LOTTES, *op.cit.*, note 4, pp. 325 et ss.

beaucoup plus sobres et centrées sur l'instauration du mariage civil et l'institution du divorce¹¹¹.

Concernant la phase d'effervescence innovatrice de la Révolution française, faute de pouvoir présenter fût-ce succinctement dans le cadre de cette étude les projets et les débats où se font jour les principales tendances jusnaturalistes en matière matrimoniale, relevons cependant, d'une part, préparée par Montesquieu, Voltaire, Diderot et d'Holbach¹¹², l'affirmation du contractualisme et du psychologisme eudémoniste à propos du divorce et de la répudiation — ainsi Thuriot (1753-1829) dans son intervention à l'Assemblée législative de septembre 1792 : « Je crois plus convenable à nos mœurs de décréter que lorsque l'un des époux ne trouvera plus le bonheur dans l'union, il sera libre de demander le divorce et aura le droit de l'obtenir »¹¹³ ; ainsi également Sédillez (1745-1830) dans son Rapport à l'Assemblée législative en faveur de la répudiation :

Il est des cas où il est également juste que le mariage soit dissous par la volonté d'une seule des parties, indépendamment de la volonté de l'autre, et c'est ce qu'on appelle *répudiation*. Cette seconde espèce de divorce, qui paraît moins naturelle que la première, dérive cependant du même principe, que le mariage a été contracté dans la vue du *bonheur commun* ; si l'une des parties n'y peut trouver le *bonheur*, il est juste que la loi vienne à son secours.¹¹⁴

Et notons, d'autre part, amorcée en France par Diderot (1713-1784)¹¹⁵, mais surtout développée par Condorcet (1743-1794)¹¹⁶ et

111. Pour la genèse et l'essor de ces réformes, voir l'excellente étude d'A.H. HUSSEN, « Le Droit du mariage au cours de la Révolution française », (1979) XLVII/4, *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis*, pp. 9-51 et pp. 99-127, ainsi que le suggestif aperçu qu'en donne la contribution du même auteur au Colloque international du Centre de recherches révolutionnaires et romantiques de Clermont-Ferrand de 1977, « La « crise » du mariage et de la famille pendant la Révolution française », in *Aimer en France, 1760-1860*, t. II, Clermont-Ferrand, 1980, pp. 331-343. On consultera toujours encore avec profit la thèse classique d'histoire du droit de F. OLIVIER MARTIN (répertoriée OLIVIER MARTIN), *La crise du mariage dans la législation intermédiaire, 1789-1804*, Paris, 1901.

112. Voir à ce propos F. OLIVIER MARTIN, *id.*, pp. 34-41.

113. Cf. *Archives parlementaires (AP)*, 1^{re} série, t. XLIX, Paris, 1896, p. 613 (séance du 13 septembre 1792).

114. Cf. *id.*, pp. 610-611.

115. Cf. D. DIDEROT, *Sur les femmes* (1772), in *Oeuvres*, Paris, éd. Pléiade, 1962, pp. 949-958, compte-rendu de l'opuscule de l'Académicien Antoine-Léonard THOMAS (1732-1785), *Sur le caractère, les mœurs et l'esprit des femmes* de 1772.

116. Cf. CONDORCET, « Lettres d'un bourgeois de New-Haven à un citoyen de Virginie », in « *Recherches sur les États-Unis* », tome I, 1788, pp. 281-287 ; *Sur l'admission des femmes au droit de cité*, Paris, 1790 ; *Mémoire sur l'éducation des femmes*, Paris, 1792. Sur cet aspect de l'œuvre de Condorcet, voir entre autres E. et R. BADINTER, *Condorcet — Un intellectuel en politique*, Paris, Fayard, 1988, pp. 296-297, dans la ligne de P.M. DUHET, *Les femmes et la Révolution*, Paris, Julliard, 1971, pp. 57-61.

Marie-Olympe de Gouges (1748-1793)¹¹⁷, la défense à la Convention de l'égalitarisme entre homme et femme, aussi bien par des législateurs comme Cambacérès (1753-1824), dans les dispositions de son premier projet de Code civil de 1795 relatifs à l'égalité des droits des époux — « Les époux ont et exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens »¹¹⁸ — que par des orateurs comme Danton (1755-1794) — « rien n'est plus naturel »¹¹⁹ —, Camille Desmoulins (1760-1794) — « Je ne veux pas que l'on conserve plus longtemps la puissance maritale qui est une création des gouvernements despotiques »¹²⁰ — ou Couthon (1755-1794) — « Il suffit d'avoir fait quelques réflexions sur la nature de l'homme pour s'être convaincu que la femme est née avec autant de capacité que l'homme »¹²¹.

