

2m11.2919.6

Université de Montréal

L'attitude des intellectuels français des *Lumières*
à l'égard du mariage indissoluble

Par
Nathalie Noël
Département d'histoire
Faculté des arts et sciences

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maître ès arts (M.A.)



AVRIL 2001

©Nathalie Noël, 2001

1995

1995

1995

D
7
154
2001
N.023

1995

1995



1995

**Université de Montréal
Faculté des études supérieures**

**Ce mémoire intitulé :
*L'attitude des intellectuels français des Lumières
à l'égard du mariage indissoluble***

**Présenté par :
Nathalie Noël**

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Louis Micehl, président rapporteur
Claude Sutto, directeur de recherche
Susan Dalton, membre du jury

Mémoire accepté le : 15 août 2001

**À Henning,
ma muse, ma chère moitié
et mon teuton préféré**

Sommaire

Ce mémoire analyse l'opinion éclairée du XVIII^e siècle à l'égard de l'indissolubilité du mariage imposée par l'État français avant la Révolution et ce, afin d'être en mesure de comprendre ce qui a pu influencer les députés ayant, par le décret du 20 septembre 1792, légalisé le divorce dans le nouvel État. Les origines intellectuelles de cette loi autorisant la dissolution entière du lien conjugal, d'ailleurs abolie dès la Restauration, ne se trouvent en effet pas que dans la campagne menée en faveur de l'établissement du divorce entre 1789 et 1792, mais remontent au contraire aux critiques émises par les philosophes et les intellectuels des *Lumières*.

Bien que la plupart des historiens fussent déjà convaincus de l'existence d'un débat autour de la question de la perpétuité du mariage et d'un mouvement d'opinion en faveur du "rétablissement" du divorce avant la Révolution, personne n'en avait encore fait la démonstration. Cette hypothèse n'était fondée que sur les travaux de postulants au doctorat en droit qui analysèrent, à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, les discours tenus par les auteurs du XVIII^e siècle favorables à la dissolution du mariage. Non seulement ces thèses sont peu objectives, la plupart de ces études cherchant surtout à condamner la pratique du divorce, mais elles sont avant tout consacrées au discours révolutionnaire et non à celui tenu par les auteurs des *Lumières*.

Ce mémoire analyse donc essentiellement les intellections des auteurs pré-révolutionnaires en ce qui a trait au mariage tel que pratiqué sous l'Ancien Régime. Les raisons amenées par ces auteurs pour rétablir le divorce dans le royaume de France sont ainsi revues sous un jour nouveau, à la lumière des nouvelles méthodes apportées par l'histoire sociale, en plus d'être présentées de façon thématique et non chronologique afin de situer ces discours défavorables à la pérennité du lien conjugal dans le contexte général de remise en cause des institutions françaises par les intellectuels des *Lumières*. D'autre part, une distinction a été faite entre les critiques de ceux qu'on nommait alors les *philosophes* et celles d'auteurs plus ou moins connus qui écrivirent des traités essentiellement consacrés à la question du mariage indissoluble puisqu'il nous semblait que ceux-ci étaient davantage susceptibles d'avoir sensibilisé les milieux cultivés d'alors.

La littérature ayant abordé cette question a par ailleurs été grandement élargie puisque nous avons retracé des ouvrages qui n'avaient pas encore été répertoriés par les historiens s'étant auparavant intéressés à ce sujet. La présente étude constitue donc une synthèse des discours défavorables à l'indissolubilité du mariage tenus par les intellectuels français des *Lumières* en plus de faire un rapprochement avec ceux tenus par les révolutionnaires pour bien faire la démonstration d'une évidente influence des intellections pré-révolutionnaires sur ces derniers.

Table des matières

Introduction	1
1. La conception juridique du mariage au siècle des <i>Lumières</i>	15
1.1 La justification du mariage religieux avant le XVIII ^e siècle	
1.1.1 La doctrine canonique du mariage	15
1.1.2 La doctrine gallicane du mariage avant le XVIII ^e siècle	28
1.2 Le mariage en droit civil français au XVIII ^e siècle	33
1.3 L'institution matrimoniale en droit naturel	41
2. La controverse sur le mariage indissoluble en France au temps des philosophes	49
2.1 Vers une déconsidération du mariage au XVIII ^e siècle ?	49
2.2 La remise en cause de la perpétuité du lien matrimonial par les philosophes	58
2.2.1 Le divorce en faveur de la population	58
2.2.2 Le divorce pour la régénération des mœurs	65
2.2.3 Et le bonheur des époux ?	71
2.2.4 L'indissolubilité contre nature	78
2.2.5 Quand le divorce existait	88
3. Un mouvement <i>divorciaire</i> avant la Révolution ?	102
3.1 Ampleur du discours favorable au rétablissement du divorce dans la seconde moitié du XVIII ^e siècle	
3.1.1 <i>Le Cri d'un honnête homme</i> de Philbert	103
3.1.2 Les écrits du juriconsulte et démographe Cerfvol	107
3.1.2.1 <i>Le Mémoire sur la population</i>	107
3.1.2.2 <i>Législation du divorce</i>	114
3.1.2.3 Une fiction : <i>Le parloir de l'Abbaye de****</i>	118
3.1.2.4 <i>L'intérêt des femmes au rétablissement du divorce</i>	120
3.1.3 Un avocat rebelle : Nicolas-Simon Henri Linguet	123
3.1.4 Derniers traités en faveur du divorce avant la Révolution	134
3.1.4.1 <i>Le contrat conjugal</i> de Lescène des Maisons	
3.1.4.2 <i>Un Essai sur le mariage</i> par l'avocat Pétion de Villeneuve	140

3.2 Le problème de la dissolution du mariage chez les Français non-catholiques	145
3.2.1 Les juifs	145
3.2.2 Les luthériens et les calvinistes	153
Conclusion	164
Bibliographie	170
Annexe 1	182

Introduction

It is difficult to assess the influence and impact of this body of writing, although it is tempting to see it as the background to the 1792 divorce law in the sense of its representing a welling-up of opinion in favour of divorce. Yet for the most part the divorce literature was imprecise and disparate and, like so many themes studied in historical perspective, seems to become coherent only under the pen of the historian.

Roderick Phillips¹

L'établissement d'un état civil et la légalisation du divorce² par le décret du 20 septembre 1792 est l'issue qu'a prise la remise en cause de l'institution matrimoniale dès les débuts de la Révolution.³ Émis un mois et demi à peine après la suspension de la monarchie, et la journée même de la victoire de Valmy, ce décret répondait au besoin d'affranchissement religieux ressenti par les révolutionnaires. L'Assemblée constituante avait déjà dissocié l'institution du mariage de la religion en en faisant, dans la Constitution de 1791, uniquement un contrat civil⁴ et, en mettant en place un mariage civil de même qu'une constatation étatique des naissances et des décès, la Législative mettait fin à neuf siècles de contrôle de l'état civil des citoyens par le clergé catholique.⁵

La conception du mariage comme contrat civil n'est pas une nouveauté révolutionnaire, loin de là. Tous les juristes et jurisconsultes modernes, de Dumoulin à Pothier en passant par Lamoignon et d'Aguesseau n'ont cessé de le répéter dans leurs différents traités légitimant l'ingérence de la législation civile et royale en matière matrimoniale. Théologiens et canonistes eux-mêmes font du mariage d'abord un contrat consensuel entre les conjoints puis, un sacrement; les deux aspects étant selon eux

¹ Roderick Phillips, *Putting Asunder: A History of Divorce in Western Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 172.

² On entend par divorce la dissolution entière du lien conjugal avec la possibilité pour les deux anciens conjoints de se remarier. Le mot divorce a en effet aussi servi à désigner la répudiation, c'est à dire le renvoi unilatéral d'un conjoint, le plus souvent de la femme, de même que la séparation de corps qui n'autorise aucun remariage du vivant des époux. Voici la définition qu'en donne le répertoire juridique de Guyot : « Suivant le droit romain, le divorce était une désunion réelle, entière et parfaite, qui remettoit les deux parties dans leur premier état, leur rendoit toute l'étendue de leur liberté et en faisoit deux individus absolument étrangers l'un pour l'autre. » Joseph Nicolas Guyot prés., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Tome XVI, Paris, Visse, Nouvelle éd., 1784-1785 [1775-1783], p. 225.

³ La loi du divorce a été introduite, il est vrai, avec beaucoup de difficulté car si elle avait nombre de partisans, beaucoup de députés s'y étaient opposés.

⁴ Constitution du 3 septembre 1791, titre II, art. 7 : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. » Jean Gaudemet, *Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit*, Paris, Cerf, 1987, p. 384.

⁵ Les protestants jouissaient déjà d'un état civil depuis l'édit du 19 novembre 1787. Jacques Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, PUF, 2^e éd., 1968, p. 238.

absolument indissociables. Les juristes d'avant la Révolution n'en pensaient pas autrement puisque s'ils insistent sur le fait que le mariage est d'abord un contrat, ils ne le considèrent pas moins comme un sacrement qui, de ce fait, doit aussi relever de la puissance spirituelle.

La nouveauté des lois révolutionnaires est donc d'avoir renoué avec la tradition antique qui faisait de l'autorité civile la seule puissance autorisée à connaître des causes matrimoniales puisqu'elles n'avaient désormais le caractère religieux, sacramentel, du mariage. D'autre part, en faisant du mariage uniquement un contrat civil, l'Assemblée constituante le soumettait dès lors aux conditions qui régissent tous les contrats; ce que certains Français ont assez tôt compris puisque, avant même la loi du 20 septembre 1792, quelques conjoints firent acte de divorce devant notaire sous prétexte que leur mariage n'étant désormais reconnu par l'État que comme un contrat, ils ont alors le droit de le résilier comme il est coutume de le faire pour tout autre type de convention.⁶

Ces séparations volontaires ont servi de prétexte aux partisans du divorce pour accélérer l'établissement d'une loi régissant ces nouvelles situations matrimoniales d'ailleurs attestées par le préambule du décret de 1792 : « Considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eut réglé le mode et les effets du divorce (...) »⁷ Les divorces antérieurs à la loi de 1792 furent confirmés par le décret du 4 floréal an II et, à la suite de la promulgation de ce décret, leur exemple fut suivi par de nombreux autres époux désireux de mettre un terme à une union malheureuse.⁸ Bien que les thèses de doctorat du début du XX^e siècle ayant étudié cet aspect aient exagéré le nombre de divorces pendant la Révolution, il semble en effet y avoir eu une vague de divorces entre 1792 et 1796 et plus particulièrement au cours de l'année 1794.⁹

⁶ Voir les exemples donnés par Olivier Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire. 1789-1804*. Thèse pour le doctorat (Droit), Université de Paris, Arthur Rousseau éd., 1901, p.79. Ce fait est aussi rapporté par Phillips, *op.cit.*, p.176 et Gaudemet, *op.cit.*, p. 390.

⁷ Victor Russe, *Le divorce par consentement mutuel. Étude historique et critique*, Thèse pour le doctorat (Droit), Université de Paris, Émile Larose, 1909, p. 35. Le Journal des débats paru la même année rapporte également un cas semblable : « Un maire du département de l'Eure, déjà séparé d'avec sa femme, a crû pouvoir faire un pas de plus et vient de signer avec elle l'acte de divorce. » *Ibid.*

⁸ Anne LeLefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, p.195.

⁹ James F. Traer, *Marriage and the Family in Eighteenth-Century France*, New York, Cornell University Press, 1980, pp. 130-131. Traer relativise les chiffres avancés par les thèses de doctorat de cette période. Il rappelle en effet que plusieurs divorces étaient des subterfuges utilisés par les nobles émigrés afin de préserver leur patrimoine, que des ecclésiastiques se marièrent afin de ne pas être suspectés mais qu'ils avaient l'intention de demander aussitôt le divorce et plusieurs divorces furent également des conversions de séparations de corps prononcées avant la Révolution. *Ibid.*, p. 134. Dominique Dessertine constate elle aussi que les divorces révolutionnaires étaient avant tout des régularisations de situations matrimoniales antérieures

De cet empressement à mettre fin à une union scellée avant la Révolution doit-on conclure que les Français ressentaient durement la théorie de l'indissolubilité du mariage imposée par le clergé et l'État pré-révolutionnaire et qu'ils attendaient depuis longtemps une réforme des lois matrimoniales en ce sens ? Pour Pierre Damas qui, il y a un siècle, consacrait une thèse de doctorat à la recherche des origines de la loi du divorce, cela ne fait aucun doute.¹⁰ Loin de considérer la loi de 1792 comme « un produit brutal et spontané du mouvement révolutionnaire »¹¹, il estime au contraire qu'elle a des origines lointaines dans la littérature et l'opinion publique françaises du siècle des *Lumières*. Il croit par ailleurs que les Français d'avant la Révolution ont réclamé le divorce, mais il y a lieu de se demander à quels Français il fait allusion. Bien qu'il procède à une étude approfondie des principaux ouvrages abordant la question du mariage indissoluble au XVIII^e siècle, cet historien du droit ne semble faire aucune distinction entre les positions des élites intellectuelles et celles du paysan français. Les cahiers généraux du Tiers-État de 1789 restent pourtant muets sur cette question. Damas lui-même n'a retracé que deux cahiers de doléances réclamant la liberté du divorce, ce qui est bien peu par rapport à l'ensemble des 600 cahiers.

Il s'agit du cahier pour le Tiers-État du district de l'église des Théatins à Paris qui revendique le droit de divorcer « car un contrat indissoluble est opposé au caractère inconstant de l'homme »; et celui du Tiers-État de la prévôté de Fleury-Mérogis qui considère que, « pour éviter le scandale, il serait utile de laisser la liberté du divorce en la rendant notoire par une simple assemblée de parents des deux parties devant un juge royal (...) ».¹² Roderick Phillips classe cependant ceux-ci dans les cahiers préliminaires, qui

à la Révolution : Dominique Dessertine, « Le divorce féminin sous la Révolution : une quête du bonheur ? » dans *Les femmes et la Révolution française*, vol. 2. Actes du colloque international de l'Université de Toulouse-Le-Mirail, 12-13-14 avril 1989, Presses universitaires du Mirail, 1990, p. 78. Pourtant, même à la fin des années 1970, certains historiens du droit continuaient à croire que le divorce révolutionnaire avait pris des proportions scandaleuses. Voici en effet ce qu'écrit Marcel Garaud : « Toutes ces espérances [les bienfaits du divorce] s'évanouirent devant le déchaînement des passions humaines pendant la tourmente révolutionnaire. Les divorces, au lieu d'être rares, comme l'avait cru le législateur, se multiplièrent dans des proportions effrayantes et l'institution produisit des effets aussi inattendus que redoutables pour la société. » Marcel Garaud et Romuald Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, Paris, PUF, 1978, p. 82.

¹⁰ Pierre Damas, *Les origines du divorce en France. Étude historique sur la loi du 20 septembre 1792*, Thèse pour le doctorat (Droit), Faculté de droit de Bordeaux, 1897, 166 pages.

¹¹ Damas, *op.cit.*, p. 7.

¹² *Ibid.*, pp.96-97. Le cahier du duc d'Orléans réclamant le divorce n'est pas retenu dans cette catégorie car il a été rédigé beaucoup plus tard. Phillips, *op.cit.*, p. 175. Quant aux soi-disants cahiers en provenance du Dauphiné et de la Provenance tels que mentionnés par Marcel Cruppi, ils sont rejetés par Beatrice Hyslop qui les tient pour de faux cahiers également rédigés à la demande de Philippe d'Orléans. Voir Marcel Cruppi, *Le divorce pendant la Révolution. 1792-1804*, Thèse pour le doctorat (Droit), Université de Paris, Arthur Rousseau éd., 1909, p. 8 et Beatrice Hyslop, *A Guide to the General Cahiers of 1789*, New York, 1967, p. 57.

s'élèvent à plus de 25 000, et ajoute par ailleurs deux autres cahiers préliminaires s'opposant à l'introduction du divorce en France : ceux des districts de Stains et d'Aulnay-lès-Bondis.¹³ Damas mentionne pour sa part deux autres cahiers, cette fois généraux, se prononçant aussi en défaveur d'une éventuelle introduction du divorce : celui de l'ordre du clergé de la principauté et province d'Orange et celui du clergé du pays et vicomté de Soule qui préviennent des dangers que pourrait occasionner une telle loi.¹⁴

Ces cahiers du clergé suffisent selon Francis Ronsin à illustrer la crainte suscitée par des positions *divorciaires*¹⁵ émises avant la Révolution.¹⁶ Pour celui-ci, en effet, il est évident que la question du divorce a intéressé l'opinion française bien avant le mouvement révolutionnaire et la multiplication des brochures réclamant le droit au divorce qui circulèrent entre 1789 et 1792.¹⁷ Cet historien croit que le nombre restreint de cahiers retrouvés revendiquant le divorce a été employé afin de démontrer l'indifférence des Français à ce sujet, sans pourtant avoir lui-même vérifié ces données.¹⁸ Il accuse en outre ses utilisateurs de méconnaître les « réalités historiques » car, selon lui, le mutisme des sources ne signifie pas que le divorce n'était pas une préoccupation du « peuple de France »¹⁹. Il suppose en effet que c'est une question sur laquelle il ne devait pas être aisé de se prononcer sans être aussitôt qualifié d'irrégulier ou d'égoïste et que, pour cette raison, certains partisans ont pu taire leurs doléances à ce propos lors de cette consultation générale. Si cette hypothèse est admissible, elle ne convainc pourtant pas puisque Ronsin ne fait rien pour l'établir. S'il procède, tout comme Damas, à une succincte revue de la littérature des *Lumières* ayant traité du divorce, il ne tâche pas de retracer les signes d'un quelconque partage du point de vue de ces écrivains par la population non lettrée ce qui, pourtant, semble lui paraître aller de soi. Une opinion que ne partage pourtant nullement « l'historien du dimanche » qu'est Philippe Ariès.

¹³ Phillips, *op.cit.*, p. 175.

¹⁴ Damas, *op.cit.*, p. 6. Phillips y ajoute celui du Tiers État de Marseille. Phillips, *op.cit.*, p. 174.

¹⁵ Nom donné aux partisans du divorce pendant la Révolution. Cruppi qualifie l'expression de « terme barbare alors à la mode ». Cruppi, *op.cit.*, p. 7.

¹⁶ Francis Ronsin, *Le contrat sentimental*, Paris, Aubier, 1990, p. 50.

¹⁷ Depuis *Du Divorce* d'Albert Joseph Ulpien Hennet et *La légitimité du divorce* de Simon Nicolas Henri Linguet, parus en 1789, foisonnèrent en effet une série de traités et de pétitions en faveur du rétablissement du divorce et leurs contreparties étaient elles aussi assez nombreuses. Voir Annexe 1. Cruppi donne quelques exemples de pétitions envoyées à l'Assemblée législative et cite même une chanson populaire le réclamant, Cruppi, *op.cit.*, pp. 32-33. La plupart des journaux commentant ces ouvrages et pétitions se sont également prononcés en faveur du divorce.

¹⁸ Il fait allusion à certains auteurs de thèses juridiques parues à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle qui, par opposition à Damas, affirmaient que la plupart des Français ne désiraient aucune réforme dans ce domaine et que les cahiers de doléances étaient là pour le prouver.

¹⁹ Ronsin, *op.cit.*, p. 50.

Dans un article faisant un historique du mariage indissoluble, l'auteur de *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime* avance en effet que l'indissolubilité du lien matrimonial convenait parfaitement à la majorité paysanne puisqu'elle correspondait au besoin de stabilité que nécessitaient ses stratégies familiales.²⁰ Ironisant sur la fréquente myopie des historiens, Ariès s'étonne que ceux-ci n'aient pas remarqué la facilité avec laquelle le modèle du mariage indissoluble s'est imposé aux populations rurales alors que l'Église a eu de si grandes difficultés à faire accepter cette théorie aux milieux aristocratiques.²¹ Selon lui, cette donnée pourrait s'expliquer par l'hypothèse que contrairement à ce qu'on croit généralement, « le mariage indissoluble (serait) une création spontanée des collectivités rurales, choisie par elles en dehors des pressions extérieures, mais qui (aurait) coïncidé avec le modèle ecclésiastique et (aurait) été confortée par cette rencontre, peut-être aléatoire. »²² Cet avis est partagé par Paul Ourliac qui considère lui-aussi que la théorie canonique de l'indissolubilité coïncidait avec la conception populaire du mariage et que c'est la raison pour laquelle elle ne fut jamais critiquée par la population paysanne.²³

En admettant cette supposition, on comprend alors que si certains écrivains provenant en général des milieux privilégiés ont pu critiquer la théorie de la perpétuité du mariage avant la Révolution, c'est une position que ne partageait pas nécessairement la masse silencieuse. Ce qui expliquerait de surcroît l'absence de plaintes contre la législation matrimoniale dans les cahiers du Tiers-État alors que celui-ci avait pourtant l'occasion d'exprimer ses doléances au roi. Il est vrai qu'il y avait bien d'autres préoccupations et désirs de réformes à revendiquer. Les études sur le divorce révolutionnaire démontrent pour leur part que les tribunaux désunirent surtout des couples en provenance de la bourgeoisie urbaine, particulièrement de la moyenne bourgeoisie de Paris, mais aussi des grandes villes de province.²⁴ Il semble au contraire que la majorité de la population fut

²⁰ Philippe Ariès, « Le mariage indissoluble », *Communications*, vol. 35 (1982), pp. 116-122.

²¹ *Ibid.*, p. 127. Philippe Ariès se demande même si le divorce, pourtant légalisé par les lois romaines, a vraiment été exercé par les populations rurales ou s'il est possible qu'il ne l'ait été que par les élites patriciennes. Il ne considère en effet pas que les exemples de divorces, fréquents à la fin de l'Empire romain, soient une preuve des comportements de l'ensemble des populations soumises à Rome.

²² *Ibid.*, p. 131.

²³ Paul Ourliac, *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985, p. 287.

²⁴ Traer, *op.cit.*, p.131. Attesté aussi par Jacques Bouineau, « Le divorce sous la Révolution, exemple du langage antiquisant des hommes de 89 » dans *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, PUF, 1988, p. 314; par Élisabeth Philipp qui a étudié le divorce dans la capitale : « Le divorce à Paris sous la Révolution. 1792-1802. Étude des comportements face à la loi » dans *Les femmes et la Révolution française...*, p. 73; et par Marie-Josée Laperche-Fournel qui a analysé les divorces en Lorraine : « Les divorcés de l'an II à Nancy, Metz et Verdun », *Annales de l'Est*, numéro 4 (1993), pp. 245-263.

choquée par une telle pratique²⁵ et la dénonciation des abus du divorce culmina sous le Directoire qui songea même à l'abolir.²⁶ Il est en outre intéressant de constater que la loi du divorce fut abrogée sans protestation à la Restauration.²⁷ La plupart des auteurs ayant étudié les sensibilités pré-révolutionnaires s'entendent par ailleurs pour affirmer que la majorité des Français étaient profondément religieux en 1789.²⁸ Paul Ourliac et J. de Malafosse soutiennent que le mariage religieux gardait tout son prestige à la campagne²⁹; ce que croit également Anne Lefebvre-Teillard qui considère que la France était alors fortement attachée au sacrement et que la loi du divorce a été, de ce fait, un instrument de déchristianisation.³⁰

Faute de sources, l'hypothèse d'Ariès est celle qui semble la plus plausible, bien qu'il ne s'agisse là-aussi que d'une supposition. Il appert en effet, et nous en traiterons plus longuement dans le premier chapitre, que si, effectivement, l'Église a eu au Haut Moyen-âge beaucoup de difficulté à imposer la théorie de l'indissolubilité aux milieux nobiliaires, cette doctrine a été par la suite profondément intériorisée puisque, entre les critiques des Humanistes et des Réformateurs du XVI^e siècle et celles des philosophes français des *Lumières*, aucune contestation ne semble avoir visé la théorie du mariage indissoluble. Les protestants eux-mêmes qui, nous le verrons, jouissaient pour des raisons déterminées de la faculté de divorcer ont rarement usé de ce droit à l'époque moderne.³¹ Pourtant, la

²⁵ Michel Vovelle, *La mentalité révolutionnaire*, Paris, Éditions sociales, 1985, p. 207. Laperche-Fournel, qui a étudié les divorces prononcés à Nancy, estime également que les traditions demeuraient tenaces et que la majorité de la population regardait donc d'un très mauvais œil les divorces et surtout, le remariage de ces divorcés. Tout comme les veufs sous l'Ancien régime, les divorcés trouvaient selon elle difficilement à se remarier et cherchaient d'ailleurs rarement à lier de nouveaux liens avec un autre divorcé, « un autre proscrit » par la société, l'Église et la famille. Marie-José Laperche-Fournel, « Révolution et instabilité matrimoniale. À propos du remariage des divorcés nancéiens », *Annales de l'Est*, numéros 2-3 (1994), p. 199.

²⁶ Garaud et Szramkiewicz, *op.cit.*, pp. 83-87; Paul Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé. Tome III : Le droit familial*, Paris, PUF, 1968, pp. 213-214.

²⁷ La loi du divorce fut abolie dès 1816 et les Français durent attendre la loi Naquet du 27 juillet 1884 pour pouvoir de nouveau jouir de la faculté de divorcer avec, cette fois, beaucoup de restrictions.

²⁸ C'est ce que souligne Godechot qui a consacré un chapitre aux institutions sociales de la France. Godechot, *op.cit.*, pp. 252-253. Des historiens comme Michel Vovelle doutent cependant que la majorité de la population paysanne était réellement christianisée au XVIII^e siècle puisqu'ils estiment que les manifestations religieuses étaient alors bien superficielles, relevant davantage de l'habitude que de croyances réelles aux dogmes imposés par le clergé. Il n'empêche que les rites religieux marquaient profondément la vie quotidienne des Français d'alors. Voir Michel Vovelle : « Le tournant des mentalités en France 1750-1789 : la sensibilité pré-révolutionnaire », *Social History*, no.5, May (1977), pp. 605-629.

²⁹ Ourliac et Malafosse, *op.cit.*, p. 211.

³⁰ Lefebvre-Teillard, *op.cit.*, p. 195.

³¹ François Lebrun souligne par exemple que le divorce, théoriquement possible en Angleterre, était en fait rarement prononcé. Le coût et les complications d'une telle procédure limitaient selon lui le recours à cette solution. François Lebrun, « Le contrôle des familles par les Églises et par les États » dans André Burguière et François Lebrun dir., *Histoire de la famille. Tome 2 : Le choc des modernités*, Paris, Armand Colin, 1986, p. 106.

séparation subite de certains couples dès la mise en vigueur de la Constitution de 1791 ne peut pas être due à une prise de conscience soudaine de la signification du mariage comme contrat civil. Il nous semble, tout comme Pierre Damas le soutient, que cette logique ne peut qu'être l'issue d'une longue maturation qui a ses origines dans les années antérieures à la Révolution.³² C'est d'ailleurs ce dont est convaincu l'historien néerlandais Arend H. Huussen Jr. :

Les traditions restaient trop fortement enracinées pour qu'un changement brutal pût s'opérer dans les sentiments et les comportements. Mieux vaut donc considérer la législation révolutionnaire comme l'un des symptômes de l'accélération d'un processus culturel à long terme : la modernisation de la vie familiale, où la *privacy* et l'intimité l'emporteront peu à peu sur la solidarité traditionnellement affichée vis-à-vis du monde extérieur.³³

Ce processus est bien sûr très difficile à repérer, nous sommes d'accord sur ce point avec les assertions de Roderick Phillips. Nous ne croyons cependant pas, à l'opposé de celui-ci, que les écrits du XVIII^e siècle eurent peu d'influence sur la pensée des révolutionnaires qui introduisirent le divorce. Phillips considère en effet que s'il y eut bien à l'époque des *Lumières* quelques intellectuels ayant critiqué le mariage indissoluble et proposé le divorce comme solution aux problèmes tant matrimoniaux que sociaux, cette littérature est trop générale et trop éparse pour avoir pu préparer un mouvement *divorciaire* concerté au cours de la Révolution.³⁴ Il estime que ce sont bien plutôt les nombreux écrits et pétitions parus entre 1789 et 1792 qui influencèrent les députés responsables de la légalisation de cette pratique, ce qui est tout à fait logique. Les pressions immédiates, les enthousiasmes soudains prônant une liberté entière pour l'homme ont certainement contribué à l'introduction d'une pratique que ne souhaitaient sans doute pas, nous y reviendrons, les rédacteurs de la Constitution de 1791.³⁵ L'intérêt était cependant pour nous de comprendre pourquoi il y eut cette soudaine campagne en faveur du divorce dès la fin de la session des

³² C'est aussi l'avis de l'historien du droit Jean Gaudemet : « La législation révolutionnaire française s'inscrit dans un vaste mouvement de sécularisation qui, depuis le XVI^e siècle, gagne progressivement en Europe. En France même, elle n'est que l'aboutissement d'un débat d'idées, de solutions législatives, d'efforts jurisprudentiels, qui jalonnent le XVIII^e siècle. » Jean Gaudemet, *op.cit.*, p. 375.