Pour être plus sobres, les *réformes institutionnelles* de la Révolution française en matière matrimoniale ne sont pas moins *fondamentales*. *Contractualisme, égalitarisme et psychologisme*, qui font de la *liberté*, de l'*égalité* et du *bonheur*, les trois piliers du droit matrimonial moderne, s'y conjuguent en effet pour *instaurer le mariage civil obligatoire*, programmé par la consécration constitutionnelle — « gloire cachée de la Révolution » — de la définition du mariage dans la Constitution de 1791 — « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil »¹²² —, et pour *institutionnaliser le divorce*, organisé législativement, en même temps que la réglementation du mariage civil, le 20 septembre 1792. « Le mariage est un contrat civil, la Constitution de 1791 le proclamait. Mettez l'accent sur le *contrat*, vieille notion canonique, commente à ce propos le Doyen Carbonnier, et vous avez, se retournant contre le droit canonique, la dissolubilité qu'il faut organiser en divorce, ce qui est l'objet de la loi précitée du 20 septembre 1792. Mettez l'accent sur *civil* et vous aurez la laïcité, qu'il faudra organiser en état-civil, mariage civil, ce qui sera l'objet d'une autre loi de la même date¹²³. »

117. Cf. *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne*, Paris, 1791, avec ses articles calqués sur ceux de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* : « Art. 1^{er} : La femme naît libre et demeure égale à l'homme ; Art. 2^e : Le but de toute association est la conservation des droits naturels de la femme et de l'homme ; ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et surtout la résistance à l'oppression. » Sur Marie Olympe de Gouges et le discours féministe à la Révolution voir entre autres P.M. DUHET, *op.cit.*, note 116, *passim*, notamment pp. 67-74, sur M.O. de Gouges, sa *Déclaration des Droits de la Femme* et son projet de *Contrat Social de l'Homme et de la Femme*.

118. Cf. l'article 10 du premier projet de Cambacérès, discuté à la Convention Nationale le 23 août 1793, *AP*, note 113, tome LXXII, Paris, 1907, pp. 673-674.

119. Cf. *AP*, *id.*, p. 674.

120. Cf. *ibid.*

121. Cf. *ibid.*

122. Cf. *Constitution du 3 septembre 1791*, t. II, article 7. Pour la formule du Doyen Carbonnier à ce sujet — « La gloire cachée de la Révolution, c'est d'avoir voulu donner valeur constitutionnelle à la définition du mariage » — voir J. CARBONNIER, « Introduction-sur un air de famille », in *La Famille, la loi, l'État*, *op.cit.*, note 3, p. XVII.

123. Cf. J. CARBONNIER, *ibid.* Sur l'histoire de ces deux lois du 20 septembre 1792 sur l'état civil et le mariage et sur le divorce, voir A. HUUSSEN, *op.cit.*, note 111, pp. 28 et ss. et pp. 44 et ss.

Que ce soient aussi bien le principe de *liberté* que celui d'*égalité* que les Révolutionnaires aient à l'esprit en décidant l'instauration de la célébration et de la réglementation civiles obligatoires du mariage, c'est ce que montre la convergence des propos du rapporteur Murair (1750-1837) au nom du Comité de Législation — Le temps est venu où toute autorité doit être resserrée dans ses bornes. Puisque c'est la puissance civile qui a tellement uni le contrat au sacrement, que sans le sacrement il n'y avait point de mariage, la même puissance peut sans doute les séparer ; laissons la plus grande liberté à ceux qui voudront faire bénir leur union, à ceux qui, nés dans le sein de l'Église, voudront se soumettre à ses lois [...] la liberté devenue notre élément doit surtout requérir dans les mariages¹²⁴ — et du Girondin Vergniaud (1753-1793) — La loi est la providence visible des citoyens ; tous sont égaux devant elle, elle doit être égale pour tous [...] vous ne blasphémerez pas la religion, vous n'outragez pas la divinité, mais vous honorerez l'une et l'autre, car vous ne ferez que réaliser l'égalité proclamée par la nature.¹²⁵