³³ Arend H. Huussen Jr. « La crise du mariage et de la famille pendant la Révolution française » dans *Aimer en France 1760-1860*, Actes du colloque international de Clermont-Ferrand, Tome II, Faculté des lettres et sciences humaines de Clermont-Ferrand, 1980, p. 335.

³⁴ Phillips, *op.cit.*, p. 172.

³⁵ Il s'agissait en effet pour eux de régler une question pratique : le problème du contrôle de l'état civil par le clergé catholique qui refusait le mariage à certaines catégories de citoyens tels que les comédiens. C'est d'ailleurs le refus, en 1790, de publier les bans du célèbre comédien Talma qui amena les dirigeants à commander une étude sur l'institution matrimoniale à Durand de Maillane et Lanjuinais. Gaudemet, *op.cit.*, p. 384.

États généraux alors que la Révolution est à ce stade rien moins que modérée. Il est clair que l'ouverture de ces États généraux et surtout l'abolition des privilèges offraient tous les espoirs dans tous les domaines, et c'est d'ailleurs ce qu'exprime Hennet, celui qui a déclenché cette campagne révolutionnaire en faveur du rétablissement du divorce :

Quelqu'abusive, cependant, que fût l'indissolubilité du mariage, elle existait, et j'osais à peine en espérer la destruction; mais lorsque l'Assemblée nationale, dans la nuit mémorable du 4 août, eut porté la hache dans cette forêt d'abus antiques qui couvrait la France, je n'ai pas douté que l'abus de l'indissolubilité, ne suivit les autres dans leur chute.³⁶

Hennet ne prétend cependant pas être le premier à avoir constaté la nocivité de la loi de l'indissolubilité et à avoir découvert toute la légitimité du divorce, bien au contraire. Il s'appuie en effet sur des écrits parus antérieurement et propose de ce fait une synthèse logique des idées de ses prédécesseurs :

Animé du désir de contribuer à cette heureuse révolution, je me suis entouré des auteurs qui avaient traité du divorce; j'ai pensé qu'il serait utile de rassembler leurs idées, d'en ajouter une foule d'autres, nées de leurs rapprochemens, de les présenter dans un ordre plus clair, et de faire enfin un traité plus méthodique et plus complet.³⁷

Ce *divorciaire* avait donc des précurseurs, et non des moindres puisque Hennet en appelle directement aux auteurs célèbres des *Lumières*, et même du XVI^e siècle, dans sa pétition envoyée deux ans plus tard à l'Assemblée nationale.³⁸ C'est d'ailleurs cet appel à Montesquieu et à Voltaire qui a incité Damas à rechercher les origines intellectuelles de la campagne *divorciaire* pendant la Révolution. L'argumentation utilisée par Hennet semble selon lui être l'aboutissement d'une longue réflexion inaugurée par les auteurs des *Lumières*. Michel Vovelle considère également que le divorce n'est pas une idée neuve amenée par les révolutionnaires puisqu'on peut en suivre selon lui le cheminement dans le discours des *Lumières*, surtout après les années 1770.³⁹ La plupart des historiens qui se sont intéressés à la question du divorce révolutionnaire tiennent d'ailleurs ce postulat pour

³⁶ Albert Joseph Ulpien Hennet. *Du Divorce*, 2^e éd., Paris, Chez Desenne, 1789, p. VII. Cet ouvrage a été plusieurs fois réédité entre 1789 et 1792 et Hennet a œuvré activement auprès de l'Assemblée législative pour la mise en vigueur d'une loi rétablissant le divorce en France. Son ouvrage, considéré comme le plus important écrit de la période en faveur du divorce, n'est cependant pas le premier à paraître en 1789. Avant lui parurent en effet des ouvrages tels que *Traité philosophique, théologique et politique de la Loi du divorce* (Juin 1789), *Réflexions d'un bon citoyen en faveur du Divorce* (Octobre 1789), *Griefs et plaintes des femmes mal mariées*.

³⁷ *Ibid.*, pp. VII-VIII.

³⁸ Albert Joseph Ulpien Hennet, *Pétition à l'Assemblée nationale, par Montaigne, Charron, Montesquieu et Voltaire; suivie d'une consultation en Pologne et en Suisse*, Paris, 1791.

³⁹ Vovelle, *op.cit.*, p. 203.

acquis et, convaincus que la majorité de « l'opinion éclairée » du XVIII^e siècle lui était favorable, certains vont jusqu'à affirmer qu'il y avait alors un véritable débat autour de la question de l'indissolubilité du mariage, sans pour autant en faire la démonstration.⁴⁰

Sans doute, comme le croit Lefebvre-Teillard, ce débat autour de la question de la perpétuité du mariage devait être resté purement théorique, « confiné aux cercles intellectuels »⁴¹, comme le démontrent les cahiers généraux. Il n'empêche que ce sont sûrement leurs ouvrages qui alimentèrent les revendications des *divorciaires* de la Révolution. Mais est-ce là une évidence qu'il n'était plus nécessaire de prouver? Montesquieu et Voltaire, c'est trop peu pour parler de débat. Damas leur a ajouté les écrits du Maréchal de Saxe, déjà cité par Hennet dans *Du Divorce*, de Diderot, Helvétius, Holbach, François-Vincent Toussaint, Jean-Charles Lavie, du poète Roucher et, enfin, quelques brochures entièrement consacrées à la question du mariage indissoluble, ce qui est déjà beaucoup mieux. Cette énumération est-elle cependant suffisante pour assimiler les propos de ces intellectuels à une « véritable campagne en faveur du rétablissement du divorce »?⁴² Peut-être, mais nous n'avons pas cru, à l'inverse de Dominique Dessertine⁴³, que l'étude, d'ailleurs succincte, de Damas sur la littérature des *Lumières* était nécessairement exhaustive et qu'on n'avait alors plus besoin de rechercher d'autres écrits ayant pu aborder la question ou de commenter les ouvrages que cet historien du droit a déjà analysés. D'abord parce qu'en un siècle, plusieurs juristes, historiens et historiens du droit ont déjà élargi la littérature répertoriée par Damas puis, parce que ces études sont pour la plupart très datées et peuvent être revues sous un nouveau jour, à la lumière des nouvelles démarches historiques.

Ronsin qualifie avec justesse les études juridiques consacrées au divorce révolutionnaire et à ses origines d'historiographie militante.⁴⁴ À la suite en effet de Louis de Bonald et d'André Nougarede, qui, dès 1801 et 1803, consacraient chacun une étude au divorce et à ses conséquences pendant la Révolution⁴⁵, quelques postulants au doctorat en

⁴⁰ Entre autres, Garaud et Szramkiewicz, *op.cit.*, p. 5; Léon Abensour fait quant à lui un bref résumé des propos tenus par quelques auteurs du XVIII^e siècle dans *La femme et le féminisme avant la Révolution*, Genève, Slatkine Reprints, 1977 [1923], p. 402.

⁴¹ Lefebvre-Teillard, *op.cit.*, p. 196.

⁴² Damas, *op.cit.*, p. 22.

⁴³ Dominique Dessertine, *Divorcer à Lyon sous la Révolution et l'Empire*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1981, p. 9.

⁴⁴ Ronsin, *op.cit.*, p. 7.

⁴⁵ Louis de Bonald, *Du divorce considéré au XIX^e siècle relativement à l'état domestique et à l'état public de société*, Paris, 1801. L'auteur qualifie le divorce de polygamie successive; André-Jean-Simon Nougarede,

droit tentèrent de démontrer dans leurs thèses toute la malignité de la loi du 20 septembre 1792 d'ailleurs associée au règne de la Terreur, d'autant plus qu'elle a été promulguée peu après les massacres de Septembre.⁴⁶ Selon eux, cette loi qui n'a fait que saper l'institution de la famille est l'œuvre de jacobins foncièrement antireligieux qui luttèrent contre toute entrave à la liberté totale de l'être humain.⁴⁷ Fort probablement en réaction à la thèse de Pierre Damas parue en 1897, ils affirment que les Français d'avant et d'après la Révolution n'ont jamais voulu de cette loi déstabilisatrice. Si certains, comme Olivier Martin, arrivent à supposer que, peut-être, la loi du divorce répondait à un besoin suscité par la campagne de presse en faveur de son rétablissement⁴⁸, tous soutiennent que la loi du 20 septembre 1792 est une loi révolutionnaire votée avec précipitation par l'Assemblée législative. Ils s'évertuent ensuite, par de nombreuses statistiques, à démontrer toute l'horreur de la multiplication des divorces et la destruction de l'institution familiale qu'elle a entraînée.

Comme le note Ronsin, cette historiographie se situe dans un contexte d'angoisses et d'incertitudes face à la loi qui a de nouveau légalisé le divorce en 1884. Maurice d'Auteville avait déjà prévenu, en 1883, des dangers de rétablir une législation si destructrice pour la famille.⁴⁹ Les thèses d'Olivier Martin et de Marcel Cruppi paraissent pour leur part en pleine campagne en faveur de l'établissement du divorce par consentement mutuel

Histoire des lois sur le mariage et sur le divorce depuis leur origine dans le droit civil et coutumier, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, Paris, an XI.

⁴⁶ Voir Georges Mallet, *Le divorce durant la période du droit intermédiaire. 1789-1804*, Thèse pour le doctorat (Droit), Université de Paris, Émile Larose libraire, 1899, 209 pages; Olivier Martin, *op.cit.*; Marcel Cruppi, *op.cit.*; Gérard Thibault-laurent, *La première introduction du divorce en France sous la Révolution et l'Empire. 1792-1816*, Thèse pour le doctorat (Droit), Université de Montpellier, 1938. D'autres auteurs ont également abordé de cette façon la question du divorce : Michel Prévost, *Le divorce pendant la Révolution*, Paris, Librairie Bloud et Cie, 1908; Jean Sourdois, « Le mariage et le divorce sous la législation intermédiaire (1789-1804) », *Revue générale de droit, de la législation et de la jurisprudence*, 34, 1910. Victor Russe semble quant à lui se dissocier de ce groupe puisqu'il ne considère pas qu'il y avait nécessairement plus de divorces qu'il n'y eut autrefois de séparations de corps ou d'annulations de mariage. Il considère que les révolutionnaires avaient des motifs honnêtes de légaliser le divorce et ne désiraient pas détruire la famille. Il est d'ailleurs le seul à citer Philippe Sagnac. Russe, *op.cit.*, p. 42.

⁴⁷ La majorité des études sur la Révolution française au cours du XIX^e siècle étaient d'ailleurs l'œuvre de royalistes des milieux catholiques qui la condamnaient et en attribuaient la faute à Voltaire et aux philosophes des *Lumières*. François Furet, *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1978, p. 20.

⁴⁸ « Il me semble que, telle quelle, elle est assez conforme aux aspirations d'alors. Elle répondait certes à un besoin et l'usage qu'on en fit est là pour le démontrer. » Martin, *op.cit.* p. 73.

⁴⁹ Maurice d'Auteville, « Le divorce pendant la Révolution », *Revue de la Révolution française*, 1, 1883, pp. 206-213. Ce plaidoyer fait partie d'une campagne contre les propositions du député Alfred Naquet de rétablir la loi du divorce. On peut y ajouter l'article du Baron d'Ernouf qui est de la même vaine : « Le divorce et la Révolution », *Le Correspondant*, T. 118, 1880.

et donc, de l'élargissement des causes de divorce.⁵⁰ Ces juristes ont alors l'impression de vivre une « crise de la famille » et pensent tirer des leçons de l'exemple révolutionnaire. Voici par exemple ce qu'écrit Gérard Thibault-Laurent en 1938:

Ce n'est pas sans arrière-pensée que nous avons fait porter le sujet de notre thèse sur une étude de droit intermédiaire. La révolution française est une mine précieuse d'enseignements toujours actuels(...). Des dangers exceptionnels menacent notre pays en raison précisément de la faiblesse de sa population comparée à celle de nos voisins. Le moment semble venu de procéder à un examen de conscience général et à une réformation profonde de nos mœurs, en tenant compte cette fois de toutes les expériences passées, parmi lesquelles l'expérience révolutionnaire, si profitable à tous égards. À la faveur de cette révision très étendue, sans doute y aurait-il lieu de se préoccuper d'entraver les progrès du divorce (...).⁵¹

Ces différentes thèses sont donc très subjectives et Phillips a d'ailleurs été l'un des premiers à critiquer ces études essentiellement juridiques du divorce révolutionnaire et à prôner une analyse de ces comportements par l'approche nouvelle apportée par l'histoire sociale.⁵² Huussen Jr. dénonça quatre ans plus tard le manque d'objectivité de ces études et réclama une relecture des législations révolutionnaires en matière matrimoniale :

C'est que l'historiographie de la législation révolutionnaire du divorce se laissa gouverner par une idéologie très orthodoxe et conservatrice, qui refusait par principe la Révolution et en particulier sa législation matrimoniale. Une telle attitude a interdit toute enquête impartiale sur les motivations des législateurs.⁵³

Les mêmes critiques furent reprises par l'historien allemand Günther Lottes dans un colloque consacré à l'ordre juridique privé pendant la Révolution.⁵⁴

Ces études sont de toute façon avant tout consacrées au mouvement *divorciaire* de la Révolution, l'étude des textes pré-révolutionnaires n'étant qu'un préambule. De même, l'historique d'Ernest Glasson sur le mariage civil et le divorce n'aborde la question que

⁵⁰ Ronsin, *op.cit.*, p. 8. La loi révolutionnaire du divorce était pour sa part très libérale, la plus permissive jamais admise en Occident selon Phillips. Celui-ci considère qu'elle n'est comparable qu'à la loi du divorce actuellement en vigueur en Suède. Phillips, *op.cit.*, p. 159.

⁵¹ Thibault-Laurent, *op.cit.*, p. 11; p. 205.

⁵² Roderick Phillips, « Women and family breakdown in eighteenth-century France : Rouen 1780-1800 », *Social History*, no. 2 (May 1976), p. 198. Il s'agit d'un article tiré de sa thèse de doctorat consacrée au divorce à Rouen pendant la Révolution.

⁵³ Huussen Jr. , *op.cit.*, p. 336.

⁵⁴ « S'il est vrai que l'adoption du mariage civil et du divorce résultait d'une application du principe libéral, pour emprunter un terme dont on se servait il y a un siècle, il n'est pas moins vrai que cette mesure n'était certainement pas la pièce-maîtresse d'une grande stratégie satanique de la révolution contre toute société ordonnée. (...) Le modèle d'argumentation que d'Auteville nous présente, inspiré de la lutte des années 1880 contre le rétablissement du divorce aboli en 1816 tel qu'il est, s'est formé au cours du débat sur le divorce dans les milieux opposés et est devenu ensuite une notion-clef d'une sociologie politique conservatrice. » Günther Lottes, « Le débat sur le divorce et la formation de l'idéologie contre-révolutionnaire », *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986, Université d'Orléans, PUF, 1988, p. 318.

puisqu'il condamne lui aussi le divorce tel que pratiqué sous la Révolution.⁵⁵ Bien sûr, l'approche de Philippe Sagnac, qui a fait à la fin du XIX^e siècle une thèse sur l'ensemble de la législation civile révolutionnaire, vise à plus d'objectivité, mais là aussi les écrits de l'époque des *Lumières* consacrés à la question du divorce sont brièvement mentionnés.⁵⁶

Enfin, bien que des ouvrages plus récents se soient intéressés à la littérature du XVIII^e siècle ayant critiqué la théorie du mariage indissoluble, comme c'est le cas en particulier de Roderick Phillips, de James F. Traer et de Francis Ronsin, ces études demeurent somme toute très succinctes. Le premier, parce que les critiques des intellectuels français du XVIII^e siècle ne sont l'objet que d'un court chapitre dans un ouvrage consacré à l'histoire du divorce dans tout l'Occident, de l'Antiquité aux années 1980. Le second s'intéresse bien essentiellement à la France du XVIII^e siècle, mais non pas uniquement à la question du divorce, mais à l'ensemble des intellections en ce qui a trait au mariage et à la famille et surtout, à la législation révolutionnaire en cette matière. Quant à l'étude de Francis Ronsin, elle traite bien directement des discours autour de l'introduction du divorce, mais surtout de ceux tenus par les *divorciaires* de la Révolution, les écrits des auteurs du XVIII^e siècle n'étant là encore qu'un préambule à l'analyse des débats qui eurent lieu lors de la période révolutionnaire. C'est aussi ce qu'avait fait Dominique Dessertine qui, à la suite de la thèse de Phillips sur le divorce à Rouen⁵⁷, a analysé pour sa part le divorce tel que pratiqué à Lyon sous la Révolution et l'Empire.⁵⁸ Bien qu'elle procède à une intéressante revue de la conception, surtout juridique, du mariage au XVIII^e siècle et des critiques de son indissolubilité, Dessertine se demande surtout si le divorce révolutionnaire constitue un "traumatisme conjoncturel ou une crise des structures de la famille."⁵⁹ et procède de ce fait à une étude sociale du divorce et non pas à une analyse des discours intellectuels ayant pu influencer les révolutionnaires; elle renvoie par ailleurs à l'étude de Damas qu'elle estime exhaustive.

⁵⁵ « Parmi les lois de la Révolution française qui devaient fonder la société nouvelle et réorganiser la famille, on en rencontre un certain nombre qui ont beaucoup dépassé la mesure d'une sage réforme ; telles sont les lois sur le divorce. » Ernest Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans l'Antiquité et les principales législations modernes de l'Europe*, 2^e éd., Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1880, p. 252.

⁵⁶ Philippe Sagnac, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Thèse de Doctorat (Lettres), Université de Paris, Librairie Hachette, 1898, 445 pages.

⁵⁷ Roderick Phillips, *Family Breakdown in Late Eighteenth-Century France. Divorces in Rouen, 1792-1803*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 244 pages.

⁵⁸ Simone Maraval avait déjà consacré en 1951 un mémoire de diplôme d'études supérieures à *L'introduction du divorce en Haute-Garonne (1792-1816)*, rendu à l'Université de Toulouse. Cité par Roderick Phillips dans *Family Breakdown...*, p. 235. Jean L'hôte avait pour sa part rédigé un article sur le divorce en Lorraine : Jean L'hôte, « Le divorce à Metz sous la Révolution et l'Empire », *Annales de l'Est*, 5^e série (1952), pp. 175-183.

⁵⁹ Dessertine, *op.cit.*, p. 8.

Bien que l'étude du divorce révolutionnaire dans différentes villes semble être de mode en ce moment, celle du discours des *Lumières* sur l'impossibilité de divorcer en France n'a pas été, à notre connaissance, remise à jour. Bien sûr, celui-ci est relevé par les ouvrages consacrés à l'histoire générale du mariage en Occident, mais aucune synthèse n'a été faite, l'intéressé étant condamné à consulter une série d'ouvrages disparates pour se faire une idée de ce qui a bien pu être véhiculé à ce propos au siècle des *Lumières*.

Pour cette raison, nous avons cru pertinent de consacrer à nouveau une étude sur les intellections des auteurs du XVIII^e siècle en ce qui a trait à la théorie de l'indissolubilité du mariage imposée par les autorités françaises avant 1792. Les raisons de la légalisation du divorce à cette date est bien sûr ce qui a d'abord motivé notre intérêt, notre préambule en témoigne, mais c'est avant tout à ce qu'ont pu penser les intellectuels français des *Lumières* de l'interdiction de divorcer que nous nous sommes intéressé puisque, comme il a été relaté, aucune analyse d'ensemble n'avait été réalisée.

Nous avons voulu rechercher et illustrer l'importance qu'a pu prendre cette question avant la Révolution en tentant d'abord d'élargir la littérature déjà découverte par les études précédentes, car nous croyions qu'elle avait dû être plus abondante pour avoir été en mesure de créer un mouvement d'opinion favorable au rétablissement du divorce, puis en donnant une idée d'ensemble du climat intellectuel autour de la question du divorce. Nous nous sommes évidemment limitée à l'étude de l'attitude des intellectuels français à l'égard du mariage indissoluble puisque nous n'avions pas la prétention de dégager une opinion générale qui pourrait expliquer la pratique du divorce révolutionnaire. Les limites de cette maîtrise ne permettaient pas en outre une lecture exhaustive des journaux pré-révolutionnaires, ce qui est bien dommage puisque le XVIII^e siècle se caractérise précisément par la naissance antérieurement inexistante d'une opinion publique.⁶⁰ Nous croyons par ailleurs, à l'instar de Philippe Ariès et de Paul Ourliac, que cette question a probablement très peu intéressé la majorité paysanne.

Au risque de prétendre vouloir donner aux écrits du XVIII^e siècle une cohérence qui n'existait peut-être pas, comme l'estime Phillips, nous avons cru bon de présenter les discours tenus par les philosophes des *Lumières* selon les différents thèmes qui influencèrent dans tous les domaines la littérature du XVIII^e siècle afin de situer les positions émises en faveur du divorce dans le climat général de remise en cause des

⁶⁰ Vovelle, *loc.cit.*, p. 626.

institutions françaises par les hommes du siècle dit éclairé. Une mise en contexte de ce qu'était le mariage au XVIII^e siècle, tant du point de vue religieux et juridique que social et intellectuel, paraissait d'abord nécessaire. L'étude des différents écrits ayant traité la question du mariage est quant à elle divisée en deux grandes parties. La remise en cause de la perpétuité du lien matrimonial par ce qu'on nomme et nommait à l'époque les *philosophes* fait ainsi l'objet du second chapitre puisque leur critique du mariage indissoluble n'est qu'un aspect de leurs dénonciations de la société française d'alors. Les ouvrages abordant directement ou plutôt essentiellement la question du divorce devaient être traités à part puisqu'ils nous semblaient être les plus susceptibles d'avoir sensibilisé les milieux cultivés. Enfin, le problème de la dissolution du mariage chez les Français exerçant un autre culte que la religion officielle avait selon nous pris trop d'importance à la fin du XVIII^e siècle pour ne pas avoir joué un rôle dans l'édification d'un courant d'idées favorable au rétablissement du divorce et fait pour cette raison l'objet d'une section à part dans le dernier chapitre. À l'exemple de Daniel Mornet⁶¹ donc, nous avons tenté de déceler, cette fois, les origines intellectuelles de la loi du 20 septembre 1792.

⁶¹ Daniel Mornet, *Les origines intellectuelles de la Révolution française (1715-1787)*, 4^e éd., Paris, Armand Colin, 1947 [1933], 725 pages.

Chapitre 1

La conception juridique du mariage au siècle des Lumières

Le mariage que contractent les fideles, étant un contrat que J.C a élevé à la dignité de Sacrement, pour être le type & l'image de son union avec son Église, il est tout-à-la-fois et Contrat civil, et Sacrement.

Robert Joseph Pothier⁶²

Telle était la définition du mariage catholique français avant la Révolution : contrat civil et sacrement. Les révolutionnaires ne conservèrent que la première partie et laissèrent la seconde à la liberté du citoyen qui pouvait bien faire bénir son lien matrimonial par un prêtre s'il le désirait. Sous l'Ancien régime, par contre, les deux aspects étaient intimement liés et même indissociables selon les canonistes. Contrat et sacrement, le mariage fut aussi déclaré indissoluble et tenu pour tel par la législation française d'avant la Révolution. Sacrement indissoluble donc, cette définition religieuse du mariage paraît aller de soi pour les catholiques habitués aux prescriptions de Jean-Paul II et pourtant, cette perception du mariage ne fut pas si simple à élaborer ni même à imposer. C'est l'édification de cette théorie sacramentelle de l'institution matrimoniale que nous avons voulu éclaircir dans ce premier chapitre afin de comprendre la conception que pouvait avoir du mariage la société française du XVIII^e siècle et les modèles qui se présentaient alors à elle. De même, les définitions et les théories sur le mariage véhiculées par les civilistes français et les juristes du droit naturel nous éclairent sur les intellections juridiques auxquelles étaient confrontés les intellectuels français des *Lumières* souhaitant une réforme de cette institution.

1.1 La justification du mariage religieux et indissoluble avant le XVIII^e siècle

1.1.1 La doctrine canonique du mariage

Si quelqu'un dit que le mariage n'est pas vraiment et à proprement parler un des sept sacrements de la Loi de l'Évangile, institué par le Christ N.S., mais qu'il est une invention des hommes dans l'Église et qu'il ne confère pas la grâce, qu'il soit anathème.

Canon 1 du Concile de Trente, XXIV^e session⁶³

⁶² Robert Joseph Pothier. *Traité du contrat de mariage*, Tome 1, Orléans-Paris, 1768, p. 14. Pothier (1699-1772) fut conseiller au Présidial d'Orléans et professeur de droit français. Il publia de nombreux traités juridiques dont le *Traité des obligations* en 1761.

⁶³ André Duval. *Des sacrements au Concile de Trente*, Paris, Cerf, 1985, p. 282.

Ce n'est qu'à son avant-dernière session, le 11 novembre 1563, que le concile réuni à Trente pour réaffirmer la doctrine catholique romaine face aux critiques protestantes, de même que pour réformer quelques unes de ses pratiques, aborda la question du mariage. Le caractère sacramentel de l'institution matrimoniale, théorisé autour du XII^e siècle par l'Église chrétienne⁶⁴, avait en effet été nié par Luther qui ne reconnaissait plus que deux sacrements, le Baptême et l'Eucharistie.⁶⁵ Ce qui ne signifie pas que l'institution perdit de son importance aux yeux du réformateur, bien au contraire, puisque le mariage, contrat civil d'institution divine, constituait pour Martin Luther et plus tard pour Jean Calvin la base de la société et qu'il fut par eux considéré comme le meilleur moyen d'accomplir les desseins du créateur.⁶⁶ Les réformateurs, comme les humanistes avant eux, souhaitaient en effet revaloriser un état qui avait été rejeté à un rang de second ordre par l'Église chrétienne puisque celle-ci considérait le célibat et la chasteté comme étant plus près de la sainteté du créateur et de son fils et affirmait que le mariage n'avait été institué que pour les gens incapables de soutenir cet état de perfection.⁶⁷ Cette supériorité du célibat sur le mariage, niée par les réformateurs, fut d'ailleurs elle aussi rappelée dans les décrets du concile.⁶⁸

Il est alors curieux qu'un état aussi imparfait que le mariage ait été élevé à la dignité de sacrement alors que le célibat, qui n'en est pas un, lui est de beaucoup préféré. Dès les premiers siècles chrétiens, pourtant, le mariage fut considéré comme une chose sainte par les Pères de l'Église puisqu'il a été voulu par Dieu comme en témoigne le récit de la Genèse où Ève est tirée de la côte d'Adam et lui est donnée comme compagne.⁶⁹ Le mariage est donc considéré comme de droit divin dans la pensée chrétienne et l'Église

⁶⁴ Le pape Alexandre III (1159-1181) formalise en effet la théorie canonique du mariage comme sacrement indissoluble. François Lebrun, *La vie conjugale sous l'Ancien régime*, Paris, Armand Colin, 1975, p. 9.

⁶⁵ Jean Bernhard et Charles Lefebvre, *L'époque de la réforme et du concile de Trente*, Paris, Éditions Cujas, 1989, p. 218.

⁶⁶ Le mariage étant « la base de la cité », il fut reconnu par Saint Augustin, donc bien avant les réformateurs, comme un moyen essentiel de réaliser les vœux de Dieu par Saint Augustin. Ce n'est qu'avec Saint Jérôme que la faveur est finalement donnée au célibat alors considéré comme préféré par le créateur. Jacques Mulliez, « Droit et morale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux », *Revue d'histoire*, a.111, T. 278, no. 563 (Juillet-Septembre 1987), p. 49.

⁶⁷ Dans la doctrine chrétienne, le mariage a trois fonctions : il est un « remède à la concupiscence », le seul moyen possible pour propager l'espèce humaine et, une fois élevé à la dignité de sacrement, une façon pour le chrétien de réaliser son salut sur la terre. Saint Paul, dont les écrits sont ceux qui influencèrent le plus la doctrine chrétienne du mariage, a une vision très négative de l'institution puisqu'il la considère comme un pis-aller : « Mieux vaut se marier que brûler » selon l'auteur des Épîtres aux Corinthiens. Jean-Claude Bologne, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Hachette, 1995, p. 87.

⁶⁸ Alfred Esmein, *Le mariage en droit canonique*, Tome 2, Paris, Recueil Sirey, 1935, p. 143.