Mais les principes de *liberté* et d'*égalité* ne sont pas seulement à la base de l'instauration du *mariage civil obligatoire* ; ils sont également, avec l'idée de *bonheur*, au cœur de l'institution du *divorce*, proposée comme corollaire à celle du *mariage civil*. C'est ce qui résulte d'abord de la proposition d'Aubert-Dubayet (1759-1797), à l'origine du décret de l'Assemblée législative du 30 août 1792, stipulant que « le mariage est un contrat dissoluble par le divorce »¹²⁶ :

Il est temps de le reconnaître, le contrat qui lie les époux est commun ; ils doivent incontestablement jouir des mêmes droits et la femme ne doit point être l'esclave de l'homme. Pour nous qui vivons sous l'empire de la liberté et qui avons juré de conserver ce bien précieux, l'hymen ne saurait admettre l'asservissement d'une seule des parties [...]. Non, Messieurs, nous voulons que toutes les unions reposent sur le bonheur et nous parviendrons à ce but en déclarant que le divorce est permis.¹²⁷

C'est ce qui ressort ensuite tant de l'invocation par le célèbre conventionnel Cambon (1756-1820) de la Déclaration des Droits de l'homme à l'appui du divorce — « Il n'est aucun citoyen ami de la liberté et de l'égalité, qui puisse s'opposer au Décret qu'on vous propose. Je vais plus loin : le divorce est établi dans la Déclaration des Droits, il en est une conséquence nécessaire »¹²⁸ — que de l'argumentation développée par Sédillez en faveur du

124. Cf. AP, note 113, tome XXXVIII, Paris, 1892, p. 534 (séance du 15 février 1792).

125. Cf. AP, *id.*, tome XLI, Paris, 1893, p. 421 (séance du 10 avril 1792).

126. Cf. AP, *id.*, tome XLIX, pp. 117-118 (séance du 30 août 1792). Sur la motion du Général Jean-Baptiste Annibal Aubert du Bayet et ses développements à l'Assemblée Législative, voir A. HUUSSEN, *op.cit.*, note 111, pp. 47 et ss.

127. Cf. AP, *supra*, note 113, p. 117.

128. Cf. AP, *id.*, p. 118 (séance du 30 août 1792).

divorce par *consentement mutuel* comme en faveur du divorce sur simple allégation d'*incompatibilité d'humeur* ou de *caractère* :

Vous avez adopté le divorce ; c'est moins une loi nouvelle que vous allez faire qu'un retour à la loi naturelle [...] ; la grande loi de la nature, c'est la liberté ; les dispositions que nous appelons des lois ne sont réellement que des exceptions à ce premier principe [...]. Le mariage est un contrat civil. Il est de la nature des contrats de se dissoudre de la manière qu'ils ont été formés. Le mariage étant formé par la volonté de deux personnes, il est naturel qu'il puisse se dissoudre par une volonté contraire [...]. Si le mariage semble embrasser dans son lien toutes les périodes de la vie, il ne faut pas perdre de vue un autre principe, non moins vrai : nous ne le contractons que dans la vue de notre bonheur.¹²⁹

Ce sont enfin les mêmes principes dont se réclamera Cambacérés devant la Convention, dans ses rapports sur le premier et le deuxième projets de Code civil, à propos de l'essence du mariage — « Le pacte matrimonial doit son origine au droit naturel [...] ; la volonté des époux en fait la substance, le changement de cette volonté en opère la dissolution : de là le principe du divorce » (1793)¹³⁰ — ou de la fonction du divorce — « Le divorce est le surveillant et le modérateur du mariage. Sans le divorce, le mariage serait un supplice cruel, une source d'immoralité et de corruption, plus féconde que le célibat même » (1794)¹³¹ — la formule évoquant le paradoxe de Chaumette (1763-1794), le procureur de la Commune de Paris, présentant aux nouveaux mariés « le divorce comme le dieu tutélaire de l'hymen »¹³².