⁶⁹ C'est surtout la patristique qui fonde la théorie religieuse du mariage. Saint Ambroise, Saint Jérôme, Saint Augustin élaborèrent en effet les théories sur le mariage qui furent adoptées par le droit canon, le droit de l'Église chrétienne qui régit la conduite des adeptes de cette religion. *Ibid*, p. 69.

antique regardait cette institution comme un domaine de la plus haute importance pour la morale chrétienne qu'elle tentait d'imposer aux populations païennes. La doctrine sacramentelle du mariage fut alors élaborée par les commentateurs de Saint Paul qui, peu à peu, commencèrent à interpréter la qualification de « mystère » que celui-ci attribue au lien matrimonial comme étant à l'origine du sacrement de mariage et voulurent ainsi donner une dignité religieuse à l'union de l'homme et de la femme qui n'était alors qu'un lien social essentiellement régi par les lois civiles.⁷⁰ D'autre part, se basant sur la métaphore génésiaque voulant que par le mariage, l'homme et la femme ne forment plus qu'une seule chair (Gen. 2,24), quelques théologiens firent un parallèle entre l'union du Christ et de son Église et celle qui a lieu entre les époux.⁷¹ La théorie sacramentelle du mariage, élaborée à l'époque carolingienne et institutionnalisée en 1234 dans les décrétales de Grégoire IX qui en fit dès lors le septième sacrement, fut ainsi justifiée du fait que l'union des époux représente l'alliance de Jésus-Christ avec son église et que celui-ci a lui-même introduit cette nouvelle loi en assistant aux noces de Cana et en y réalisant son premier miracle.⁷²

Le mariage devenu sacrement représente donc, tout comme les autres sacrements, le « signe de la grâce spéciale accordée par Dieu pour permettre à celui qui le reçoit d'accomplir la loi divine ». ⁷³ En principe, tout le monde doit être libre de recevoir les sacrements qui permettent aux chrétiens de réaliser leur salut. Pour cette raison, l'Église a toujours considéré que les époux peuvent se marier dès leur puberté et qu'ils ne doivent pas être empêchés par leurs parents puisqu'ils ont le droit de recevoir les grâces nécessaires à leur rédemption et ce, même si elle condamnait fortement l'insoumission des enfants face au choix de leurs père et mère.⁷⁴ Elle a donc, avant le Concile de Trente, toujours reconnu comme de véritables mariages les promesses échangées entre deux jeunes pubères et ce, au détriment de la volonté de certains parents mécontents qui auraient bien voulu annuler une union à laquelle ils n'avaient pas consenti.⁷⁵

⁷⁰ Le mariage dans les droits romain et germanique ne revêtait en effet aucun caractère religieux et ne relevait que de la société civile. Jean Gaudemet, « Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas-Empire » dans *Sociétés et mariage*, Strasbourg, Cerdic Publications, 1980, p. 124.

⁷¹ C'est en fait principalement St. Augustin qui a élaboré la théorie sacramentelle du mariage et ses écrits sur le mariage constituent la base des lois canoniques sur le mariage. Esmein, *op.cit.*, Tome 1, p. 69.

⁷² On parle de nouvelle loi puisque dans la loi judaïque, le mariage n'est qu'un contrat civil ; aucun caractère religieux, aucune grâce ne lui est en effet attribué dans les lois mosaïques. Phillips, *Putting Asunder...*, p. 27.

⁷³ Bologne, *op.cit.*, p. 135. Le mariage est défini comme tel pour la première fois dans le Concile de Florence de 1438. Esmein, *op.cit.*, Tome 2, p. 146.

⁷⁴ Lebrun, *op.cit.*, p. 10.

⁷⁵ *Ibid.* Dans les faits, il y avait très peu d'enfants rebelles. La plupart des jeunes se pliaient en effet à la volonté de leurs parents qui possédaient de forts moyens de pression.

Le droit canon avait en effet substitué à l'idée ancienne du mariage imposé par des tiers⁷⁶ la doctrine du mariage consensuel, c'est à dire qui ne se réalise que par le consentement libre de deux époux sans autres témoins qu'eux-mêmes puisqu'ils sont les seuls « ministres du sacrement. »⁷⁷ Leur consentement constitue dans le droit ecclésiastique la base même du sacrement de mariage et, pour cette raison, l'Église n'exigeait pas que les époux se lient devant un ministre du culte et la seule cohabitation, ou consommation supposée, lui prouvait même bien souvent que l'homme et la femme s'étaient engagés ensemble et donc, mariés.⁷⁸ Ainsi, aussi curieux que cela puisse paraître, le mariage devint le seul sacrement qui n'a pas besoin d'être administré par un prêtre et cette étrange situation ne manqua pas d'être soulignée, avant même la Réforme, par Érasme qui constatait que le sacrement de mariage faisait figure de parent pauvre à côté des six autres.⁷⁹

S'il est considéré comme un sacrement et rappelé comme tel au Concile de Trente, le mariage n'en est pas moins un contrat puisque l'alliance de l'homme et de la femme en forme l'essence. L'Église reconnaissait en effet au XVI^e siècle le mariage comme un contrat civil et c'est elle-même qui a le plus contribué à l'élaboration de la théorie du mariage comme contrat naturel à l'opposé de la pensée juridique romaine qui le considérait plutôt comme un fait social.⁸⁰ Les théologiens et canonistes médiévaux, en particulier Hugues de Saint-Victor et Bonaventure, avaient en effet repris l'idée du contrat de mariage élaborée par les civilistes au XI^e siècle et ils ont alors défini le lien matrimonial comme une

⁷⁶ Le mariage, au Moyen Âge et à l'Époque moderne, n'était pas un acte personnel comme on le connaît aujourd'hui. Les données matérielles et honorifiques qu'il mettait en jeu concernaient toute la famille qui devait jouer un grand rôle dans sa conclusion. Montaigne est celui qui résume le mieux l'image qu'on se faisait du mariage à ces époques : « On ne se marie pas pour soy, quoi qu'on die ; on se marie autant ou plus pour sa postérité, pour sa famille. L'usage et interest du mariage touche nostre race bien loing par delà nous. Pourtant me plaît cette façon, qu'on le conduise plustost par mains tierces que par les propres, et par le sens d'autrui que par le sien. » Montaigne, *Essais*, Livre III, chapitre V, dans *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1962 [1588], p. 925.

⁷⁷ Le principe du mariage consensuel a été tiré du droit romain dans lequel le mariage ne se forme que par le consentement des deux époux. Les fiancés doivent se faire des paroles de présent, c'est à dire manifester oralement ou par signe (heureusement pour les muets) qu'ils se prennent en mariage. Jean Gaudemet, « Les legs du droit romain en matière matrimoniale » dans *Sociétés et mariage*, *op.cit.*, pp. 343-344.

⁷⁸ Cette condition fut cependant imposée sous peine de nullité par l'Église d'Orient dès le IX^e siècle. Esmein, *op.cit.*, p. 116.

⁷⁹ Érasme critiqua le mariage chrétien dans quelques écrits, notamment dans ses *Annotations sur le Nouveau Testament*. Voir Émile V. Telle, *Érasme de Rotterdam et le septième sacrement*, Genève, Droz, 1954, 500 pages.

⁸⁰ Le mariage n'est en effet pas un contrat dans le droit romain, ce qui le rend tout à fait original par rapport aux autres droits antiques qui l'envisagent tous de cette façon. Chez les Juifs, les Égyptiens, les Grecs et plus tard les Germains, le mariage est en effet considéré comme un contrat civil. Jean Gaudemet, « Originalité et destin du mariage romain » dans *Sociétés et mariage*, *op.cit.*, pp. 153-154.

société, une association, un contrat, donc, entre l'homme et la femme.⁸¹ Thomas d'Aquin considérait pour sa part que le mariage ressort à la fois du droit naturel, du droit divin et du droit civil puisqu'il est en même temps contrat naturel, sacrement et contrat civil.⁸²

À partir du XIII^e siècle, le mariage est toujours défini par l'Église comme étant et un contrat, et un sacrement. Ces deux caractères attribués au mariage posent alors le problème de la préséance d'un élément l'un sur l'autre : le mariage est-il d'abord un contrat ou d'abord un sacrement ? Le droit canon a pensé résoudre la question en spécifiant que les deux sont indissociables et cependant, il ne considère pas que tous les mariages soient des sacrements puisque ceux des hérétiques ne représentent bien sûr pas l'alliance du Christ avec son Église.⁸³ De même, plusieurs théologiens du Moyen Âge et de l'Époque moderne considéraient qu'il peut y avoir un contrat sans sacrement.⁸⁴ André Duval considère que cette question n'a finalement pas été résolue au Concile de Trente qui, selon lui, l'a « laissée ouverte »⁸⁵, ce qui explique les ambiguïtés et les frictions entre les compétences ecclésiastiques et séculières tout au long de l'époque moderne puisque du mariage découlent des effets spirituels et des effets civils.

Outre son caractère sacramentel, les canons du Concile de Trente réaffirmèrent également les propriétés monogamique et indissoluble attachées au mariage dans la doctrine catholique. Ces deux notions furent bien sûr intimement liées avec celle du mariage comme sacrement puisque le Christ n'ayant qu'une Église, on ne peut avoir qu'un seul conjoint et de même, l'Église ne pouvant se détacher du fils de Dieu, on ne peut quitter son époux car ce serait renoncer à Dieu même.⁸⁶ Pourtant, cette confirmation ne fut pas aussi simple que pourraient le croire les contemporains habitués à l'inflexible théorie de l'indissolubilité du mariage tenue par les canonistes actuels de même qu'à leur condamnation générale du divorce civil tel que pratiqué dans la majorité des pays occidentaux.⁸⁷

⁸¹ Lefebvre-Teillard, *op.cit.*, p. 144.

⁸² Bologne, *op.cit.*, p. 307.

⁸³ Esmein, *op.cit.*, p. 246.

⁸⁴ Duns Scott, Melchior Cano, Pierre Guerrero croyaient en effet qu'il peut y avoir un contrat matrimonial sans que celui-ci soit nécessairement un sacrement. Bernhard et Lefebvre, *op.cit.*, p. 302.

⁸⁵ Duval, *op.cit.*, p. 312.

⁸⁶ Esmein affirme que certains théologiens voyaient le sacrement de mariage comme indissoluble du fait qu'un sacrement ne peut pas se répéter. Esmein, *op.cit.*, p. 122. Nous comprenons mal cette argumentation puisque le sacrement de l'Eucharistie se réitère nécessairement et cette idée de renouvellement possible d'un sacrement fut d'ailleurs utilisée par les partisans du divorce au XVIII^e siècle.

⁸⁷ Dans le dernier catéchisme de l'Église catholique, le divorce est considéré comme « une offense grave à la loi naturelle ». Jean-Paul II, *Catéchisme de l'Église catholique*, Paris, Mame-Plon, 1992, p. 350.

D'abord parce que le Concile de Trente se voulait œcuménique, qu'il concernait de ce fait tous les citoyens d'États reconnaissant le catholicisme romain comme religion officielle et que, comme l'ont fait remarquer les représentants de la République de Venise, il se trouvait sur ces territoires des chrétiens de rite orthodoxe qui n'adhéraient pas entièrement à cette théorie.⁸⁸ L'Église chrétienne orientale séparée de Rome depuis le XI^e siècle admettait en effet au moins une exception à cette règle générale puisqu'elle permettait le divorce lorsque la femme avait été infidèle à son mari.⁸⁹ Cette exception trouve son origine dans l'épître de Matthieu (Mt.19,3-9) qui rapporte qu'en réponse aux Pharisiens qui l'avaient questionné au sujet du divorce admis dans les lois mosaïques, Jésus-Christ aurait répondu que « quiconque renvoie sa femme, excepté pour cause de fornication, est adultère. »⁹⁰ Une réserve que ne rapportent cependant pas les trois autres évangélistes et c'est la raison pour laquelle cette incise matthéenne⁹¹ fut à l'origine de bien des discussions au sein même de l'Église chrétienne occidentale qui considéra elle aussi longtemps l'adultère du conjoint, homme ou femme, comme une cause légitime de divorce.⁹²

Finalement rejetée au profit d'une théorie plus stricte de l'indissolubilité en grande partie basée sur les écrits de Saint Augustin⁹³, la réserve de l'adultère du conjoint comme cause légitime de divorce fut récupérée par les réformateurs du XVI^e siècle pour justifier leur rejet de la théorie canonique du mariage indissoluble. Bien que la plupart des théologiens protestants élargissent, avec des nuances, cette notion de « fornication », tous justifient cette pratique du fait qu'elle est mentionnée dans le Nouveau Testament.⁹⁴ Leur argumentation en faveur du divorce se limita donc strictement au domaine théologique et

⁸⁸ Bernhard et Lefebvre, *op.cit.*, pp. 292-293.

⁸⁹ Phillips, *Putting Asunder...*, p. 22.

⁹⁰ Esmein, *op.cit.*, p. 56.

⁹¹ Nom donné à cette exception.

⁹² L'incise matthéenne a en effet été longuement discutée par les premiers théologiens et même souvent admise par les conciles du Haut Moyen Âge. Les théologiens n'étaient d'ailleurs pas certains de la définition à donner au terme fornication qui pouvait selon certains aussi s'appliquer à d'autres fautes graves. Jean Gaudemet, « L'interprétation du principe d'indissolubilité du mariage chrétien au cours du premier millénaire » dans *Sociétés et mariage, op.cit.*, pp. 257-266.

⁹³ Saint Augustin avança que Matthieu n'avait prescrit qu'une séparation d'avec la femme et non un remariage. Phillips, *Putting Asunder...*, p. 21. Ce sont principalement les écrits de ce père de l'Église qui fondèrent la théorie de l'indissolubilité.

⁹⁴ Pour Luther et Calvin, cette expression ne désigne que l'adultère et l'abandon du domicile conjugal, mais pour d'autres réformateurs comme Ulrich Zwingli et Martin Bucer, elle peut aussi désigner des fautes graves comme des sévices et des injures et même, pour le réformateur de Strasbourg, l'incompatibilité d'humeur. Le divorce n'est pas pour eux un remède mais une punition pour une faute matrimoniale. Au XVIII^e siècle, certains états luthériens, en particulier la Prusse de Frédéric II, ajoutèrent eux aussi d'autres causes de divorce comme les sévices et injures graves et la forte incompatibilité d'humeur. *Ibid.*, pp.84-94; pp. 200-201.

ne devait avoir lieu que pour cause d'adultère ou d'abandon prolongé de l'un des conjoints qui lui est assimilé.

En second lieu, si la théorie de l'indissolubilité du mariage a été élaborée bien avant celle de son caractère sacramentel⁹⁵, elle fut très difficile à imposer aux fidèles chrétiens, en partie à cause des incertitudes des premiers théologiens, mais surtout du fait qu'il s'agissait d'une doctrine tout à fait nouvelle pour les populations d'alors. L'idée que le mariage doit durer perpétuellement était en effet complètement étrangère aux populations antiques de même qu'aux tribus germaniques habituées à pratiquer soit la répudiation, soit le divorce.⁹⁶ Juifs, Égyptiens, Grecs, Romains, Germains, tous offraient la possibilité soit seulement à l'homme, soit également à la femme, de divorcer et de se remarier avec un autre conjoint et ce fait, comme nous le verrons, fut largement employé dans l'argumentation des partisans du divorce au XVIII^e siècle.⁹⁷ Le mariage étant le plus souvent considéré, surtout chez les peuples germaniques, comme une alliance avec d'autres familles, comme un moyen de conserver et de transmettre un patrimoine, cette union ne devait pas être maintenue lorsqu'elle ne remplissait pas les espérances qu'on y avait mises, particulièrement lorsque la femme était stérile et qu'elle ne pouvait donc pas donner un ou des héritiers à la famille.⁹⁸ Pierre Darmon précise d'ailleurs qu'au Moyen Âge, la stérilité de la femme était, « dans les maisons princières », une des principales causes de

⁹⁵ On dit que le mariage est indissoluble du fait qu'il représente l'union du Christ avec son Église, mais il s'agit en fait d'une argumentation supplémentaire puisque bien avant l'idée du mariage comme sacrement, les pères de l'Église, surtout Saint Augustin et Saint Jérôme, considéraient le lien comme indissoluble et condamnaient la séparation suivie de remariage. *Ibid.*, pp. 20-21.

⁹⁶ Les premières lois romaines permettaient à l'homme seul de renvoyer sa femme, d'où le terme de répudiation, mais les Romaines obtinrent sous l'Empire ce même droit et on parle dès lors plutôt de divorce puisque cette séparation, suivie de remariage, pouvait se faire par consentement mutuel. Le divorce était en droit romain un acte privé et non juridique. Ourliac et J. de Malafosse, *op.cit.*, pp. 175-176. Quant aux tribus germaniques, la plupart ne permettaient que la répudiation de la femme, mais par la suite, sous l'influence des lois romaines, elles admirent également le divorce pour consentement mutuel, notamment chez les Burgondes, les Wisigoths, les Alamands et les Bavares. Jean Gaudemet, « Le lien matrimonial : les incertitudes du Haut Moyen-Âge » dans *Sociétés et mariage, op.cit.*, p. 200.

⁹⁷ Chez ces populations, le mariage était un acte laïc dans lequel la religion n'avait rien à voir. Pierre Petot, *La famille (Histoire du droit privé)*, Paris, Éditions Loysel, 1992, p. 144.

⁹⁸ Jean-Louis Flandrin souligne par ailleurs que les termes alliance et mariage étaient quasiment synonymes dans l'ancien français. Jean-Louis Flandrin, *Les amours paysannes (XVI^e-XIX^e siècles)*, Paris, Gallimard-Julliard, 1982, p. 27. Si l'amour pouvait exister avant le mariage, surtout chez les plus humbles, Flandrin admet que la plupart des époux se soumettaient à ce qu'il nomme la « raison familiale ». Pierre Bourdieu, qui a analysé les stratégies matrimoniales des paysans béarnais, traite pour sa part bien plutôt de « l'amour de son destin social » que d'un sentiment romantique. Pierre Bourdieu, « Les stratégies matrimoniales dans le système de reproduction », *Annales ESC*, numéro spécial « Famille et société », vol. 27, nos 4-5 (Juillet-October 1972), p. 1124.

répudiation.⁹⁹ Cette incapacité de la femme mariée était également chez les Romains, avant l'apparition du divorce pour consentement mutuel, une cause fréquente de séparation puisque, comme l'affirme Lefebvre-Teillard, le divorce était chez eux « au service des stratégies familiales ».¹⁰⁰

L'Église chrétienne, au contraire, même si elle était bien consciente de ces réalités, attribuait au mariage des fonctions beaucoup plus morales et bien sûr religieuses puisque, comme nous l'avons vu, il était un moyen de réaliser le salut du croyant.¹⁰¹ Il est pour elle un symbole mystique par ailleurs très éloigné des préoccupations pragmatiques des élites et même de la grande majorité des familles, riches ou pauvres. L'idée de l'indissolubilité du mariage est présente dans l'Évangile puisque Saint Marc (Mc. 10, 9) précise que « ce que Dieu a uni, l'homme ne peut point le séparer » et Saint Paul insiste fortement sur cette nouveauté du christianisme.¹⁰² Celui-ci est en effet la première religion à voir dans le mariage une institution permanente qui ne se rompt qu'avec la mort de l'un des époux.¹⁰³ Les ecclésiastiques ont alors dû longtemps composer avec les habitudes des peuples que l'Église tentait de christianiser, d'autant plus qu'elle ne pouvait s'imposer et légiférer dans un domaine qui relevait essentiellement des lois civiles. En France, l'Église obtint le droit exclusif de légiférer sur le mariage au X^e et les officialités devinrent alors seules compétentes à connaître des causes matrimoniales.¹⁰⁴ Les rois capétiens abdiquèrent en effet leur droit de légiférer et de juger en matière matrimoniale et ce n'est qu'au XVI^e siècle que le roi de France recommença à s'ingérer dans ce domaine.¹⁰⁵

En faisant du mariage un sacrement, l'Église justifiait d'autant plus son ingérence dans ce domaine de la vie civile. Cette compétence exclusive en matière de mariage, aussi réaffirmée à Trente (Canon 12), lui permit peu à peu d'imposer ses vues sur le mariage, notamment sa défense de l'inceste et de la polygamie, fréquente chez les nobles Francs¹⁰⁶, mais plus difficilement en ce qui a trait à son caractère perpétuel puisque les divorces se

⁹⁹ Pierre Darmon, *Le tribunal de l'impuissance : virilité et défaillances conjugales dans l'ancienne France*, Paris, Seuil, 1979, p. 71.

¹⁰⁰ Lefebvre-Teillard, *op.cit.*, p. 108.

¹⁰¹ Pour Saint Augustin, il sert aussi à s'assister mutuellement, dans un but charitable de soutien moral et matériel réciproque. Bologne, *op.cit.*, p. 87.

¹⁰² Gaudemet, « L'interprétation du principe d'indissolubilité... », *op.cit.*, p. 230.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Petot, *op.cit.*, p. 275.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 184-185.

poursuivirent jusqu'au XII^e siècle.¹⁰⁷ Cette latitude s'explique également par le fait que la doctrine canonique du mariage fut elle-même lente à se définir clairement et pour cette raison, plusieurs papes et conciles le tolérèrent et tentèrent seulement de le restreindre. Ce n'est qu'après la réforme grégorienne et l'élaboration du droit canonique classique au XIII^e siècle que la théorie du mariage indissoluble une fois consommé s'imposa réellement.¹⁰⁸ L'Église fragilisa pourtant elle-même sa théorie absolue du mariage indissoluble puisque, alors qu'elle réussit, par lente acculturation selon Antony Copley ou par rencontre avec les conceptions populaires selon Philippe Ariès¹⁰⁹, à faire intérioriser une théorie qui ne fut pas contestée par les élites intellectuelles avant les humanistes, elle édicta des exceptions à cette doctrine qui aurait dû n'en souffrir aucune.

D'abord, la qualification de « consommé » au mariage indissoluble suppose que celui qui ne l'est pas peut se rompre. En deuxième lieu, l'Église qui favorise le célibat permet au conjoint désirant entrer dans les ordres et n'ayant pas encore joui des droits charnels du mariage de quitter son époux et à ce dernier de se remarier s'il le désire.¹¹⁰ Enfin, et cette réserve constitue une atteinte plus grave à la doctrine de l'indissolubilité puisqu'elle ressemble beaucoup plus à un divorce en bonne et due forme étant donné que les époux ont consommé leur mariage, le droit canon admet le *privilegium paulinum* comme cause de séparation suivie de remariage.¹¹¹ Ce point de discipline, ainsi dénommé car tiré des Lettres de Saint Paul aux Corinthiens, permet à un fidèle nouvellement converti au catholicisme de se séparer d'avec son conjoint païen et de se remarier avec un catholique si le premier refuse de demeurer avec lui ou s'il peut constituer un danger pour le salut des enfants chrétiens.¹¹² Ce qui contredit alors l'idée que tout mariage est naturellement indissoluble puisque dans ce cas, le précédent mariage du païen n'est plus légitime.

D'autre part, l'édification de sa théorie des empêchements au mariage fut l'occasion pour l'Église chrétienne de créer un substitut au divorce désormais interdit puisqu'elle transforma certaines causes de divorce anciennement admises dans les lois romaines en

¹⁰⁷ Les empereurs chrétiens firent des lois pour le limiter mais le maintinrent toujours. Phillips, *op.cit.*, pp. 18-19. Les écrits de Grégoire de Tours et d'Hincmar de Reims prouvent que les divorces étaient fréquents au Haut Moyen-Âge, surtout chez les souverains, et si Charlemagne fit des lois contre le divorce, il répudia lui-même plusieurs femmes. Gaudemet, « L'interprétation du principe d'indissolubilité... », pp. 260-271.

¹⁰⁸ Hincmar de Reims au IX^e siècle et Gratien au XII^e siècle introduisirent l'idée germanique que le mariage doit être consommé pour être considéré comme parfait. *Ibid.*, p. 289.

¹⁰⁹ Antony Copley, *Sexual Moralities in France, 1780-1980: New Ideas on the Family, Divorce, and Homosexuality*, London, Routledge, 1989, p.12; Ariès, *loc.cit.*, pp. 123-136.

¹¹⁰ Esmein, *op.cit.*, Tome 1, p. 299.

¹¹¹ Phillips, *op.cit.*, p. 2.

¹¹² Esmein, *op.cit.*, Tome 1, p.248.

empêchements dirimants, c'est à dire entraînant l'annulation du mariage.¹¹³ Les canonistes avaient en effet décidé que le mariage ne se formerait pas sans conditions, que les Chrétiens devaient respecter certains critères pour être en mesure de s'épouser légitimement. Ceux-ci devaient, par exemple, être âgés d'au moins douze ans pour la fille, quatorze ans pour le garçon, ne pas être parents au quatrième degré, partager la même religion, consentir bien sûr au mariage.¹¹⁴ Si le non respect de certains de ces empêchements, dits prohibitifs, est pardonnables, pour d'autres, les dirimants, il entraîne automatiquement l'annulation du mariage, peu importe le temps écoulé entre la célébration et la découverte de l'empêchement. L'impuissance qui était une cause de divorce chez les Romains fut ainsi transformée en empêchement dirimant dans la doctrine canonique et, d'après l'étude d'Alain Lottin, il semble que ce motif ait été le plus souvent allégué.¹¹⁵ Cette annulation n'est point un divorce puisque le mariage n'aurait jamais dû se faire si on avait eu connaissance de ces empêchements avant le mariage. L'autorité ecclésiastique déclare alors que le mariage n'a jamais existé et les époux séparés sont alors libres de se lier à d'autres personnes, à l'exception des membres de leur famille respective.¹¹⁶ L'annulation de mariage, prononcée par le souverain pontife, était en fait très coûteuse et ne fut demandée que par quelques riches nobles et gens de la moyenne bourgeoisie.¹¹⁷

L'Église ne pouvait pas non plus ignorer les difficultés qui peuvent naître de la vie conjugale et obliger des époux qui s'entre-tuent à demeurer ensemble. Pour cette raison, elle a inventé une institution qui permet aux deux conjoints de se séparer, c'est à dire de ne plus habiter sous le même toit, mais qui garde en même temps intact le sacrement de mariage puisque si les conjoints ne se doivent plus le devoir conjugal, ils demeurent toujours liés et ne peuvent en aucun cas s'unir à d'autres. Cette procédure, la séparation de corps (*divortium quo ad thorum*), ne peut être prononcée que par l'Officialité, le tribunal ecclé-

¹¹³ *Ibid.*, p. 227.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Lottin souligne en effet que l'impuissance fut la principale raison allouée pour faire annuler un mariage. Alain Lottin, *La désunion du couple sous l'Ancien régime. L'exemple du Nord*, Villeneuve-d'Ascq, Université de Lille III, 1977, p.139. Avant 1677, date à laquelle il a été aboli, l'impuissant devait faire la preuve de son incapacité à consommer le mariage devant une assemblée religieuse nommée le Congrès. Par la suite, on n'autorisa qu'à un médecin de vérifier l'impuissance de l'époux. Darmon, *op.cit.*, p. 108

¹¹⁶ Cela constituerait en effet un empêchement d'honnêteté publique. Esmein, *op.cit.*, Tome 1, p. 414.

¹¹⁷ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 370. L'étude de Lottin sur les annulations de mariage à Cambrai prouve également que ces sortes de procès étaient très rares. Ceux-ci étaient par ailleurs plus fréquents dans la moyenne bourgeoisie que parmi la noblesse, exactement comme le furent les divorces pendant la Révolution. Lottin, *op.cit.*, p. 137.

siaistique, puisque la séparation volontaire est interdite par le droit canon.¹¹⁸ Adultère ou hérésie de l'un des conjoints, sorcellerie, sévices graves sont devenus des causes légitimes de séparation admises par l'Officialité qui conçoit pourtant toujours la séparation qu'elle impose comme étant temporaire puisqu'elle cherche avant tout à réconcilier les époux.¹¹⁹ La séparation de corps fut le plus souvent demandée par des femmes victimes de l'ivrognerie, de la brutalité et de la dissipation de leurs époux alors que ceux-ci la demandaient plus rarement et principalement pour cause d'adultère de leur femme alors condamnée à demeurer pour toujours au couvent si son époux ne désirait plus la reprendre.¹²⁰

À partir du XIII^e siècle, l'Église différençia nettement le divorce classique de l'annulation qui se prononce pour des raisons existant avant et non après le mariage, de même que la séparation permettant le remariage de celle qui ne le permet pas, subtilités juridiques qui étaient auparavant complètement ignorées.¹²¹ Pourtant, le droit canon utilise le terme latin *divortium* pour traiter des séparations de corps qui n'entraînent cependant aucun droit de remariage et cette confusion fut la source de bien des polémiques au sein des théologiens et des laïcs des temps modernes. Le terme de « divorce » fut en fait utilisé par les canonistes pour désigner toute sentence de séparation prononcée par le tribunal religieux.¹²² Dessertine a également retrouvé cette assimilation des mots « divorce » et « séparation » dans les différents dictionnaires de l'époque moderne qui en font des synonymes puisque de toute façon, l'ancien divorce n'existe plus.¹²³ Ce n'est que dans la seconde moitié du XVIII^e siècle que les dictionnaires commencèrent selon elle à mieux les distinguer.

Les premières incertitudes et latitudes de l'Église chrétienne en matière d'indissolubilité furent rappelées au Concile de Trente par quelques évêques qui croyaient que, peut-être, on ne devrait pas être trop inflexible sur le sujet.¹²⁴ D'un autre côté, comme

¹¹⁸ Esmein, *op.cit.*, Tome 2, p. 112.

¹¹⁹ Lottin, *op.cit.* p. 113.

¹²⁰ *Ibid.*, pp.113-114. Voir aussi l'étude de Sylvie Savoie sur les séparations en Nouvelle-France: *Les couples en difficulté aux XVII^e et XVIII^e siècles. Demandes de séparations en Nouvelle-France*, Mémoire de maîtrise (Histoire), Université de Sherbrooke, 1986, 89 pages.