Quant à la *phase de reflux conservateur* qui s'amorce à partir de Thermidor (1794) et qu'illustreront parfaitement en 1797 les propos de Chs. P.T. Guiraudet (1754-1804) — « Proscrivez, il en est temps, ces mots qu'il a fallu employer jusqu'à l'abus pour faire la Révolution. La Révolution est faite, il s'agit de savoir si vous voulez en recueillir les fruits »¹³³ — elle se traduit en matière de droit matrimonial par le refus général des principes *contractualistes, égalitaristes et eudémonistes*. Ce refus est d'abord sensible chez les Législateurs, du troisième projet de Code civil de Cambacérés de 1796¹³⁴ et du projet de Jacqueminot de 1799¹³⁵ au Rapport de Portalis

129. Cf. AP, *id.*, pp.609-610 (séance du 13 septembre 1792).

130. Cf. AP, *id.*, tome LXX, Paris, 1906, p. 552 (séance du 9 août 1793). Voir également P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, tome 1, Paris, 1836, p. 4.

131. Cf. P.A. FENET, *id.*, pp. 104-105.

132. Discours cité in F. OLIVIER MARTIN, *op.cit.*, note 111, p. 176.

133. Cf. Chs. P. T. GUIRAUDET, *De la famille considérée comme l'élément des sociétés*, Paris, 1797, p. 114.

134. Le texte de ce troisième projet, de plus de 1000 articles, se trouve chez P.A. FENET, *op.cit.*, note 130, pp. 178-326, avec le rapport correspondant (*Discours préliminaire*), pp. 140-176. Sur l'esprit de ce projet en matière matrimoniale, cf. A. HUUSSEN, *op.cit.*, note 111, pp. 122-123.

135. Le texte du « Projet Jacqueminot », constitué en fait de projets partiels, se trouve également chez P.A. FENET, *id.*, pp. 333-462, avec les « Idées préliminaires » de Jacqueminot, pp. 327-332. Pour l'esprit de ce projet, voir A. HUUSSEN, *op.cit.*, note 111, pp. 123-126.

(1746-1807) au Conseil des Anciens sur le divorce de 1797 et à son *Discours préliminaire* au projet de Code civil devant le Conseil d'État de 1801, avec l'abandon de toute tentative d'instaurer l'égalité des droits des époux et l'abolition formelle du divorce par consentement mutuel et pour incompatibilité d'humeur ou de caractère. « En général », conclut ainsi Portalis déjà dans son rapport de 1797 au Conseil des Anciens, « le divorce ne doit être prononcé sans cause ; les causes du divorce doivent être des infractions manifestes du contrat »¹³⁶, cependant qu'il affirmera catégoriquement dans son *Discours préliminaire* de 1801 : « Le vœu de la perpétuité dans le mariage était le vœu même de la nature, il faut que les lois opposent un frein salutaire aux passions, il faut qu'elles empêchent que le plus saint des contrats ne devienne le jouet du caprice, de l'inconstance et qu'il ne devienne même l'objet de toutes les honteuses spéculations d'une basse avidité [...] »¹³⁷. Mais ce refus général des principes *contractualistes, égalitaires et eudémonistes* est surtout marqué chez les publicistes postrévolutionnaires par les brillantes entreprises de restauration familiale d'un Guiraudet¹³⁸, d'un J. Girard¹³⁹ et d'un Louis de Bonald (1754-1840)¹⁴⁰ qui, retournant le mode de pensée jusnaturaliste, se réclament de la *nature* pour contester, d'une part, sur le plan *méthodologique*, l'adéquation de la méthode résolutive-compositive à l'ordre social et politique, opposant l'« ouvrage de la nature » au « produit du système »¹⁴¹ et, pour récuser d'autre part, sur le plan *institutionnel*, le modèle *contractualiste, égalitaire et eudémoniste* du mariage au nom de la fonction *sociale et politique* de ce dernier : « Le mariage prépare le gouvernement de la famille et amène l'ordre social ; il établit les premiers degrés de subordination nécessaires à le former. Le père est le chef par la force, la mère médiatrice par la douceur et la persuasion, les enfants sont les sujets et deviennent chefs à leur tour ; voilà le type de tous les gouvernements¹⁴². »

Dans cette perspective, et à l'encontre de Cambon, qui s'en autorisait devant l'Assemblée législative pour légitimer le divorce comme l'une de « ses conséquences nécessaires »¹⁴³, il n'est pas jusqu'à la Déclaration des Droits de l'homme dont la pertinence ne soit contestée en matière familiale, dans la mesure où c'est la *famille* et non l'*individu* que la *nature* indique comme unité de base de toute société : ainsi selon Guiraudet, qui annonce de

136. Cf. PORTALIS, *Rapport sur la résolution du 29 prairial dernier relative au divorce*, Paris, 1797, p. 37. Sur ce rapport, voir A. HUUSSEN, *op.cit.*, note 111, pp. 105-106.