¹²¹ Petot, *op.cit.*, p. 273.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Dessertine, *op.cit.*, pp. 8-9. Les éditions de 1704 et 1752 du *Dictionnaire de Trévoux* spécifient en effet au mot « Divorce » : « Se dit aussi d'une séparation de corps et de biens, du mari d'avec sa femme. Le lien du mariage subsiste toujours. » Mais l'utilisation du mot s'élargit aussi puisque les deux éditions ajoutent que le divorce se dit aussi « des simples dissensions qui naissent dans le mariage ». *Dictionnaire universel françois et latin*, Paris, E. Ganeau, 1704, Tome 1, s.p. et *Dictionnaire universel françois et latin*, 4^e édition, Paris, Cie des Libraires associés, 1752, Tome 3, p. 206.

¹²⁴ Esmein, *op.cit.*, Tome 2, pp. 330-342.

les protestants déniaient le caractère indissoluble du mariage, la plupart des évêques étaient d'avis que l'Église catholique se devait dans ce cas de le confirmer encore plus strictement, sans toutefois offusquer les croyances des orthodoxes. Pour cette raison, le canon sept sur le mariage stipule simplement que soit anathème celui qui prétend que l'Église catholique romaine se trompe en enseignant l'indissolubilité.¹²⁵

Le Concile de Trente ne fit cependant pas que réaffirmer les dogmes classiques en matière matrimoniale, il entreprit également, par le décret *Tametsi*, de réformer des points de discipline fortement critiqués par plusieurs évêques et souverains catholiques et plus particulièrement la doctrine consensuelle du mariage.¹²⁶ Comme nous l'avons déjà souligné, cette théorie permettait à des amoureux de s'épouser à l'insu de leurs parents et facilitait de cette façon ce qu'on a appelé les « mariages clandestins », fortement dénoncés par les États en lutte contre les mésalliances.¹²⁷ Il n'était en effet pas question, au moment même où se formaient les États modernes, où se mettaient en place les mécanismes de ce que les historiens nomment « l'absolutisme » qui cherche à discipliner les sujets et à établir un ordre social de plus en plus strict, de laisser une institution aussi importante que le mariage à la fantaisie de jeunes étourdis par l'amour.¹²⁸

En France, où le mouvement absolutiste se faisait le plus sentir depuis François I^{er}¹²⁹, l'État royal tenait le mariage pour le plus important des contrats puisque de cette union naissent tous les droits civils de ses sujets et que par elle se transmettent leurs fortunes et leur patrimoine foncier.¹³⁰ Comme le souligne Lefebvre-Taillard, le mariage qui crée la famille constituait en France un des instruments les plus importants « de l'ordre monarchique »¹³¹ puisque, comme le mentionne la déclaration royale de 1639, il est « le

¹²⁵ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 290.

¹²⁶ Humanistes et protestants ont fortement critiqué cette doctrine qui fait d'une union secrète faite à la sauvette un sacrement. Bernhard et Lefebvre, *op.cit.*, p. 217.

¹²⁷ Les juristes voyaient en effet les mésalliances comme une atteinte à l'ordre social. Lebrun, *op.cit.*, p. 13.

¹²⁸ On avait alors une vision très pessimiste de l'amour qui était assimilé à une maladie, à un sentiment excessif de l'âme qui ôte toute raison, peut conduire à la mort et, surtout, crée le désordre dans la société en déstabilisant les stratégies matrimoniales. Voir *Aimer en France 1760-1860*, *op.cit.*, 2 tomes. En particulier « Le mot amour » de l'Université de Grenoble III, Tome 1, pp. 117-129 et « L'amour interdit ou la femme entre nature et condition féminines » de Marie-Laure Swiderski, Tome 1, pp. 147-155.

¹²⁹ Voir l'étude la plus récente et la plus complète à ce propos de Wolfgang Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt*, München, C.H. Beck, 1999, 631 pages. L'historien allemand situe le long développement des structures absolutistes en France entre le XIV^e et le XVI^e siècle : « *In Reaktion auf ihre zeitweilige Schwäche hat die französische Monarchie vom 14. zum 16. Jahrhundert ihren Anspruch aufs äusserste gesteigert, zunächst durch die sogenannten Grundgesetze des Königreiches (Lois fondamentales)* ». *Ibid.*, p. 64. Reinhard soutient que le premier point culminant du renforcement de la monarchie française a eu lieu avant les guerres de Religion, sous François I^{er} et Henri II.

¹³⁰ Le mariage seul en effet rend les enfants légitimes et leur permet donc d'hériter. Lebrun, *op.cit.*, p. 12.

¹³¹ Lefebvre-Taillard, *op.cit.*, p. 173.

séminaire des États, la source et l'origine de la société civile. »¹³² Cette institution, comme aimaient à le répéter les juristes français, regarde « le bon ordre de la société » et pour cette raison, ceux-ci auraient bien voulu, à l'instar des calvinistes de Genève, imposer le consentement des parents au mariage de leurs enfants sous peine de nullité.¹³³ Le cardinal de Lorraine et les évêques de France furent les représentants conciliaires qui insistèrent le plus pour rendre obligatoire ce consentement et imposer un caractère plus officiel à la cérémonie du mariage afin d'éviter tout malentendu et cas de bigamie.¹³⁴

Dans un sens, l'Église voyait également d'un très mauvais œil les mariages clandestins puisqu'ils permettaient en même temps aux jeunes époux de se séparer secrètement et donc, d'enfreindre la loi d'indissolubilité qu'elle imposait. Un mouvement en faveur de la publicité et de l'obligation de se lier à la face de l'Église se faisait par ailleurs depuis longtemps sentir au sein des ecclésiastiques qui considéraient que les époux ne devraient pas simplement énoncer un consentement, mais également une croyance au sacrement et être ainsi conscients de la grâce reçue en se liant.¹³⁵ D'un autre côté, l'Église ne pouvait pas nier subitement une tradition établie depuis plus de mille ans et rejeter une théorie à la base même de sa doctrine sur le mariage puisque le consentement des conjoints a toujours été considéré comme la matière essentielle de ce sacrement.¹³⁶ Pour cette raison, le concile de Trente maintint finalement la théorie consensuelle du mariage et rejeta l'idée du consentement obligatoire des parents, mais il imposa par contre des solennités pour rendre le mariage valide. En obligeant désormais les fiancés à échanger leurs promesses de mariage devant un prêtre de la paroisse de l'un des conjoints et deux autres témoins sous peine de nullité, l'Église chrétienne faisait pour la première fois du mariage un acte public et révolutionnait ainsi complètement l'attitude qu'elle avait prise jusqu'alors vis-à-vis de la célébration du mariage.¹³⁷ Alors qu'aucune bénédiction nuptiale n'était auparavant nécessaire pour rendre un mariage valide, l'Église la refusait même souvent dans le cas du

¹³² Bologne, *op.cit.*, p. 309.

¹³³ Les protestants considéraient en effet que les parents doivent obligatoirement consentir au mariage et ils critiquèrent vivement la reconnaissance des mariages clandestins par l'Église catholique. Les luthériens ne vont cependant pas, contrairement aux calvinistes, jusqu'à annuler les mariages réalisés sans ce consentement. Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 281.

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 290-291.

¹³⁵ Duval, *op.cit.*, p. 303.

¹³⁶ Esmein, *op.cit.*, Tome I, p. 101.

¹³⁷ Le prêtre n'est qu'un témoin car ce sont toujours les époux qui s'administrent eux-mêmes le sacrement, contrairement aux protestants chez lesquels le pasteur a un rôle actif puisque c'est lui qui lie les époux. Bernhard et Lefebvre, *op.cit.*, p. 217.

remariage d'une veuve déflorée, tous les mariages conclus sans ces formalités après la promulgation du décret *Tametsi* le 11 novembre 1563 furent désormais déclarés nuls.¹³⁸

1.1.2 La doctrine gallicane du mariage avant le XVIII^e siècle

Les décrets du Concile de Trente ne satisfirent pas les représentants français frustrés du rejet de la plupart de leurs demandes. La majorité des historiens et juristes soutiennent que c'est la principale raison pour laquelle les décrets du concile ne furent pas enregistrés par les parlements français et donc, n'eurent jamais force de loi dans le royaume de France contrairement aux autres territoires catholiques.¹³⁹ Le roi de France ne pouvait tout de même pas conserver l'ancienne loi canonique et devait donc édicter une nouvelle législation en ce qui a trait aux mariages. Déjà avant la fin du concile de Trente, la législation royale française, par l'Édit d'Henri II de 1556, avait recommencé à s'occuper d'un domaine laissé entièrement à la législation ecclésiastique depuis presque 600 ans. Henri II avait voulu, par cet édit, pénaliser au moins civilement le mariage des fils de famille mineurs faits sans le consentement de leurs parents en permettant à ces derniers de déshériter leur progéniture insoumise.¹⁴⁰ Le roi « très chrétien » ne pouvait en effet pas aller totalement à l'encontre des prescriptions religieuses en déclarant nuls les mariages de cette sorte et de même, bien que les décrets du concile de Trente n'aient pas été reçus en France, l'Édit de Blois émis par son fils Henri III en 1579 s'en inspira largement.

Cette réglementation royale du mariage se montra par contre beaucoup plus sévère que le décret *Tametsi* puisqu'elle exigeait non pas deux mais quatre témoins à peine de nullité et élargissait la notion de rapt établie par le droit canon comme empêchement dirimant au mariage.¹⁴¹ La jurisprudence française avait déjà commencé, à la fin du Moyen

¹³⁸ *Ibid.*, p. 261.

¹³⁹ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 299.

¹⁴⁰ On entend par mineurs les hommes de moins de trente ans et les filles de moins de vingt-cinq ans. Quant aux majeurs, ils étaient tout de même contraints de présenter à leurs parents des « sommations respectueuses » et si leur demande était refusée par leurs parents, ils pouvaient quand même passer outre et se marier selon leur gré. Petot, *op.cit.*, p. 482.

¹⁴¹ Le mariage par enlèvement, forcé donc, était fréquent au Haut Moyen-Âge et l'Église interdit puis annula ces sortes de mariage puisque l'épouse ne pouvait pas avoir consenti librement de se lier avec son ravisseur. L'Édit de Blois prétendit alors qu'il y avait également rapt quand un mineur se lie sans le consentement de ses parents puisque celui-ci fut sans aucun doute soumis à une influence néfaste et donc, contraignante. Au XVIII^e siècle, les Parlements parvinrent ainsi à faire annuler ces sortes de mariage selon les prescriptions canoniques en cette matière grâce à l'édification d'un nouveau type de rapt, le rapt dit « de séduction ». La justice civile est parvenue de cette façon à créer un nouvel empêchement et, par le fait même, à accroître la puissance paternelle qui avait été réduite par la théorie consensuelle de l'Église. L'Édit de Blois établit ainsi

Âge, à empiéter dans ce domaine ecclésiastique, notamment en ce qui a trait aux successions puisqu'elle prétendait qu'il s'agissait là d'une question uniquement temporelle.¹⁴² De même, pour légitimer son ingérence en matière matrimoniale, la législation royale commença à insister de plus en plus sur l'aspect contractuel du mariage puisqu'il s'agit là d'un caractère qui regarde bien plutôt la législation civile que religieuse.¹⁴³ Aux XVI^e et XVII^e siècles, plusieurs juristes rédigèrent des traités pour affirmer que le mariage étant un contrat, il relève alors bien plutôt de la compétence séculière et développèrent ainsi une théorie laïque et gallicane du mariage en concurrence avec la théorie canonique.¹⁴⁴ Ce mouvement en faveur de l'aspect contractuel du mariage se fit d'ailleurs de plus en plus sentir à l'époque des Lumières. Pourtant, comme le souligne Lefebvre-Taillard, si l'État « s'appuie sur le contrat », il n'en impose pas moins le sacrement.¹⁴⁵ La législation royale française respectait en effet ce domaine sacré du pouvoir ecclésiastique puisque, par l'article 44 de l'Édit de Blois, elle interdit aux notaires « de recevoir l'engagement matrimonial par paroles de présent » et confirma de cette façon l'obligation pour ses sujets de se marier religieusement.¹⁴⁶ Les séparations à l'amiable y furent également prohibées puisque pour la législation française du XVI^e siècle, de même que celle dès XVII^e et XVIII^e siècles, le mariage demeurait une institution tout à fait indissoluble et elle défendit donc tout divorce, à l'instar des prescriptions de l'Église catholique romaine.¹⁴⁷

Le retour de la législation française dans le domaine matrimonial ne signifiait donc pas le retour de la loi du divorce qui existait en France avant les interdictions religieuses. Sans doute, pouvoir et religion étaient devenus trop intimes pour se contredire vivement, mais peut-être aussi la législation française considérait-elle que l'indissolubilité du mariage permettait une stabilisation de l'institution qui cadrerait bien avec ses volontés disciplinaires. Ourliac considère que l'habitude des lignages nobles du Moyen Âge de « faire et défaire »

que le mariage « non valablement contracté », selon les exigences du droit civil et non selon celles du nouveau droit canonique, serait désormais déclaré nul, contredisant alors pour la première fois depuis le X^e siècle les prescriptions religieuses en matière de mariage. *Ibid.*, pp. 172-173

¹⁴² Petot, *op.cit.*, p. 276. ; Esmein, *op.cit.*, Tome I, p. 38.

¹⁴³ Phillips, *Putting Asunder...*, p. 193. L'historien retrace dans son dernier chapitre la lente laïcisation du mariage en Europe.

¹⁴⁴ En particulier le canoniste Jean Launoy qui rédige en 1633 un traité intitulé *Du pouvoir royal sur le mariage ou Traité du droit des princes chrétiens séculiers d'instaurer des empêchements dirimants de mariage* et Gerbais qui publie en 1690 un *Traité pacifique du pouvoir de l'Église et des princes sur les empêchements de mariage*. Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, pp. 328-329.

¹⁴⁵ Lefebvre-Taillard, *op.cit.*, p. 173.

¹⁴⁶ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 316.

¹⁴⁷ Ourliac et Malafosse, *op.cit.*, p. 209.

les mariages à leur gré se faisait tantôt par intérêt financier ou social, tantôt par simple caprice.¹⁴⁸ Peut-être la législation royale voyait-elle aussi d'un mauvais œil ces mariages multiples ; aussi adhéra-t-elle aisément à la théorie canonique du mariage qui cherchait à rendre le lien conjugal permanent et donc, plus stable.