137. Cf. *Discours préliminaire au projet de Code civil*, P.A. FENET, *op.cit.*, note 134, p. 492.

138. Cf. Chs. P.T. GUIRAUDET, *De la famille*, *op.cit.*, note 133.

139. Cf. J. GIRARD, *Considérations sur le mariage et sur le divorce*, Paris, 1797.

140. Cf. L. de BONALD, *Du divorce considéré au XIX^e siècle relativement à l'état domestique et à l'état public de la société*, Paris, 1801.

141. Cf. Chs. P.T. GUIRAUDET, *op.cit.*, note 133, pp. 6-7. Voir à ce sujet les pénétrantes analyses de G. LOTTES, *op.cit.*, note 4, pp. 324-325.

142. Cf. J. GIRARD, *op.cit.*, note 139, pp. 3-4.

143. Cf. AP, note 113, p. 118 (séance du 30 août 1792).

Bonald¹⁴⁴, « les seuls Droits de l'Homme » sont « les Droits de père, d'époux, de fils, de femme », qui ne sont en définitive « que des fonctions publiques »¹⁴⁵.

2.3 PERSPECTIVES CONTEMPORAINES

G.K. Chesterton a pu écrire un jour que le monde moderne était peuplé d'« idées chrétiennes devenues folles ». La vérité du propos, déjà manifeste dans l'essor désordonné des Déclarations de Droits de ces dernières années — de l'aberrante Déclaration des Droits de l'animal proclamée par l'UNESCO le 15 octobre 1978 à la très contestée Convention universelle des Droits de l'Enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 — n'est nulle part plus évidente que dans l'évolution contemporaine du Droit matrimonial occidental. Des premières législations scandinaves d'égalité de l'entre-deux guerres (Suède 1920, Danemark 1925, Finlande 1929, Norvège 1931)¹⁴⁶ à la législation suisse de 1984 consacrant le « partenariat » (*Partnerschaft*)¹⁴⁷ et des lois allemande et belge d'égalité de 1957¹⁴⁸ et 1958¹⁴⁹ à la loi danoise de 1989 sur l'enregistrement du partenariat homosexuel (*Partnerskab*)¹⁵⁰, l'évolution du droit matrimonial occidental moderne illustre en effet de manière saisissante la *dérive* des valeurs essentielles du mariage, dues à l'apport du christianisme dans l'histoire de la civilisation. C'est ainsi que l'exigence de la *liberté du consentement* des nupturients, posée par les canonistes, la promotion évangélique de l'*égalité de la femme* dans sa fonction de co-ministre du sacrement avec son futur époux et l'ordination enfin de la société conjugale comme « moyen de grâce » à la *plénitude surnaturelle* de la béatitude ont été réduites, sous l'influence cumulative de la doctrine jusnaturaliste rationaliste moderne et des réformes institutionnelles de la Révolution française, aux principes axiologiques individualistes de *liberté*, d'*égalité* et de *bonheur*, dans l'émancipation du mariage de l'ordre *biologique* de la Création, l'abandon de sa matrice *patriarcale* et l'évacuation de sa dimension *surnaturelle*. Car le droit matrimonial occidental moderne, *unidimensionnel* à l'image de l'homme contemporain, n'a plus pour modèles de référence en cette fin de XX^e siècle que les *modèles individualistes d'autonomie*, de *concertation* et d'*épanouissement de soi*. Parachevant ainsi le

144. Cf. L. de BONALD, *op.cit.*, note 140, pp. 482-483. Sur cette nouvelle « stratégie d'argumentation », cf. G. LOTTES, *op.cit.*, note 4, pp. 327-328.

145. Cf. Chs. P.T. GUIRAUDET, *op.cit.*, note 133, pp. 195-197.

146. Cf. Loi suédoise du 11 juin 1920 ; loi danoise du 18 mars 1925 ; loi finlandaise du 19 juin 1929 et loi norvégienne du 19 juin 1931.

147. Cf. modification du *Code civil suisse* du 5 octobre 1984.

148. Cf. Loi allemande du 18 juin 1957.

149. Cf. Loi belge du 30 avril 1958.

150. Cf. Loi danoise du 7 juin 1989 (*Lov om registeret partnerskab*).

principe de *liberté individuelle* dans le domaine familial, jusqu'à l'ignorance de la *finalité de procréation*, le *modèle d'autonomie* marque l'affranchissement des conjoints par rapport à l'ordre biologique de la Création, et cet affranchissement s'étend de la non-immixtion du législateur dans l'organisation et la définition des fins du mariage — « Régir l'ordre interne de l'union conjugale, c'est-à-dire les rapports des époux entre eux », dit significativement le gouvernement suisse dans son message de 1979, « ne peut être la tâche du législateur »¹⁵¹ — à la prise en charge par le même législateur des unions homosexuelles sous la dénomination de « partenariat » — « deux personnes de même sexe peuvent faire enregistrer leur partenariat », stipule le législateur danois de 1989, qui ajoute : « l'enregistrement du partenariat a les mêmes effets juridiques que la conclusion du mariage, mis à part les conditions citées au § 4 (adoption) »¹⁵². Consacrant le *principe d'égalité* entre les sexes jusqu'à l'indifférence à l'égard de la *finalité d'éducation*, le *modèle de concertation* marque la libération des conjoints par rapport à la matrice *patriarcale*, et cette libération va de la prise en compte formelle, dans l'esprit de l'idéologie des « nouveaux pères », de l'interchangeabilité des rôles sur le plan législatif — « (l'égalité de droit) cela oblige de renoncer », précise bien le gouvernement helvétique, « à fixer dans des dispositions légales des tâches et des privilèges différents pour l'homme et la femme »¹⁵³ — à l'institution de la *vénalité des charges conjugales*, comme celle qu'implique le principe de la rémunération de l'époux au foyer. Donnant forme au nouveau tabou du *droit au bonheur de l'individu*, jusqu'à la mise en péril de la *finalité d'éducation*, le *modèle d'épanouissement de soi* marque enfin l'émancipation des époux par rapport à l'éthique traditionnelle du don de soi et du sacrifice inscrite dans la dimension surnaturelle du sacrement — « l'épanouissement de la personne et l'émancipation ne sont pas des problèmes de femmes », relève encore significativement le Conseil fédéral suisse, « ils sont une exigence pour l'un et l'autre sexe »¹⁵⁴.

Autant qu'un monde d' « idées chrétiennes devenues folles », le nouveau droit matrimonial occidental moderne révèle ainsi en définitive, dans une corrélation symptomatique avec l'essor désordonné des Déclarations de Droits, une anthropologie centrée sur un *individu abstrait*, affranchi de toute transcendance comme de toute relation, de même qu'une *éthique sociale* dans

151. Cf. *Message (du Conseil fédéral) concernant la révision du Code civil suisse (effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions)*, du 11 juillet 1979, *Feuille fédérale* (FF) 1979, n° 113, p. 54.

152. Cf. Loi danoise du 7 juin 1989, § 1 : « *To personer af samme kon kan lade deres partnerskab registrere* » et § 3 : « *Registrering af partnerskab har med de i § 4 anførte undtagelser samme retsvirkninger som indgåelse af ægteskab* ». Voir à ce sujet le judicieux commentaire d'A. WACKE, *Die Registrierung homosexueller Partnerschaften in Dänemark*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (FamRZ), 1990, H.4., pp. 347-351.

153. Cf. *Message...*, *op.cit.*, note 151, p. 13.

154. Cf. *ibid.*

laquelle les *droits* ont singulièrement occulté les *devoirs*. Mais n'est-ce pas là qu'un des aspects d'une crise plus générale ? Revendication exacerbée de la *liberté individuelle* au détriment du *bien commun* dans le culte de l'autonomie personnelle, quête indéfinie de l'*égalité mathématique* dans l'indifférenciation des rôles et le rejet des autorités nécessaires à la *bonne marche des sociétés*, poursuite effrénée du mirage du *bonheur*, qui substitue l'*épanouissement hédoniste* de l'*égo* à l'*accomplissement oblatif* du *don de soi* — ne s'agit-il pas là en effet des symptômes caractéristiques de la crise des sociétés démocratiques avancées annoncée voici un siècle déjà par Alexis de Tocqueville dans des pages célèbres de sa *Démocratie en Amérique* ?