Lefebvre-Teillard croit que cette « règle de l'indissolubilité a donné au mariage une stabilité qui permet aux conventions matrimoniales de jouer un rôle accru dans la transmission des patrimoines ». ¹⁴⁹ Il est clair qu'une alliance créée par les familles n'a pas intérêt à se dissoudre de par la volonté personnelle d'un des conjoints, mais le cas est très complexe puisque, comme nous l'avons souligné, si une fois l'alliance conclue on découvrait que la femme était stérile ou encore que la famille à laquelle on s'était lié n'était pas aussi riche qu'elle le prétendait ou que s'attachait à son nom un déshonneur caché, la dissolution de l'union pouvait alors être souhaitable et même absolument nécessaire. Le divorce avait toujours été un moyen de réaliser au mieux les desseins familiaux des patriciens romains et des aristocrates germaniques. Cette institution, comme nous l'avons mentionné en introduction, n'était pourtant pas souhaitée par la majorité de la population puisque Ariès considère qu'elle allait à l'encontre du besoin de stabilité des paysans. Ce qui est certain, c'est qu'on ne peut établir une corrélation directe entre la lente sécularisation du mariage en France, que Jean-Claude Bologne fait commencer en 1556¹⁵⁰, et un certain déclin de la théorie du mariage indissoluble même si, bien sûr, la théorie du mariage-contrat est bien ce qui inspira les rédacteurs de la Constitution de 1791.

Ce n'était pourtant pas seulement la conception religieuse du mariage qui inspirait les législateurs français de l'époque moderne. Ceux-ci, fortement empreints de droit romain, se basaient en effet également sur la définition idéale du mariage telle que donnée par Modestin dans les compilations de Justinien : « Le mariage est l'union de l'homme et de la femme, c'est une société qui doit durer toute la vie, une mise en commun du droit humain et du droit divin ». ¹⁵¹ Les dictionnaires de l'époque moderne donnent tous une définition semblable et si certains mettent l'accent sur le contrat alors que d'autres insistent plutôt sur le sacrement, tous soulignent la pérennité du lien qui unit l'homme et la femme. ¹⁵²

¹⁴⁸ Ourliac, *op.cit.*, p. 287.

¹⁴⁹ Lefebvre-Teillard, *op.cit.*, p. 147.

¹⁵⁰ Bologne, *op.cit.*, p. 308.

¹⁵¹ Ourliac et Malafosse, *op.cit.*, p. 163.

¹⁵² Ex. « Le mariage est l'union charnelle et légitime de l'homme et de la femme pour la procréation des enfants et pour entretenir une société perpétuelle ». Thomas Corneille, *Dictionnaire des arts et des sciences*, Vol. 2, Genève, Slatkine Reprints, 1968 [1694], p. 29.

S'ils prétendaient être en mesure d'ajouter des empêchements dirimants qui ne se trouvent pas dans le droit canon, les Parlements reconnaissaient la compétence exclusive du souverain pontife en matière d'annulation de mariage. Par contre, étant donnés les intérêts temporels qui sont selon eux toujours en jeu lors d'une séparation de corps puisque le conjoint qui la souhaite demande le plus souvent aussi une séparation des biens, les Parlements se considérèrent de plus en plus comme étant seuls compétents pour prononcer ces sortes de séparations.¹⁵³ Au XVIII^e siècle, la législation civile acquit enfin complètement cette compétence et ce ne fut plus que devant le Parlement qu'un conjoint malheureux pouvait faire une demande en séparation de corps.¹⁵⁴ Les raisons alléguées devaient par contre être très sérieuses car les tribunaux civils se montraient beaucoup plus sévères que les Officialités comme le démontre l'étude de Lottin sur les séparations de corps à Cambrai.¹⁵⁵ Le tribunal religieux de cette ville acceptait en effet la demande de séparation d'une femme dont le mari est adultère alors que les tribunaux civils, fortement influencés par le droit romain, ne reconnaissaient que l'adultère de la femme puisque celui-ci introduit des héritiers illégitimes.¹⁵⁶ De même, alors que les mauvais traitements subis par la femme lui permettaient assez facilement d'obtenir une séparation de corps devant l'Officialité, ces sévices devaient porter la femme à l'article de la mort pour qu'elle puisse obtenir une telle séparation devant le Parlement.¹⁵⁷

Il semble alors que l'indissolubilité ait été encore plus sévèrement maintenue par les lois civiles françaises que par celles de la religion et, nous le traiterons dans le dernier chapitre, la législation royale du XVIII^e siècle nia même le *privilège paulin* retenu par le droit canon comme cause de divorce. De plus, le roi de France imposa la théorie de l'indissolubilité aux calvinistes français puisqu'après la révocation de l'Édit de Nantes, les consistoires n'existant plus n'étaient donc plus en mesure d'autoriser un divorce pour les causes admises par Calvin. De même, alors que les traités de Westphalie permettaient aux protestants d'Alsace la pratique de leur culte, une lettre ministérielle de 1692 défendit au consistoire de

¹⁵³ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 326.

¹⁵⁴ Petot, *op.cit.*, p. 451.

¹⁵⁵ Le cas de Cambrai est exceptionnel puisque partout en France au XVIII^e siècle, seuls les tribunaux civils pouvaient prononcer une séparation de corps. L'Officialité de la ville obtint ce privilège lors du rattachement du Cambrésis à la France en 1678. Lottin, *op.cit.*, p. 12

¹⁵⁶ Dans la morale chrétienne, les deux conjoints se doivent également le devoir de fidélité et l'adultère de l'homme est donc aussi considéré comme une offense grave au mariage. Dans les droits antiques, au contraire, on ne punissait que l'adultère de la femme. Lebrun, *op.cit.*, p. 53.

¹⁵⁷ Lottin, *op.cit.*, p. 184. Le mari avait en France le droit de corriger sa femme et on ne sévissait donc qu'en cas d'abus outré de ce droit, c'est à dire quand sa correction pouvait mettre la vie de la femme en danger.

Strasbourg de ne prononcer aucune sentence de divorce, interdiction qui fut élargie à tous les consistoires d'Alsace après un arrêt rendu par la cour souveraine de Colmar en 1722.¹⁵⁸ La législation royale sembla dès lors ne plus vouloir souffrir aucune violation de la loi de l'indissolubilité maritale sur le territoire français. Nous verrons dans le dernier chapitre que le problème réapparut en fait au XVIII^e siècle avec la question du divorce juif.

Quant aux différents catéchismes rédigés par les ecclésiastiques français, ils tentèrent d'introduire en France les préceptes du Concile de Trente plutôt que ceux de la législation civile et on retrouve par exemple dans le *Catéchisme historique* de l'abbé Fleury, confesseur de Louis XV, les modalités de validation du mariage telles qu'énoncées par le décret *Tametsi* et non celles de l'Édit de Blois.¹⁵⁹ L'abbé y rappelle également la théorie canonique du mariage qui tient le célibat pour un état plus parfait que le mariage, qui fait de celui-ci « l'image de l'union de Jésus-Christ avec son Église » et un lien « qui ne se rompt qu'à la mort ».¹⁶⁰

À la fois acte civil et acte religieux, l'institution du mariage était donc censée régler tout autant la vie du citoyen que celle du chrétien. Le mariage du catholique français du XVIII^e siècle étant régi par deux droits, le droit canon et le droit civil français, les juridictions civiles et ecclésiastiques ne pouvaient manquer d'entrer en conflit dans un domaine où chacune prétendait dominer. Ces conflits, réapparus au XVI^e siècle, devinrent de plus en plus sensibles à l'époque des *Lumières* et les juristes, en particulier Pothier, insistèrent encore plus fortement sur l'aspect contractuel du mariage pour légitimer l'ingérence de la législation civile en cette matière.¹⁶¹

¹⁵⁸ Phillips, *Putting Asunder...*, p. 206.

¹⁵⁹ Abbé Fleury, *Catéchisme historique, contenant en abrégé l'Histoire sainte et la doctrine chrétienne*, Tours. Mame, 1810, p. 577.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 144.

¹⁶¹ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 313.

1.2 Le mariage en droit civil français au XVIII^e siècle

Entre les sacremens, il n'y a guère que le mariage qui fournisse des sujets de contestation.

Abbé Fleury¹⁶²

Depuis que le mariage n'est plus de la compétence exclusive de l'Église catholique, ce ne sont plus, en effet, uniquement les théologiens et les canonistes qui théorisent et statuent sur la validité de ce sacrement au XVIII^e siècle, mais également les juristes du droit civil français. À l'époque des *Lumières*, le contrôle législatif du mariage était entièrement passé à la monarchie et toutes les questions matrimoniales étaient traitées par les Parlements qui appliquaient alors les lois royales. Séparations de corps, peines contre l'adultère et même annulations de mariage pour impuissance, pourtant un empêchement dirimant du droit ecclésiastique, relevaient alors entièrement de la justice civile.¹⁶³

La jurisprudence française ne fit cependant pas que s'approprier l'ancienne compétence ecclésiastique à son profit, elle en modifia également les règles afin de les faire cadrer avec sa propre vision du mariage qui se différençait en certains points de la conception canonique. On l'a vu, elle imposa ses propres prescriptions en matière de validation de mariage et réussit même à faire annuler les mariages conclus sans le consentement des parents, ce qui contredisait totalement la doctrine consensuelle du mariage en droit canonique. De même, par le moyen de « l'appel comme d'abus », les Parlements pouvaient contrôler les jugements des cours ecclésiastiques. S'ils considéraient en effet que ceux-ci allaient à l'encontre des lois civiles, ils pouvaient les déclarer abusifs et émettre au nom de la justice française un jugement contraire.¹⁶⁴ Toute personne se sentant lésée par la cour religieuse pouvait ainsi en appeler au Parlement de sa région pour faire réviser son procès.¹⁶⁵ La compétence religieuse en matière matrimoniale était donc devenue pratiquement nulle en France au XVIII^e siècle puisque les cours ecclésiastiques ne traitèrent dès lors plus que les cas d'annulations de fiançailles ou de mariage en raison d'un empêchement dirimant.¹⁶⁶

Le mariage est le domaine juridique qui préoccupa le plus les juristes et jurisconsultes des *Lumières*, puisque, comme nous l'avons mentionné précédemment, il concerne le bon ordre de la société civile toute entière qui est d'ailleurs formée par

¹⁶² Cité dans Esmein, *op.cit.*, p. 46.

¹⁶³ Phillips, *Putting Asunder...*, p.205 ; Ourliac et Malafosse, *op.cit.*, p. 210.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 205-206.

¹⁶⁵ Jean Gaudemet, « Mariage clandestin et appel comme d'abus » dans *Sociétés et mariage*, *op.cit.*, p. 418.

¹⁶⁶ Ourliac et Malafosse, *op.cit.*, p. 210.

l'ensemble des citoyens issus de cette union légitime. C'est ce que ne cessèrent de répéter les auteurs de droit français : pour d'Aguesseau, « il s'agit de l'engagement le plus solennel & le plus intéressant, soit pour les familles particulières, soit pour le bien général de la société »¹⁶⁷ ; pour Claude-Joseph de Ferrière, « le mariage est le lien de la société civile qui regarde non seulement le bien des familles et la conscience des particuliers, mais encore le repos et la tranquillité publique et le maintien de l'État »¹⁶⁸ et enfin, pour Robert Joseph Pothier, le juriste par excellence du XVIII^e siècle dont les écrits sur le mariage inspirèrent le Code de Napoléon, « le mariage est le plus excellent et le plus ancien de tous les *contrats*, c'est lui qui intéresse le plus la société civile. »¹⁶⁹

Contrat, le mot est lancé comme un leitmotiv par les juristes français depuis le XVI^e siècle pour légitimer leur législation et leur juridiction sur ce septième sacrement. Cette notion profane, on l'a vu, avait elle-même été développée par la doctrine canonique alors insouciante du danger d'une telle conception puisqu'elle cherchait surtout à justifier sa théorie consensuelle du mariage. L'idée de contrat, de convention, est un concept essentiellement laïc qui concerne la société temporelle et non spirituelle et qui est donc régi par les lois civiles. Le droit canonique a beau affirmer que sacrement et contrat sont indissociables, d'où sa conviction qu'elle seule est en mesure de contrôler cette institution, le deuxième caractère suffit à l'autorité civile pour l'assurer du bien-fondé de son intervention :

Le mariage étant un contrat, appartient de même que tous les contrats à l'ordre politique, & il est en conséquence, comme tous les autres contrats, sujet aux loix de la puissance séculière que Dieu a établie, pour régler tout ce qui appartient au gouvernement & au bon ordre de la société civile ; le mariage étant celui de tous les contrats qui intéresse le plus le bon ordre de cette société, il en est d'autant plus sujet aux loix de la puissance séculière que Dieu a établie pour le gouvernement de cette société.¹⁷⁰

Voilà ce que tente de démontrer Pothier dans son *Traité du contrat de mariage* qui constitue selon Gaudemet « l'aboutissement de la réflexion doctrinale de l'Ancien régime sur ce sujet. »¹⁷¹ On peut donc sans crainte se baser principalement sur cet ouvrage pour connaître la conception juridique du mariage au XVIII^e siècle. Pour ce juriste, il va de soi qu'il est possible de séparer le contrat du sacrement. Il reconnaît en effet la compétence

¹⁶⁷ Henri-François d'Aguesseau, « Lettre CCCCXXI » dans *Oeuvres de M. le chancelier D'Aguesseau*, Tome 10, Paris, Libraires Associés, 1777, p. 593.

¹⁶⁸ Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Tome premier, Paris, Théodore le Gras, 1755, p. 279. Il fut professeur à la Faculté de droit de Paris à partir de 1703 et en devint le doyen.

¹⁶⁹ Pothier, *op.cit.*, p. 1.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p.14.

¹⁷¹ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 332. L'historien du droit écrit que le traité de Pothier a été publié en 1771, mais nous avons consulté une édition datant de 1768.

ecclésiastique dans tout ce qui concerne le lien sacramental, mais pour le reste, c'est à dire en ce qui concerne l'aspect contractuel du mariage, cela relève pour lui exclusivement de la compétence civile.¹⁷² Bologne soutient ainsi qu'à cette époque, c'est principalement sur cette « distinction entre contrat et sacrement que les juristes civils justifiaient l'intervention du roi en matière matrimoniale ».¹⁷³ La montée de l'intérêt pour le droit romain n'est pas étrangère à cette légitimation de la compétence civile puisque, comme l'écrit Pothier, « la puissance séculière a toujours joui de ce droit ; c'est par la loi civile que chez les Romains le mariage des enfants de famille étoit nul, lorsqu'il étoit contracté sans le consentement de celui sous la puissance duquel ils étoient. »¹⁷⁴

Cette conception est la même que celle des juristes des XVI^e et XVII^e siècles et il n'y a pas de changement en ce sens, mais l'aboutissement de la réflexion de Pothier sur ce thème est beaucoup plus subversif. Alors que le sacrement avait toujours été pour l'Église la base du contrat, le juriste d'Orléans fait entièrement dépendre le sacrement du contrat préalablement établi. Sans contrat, pas de sacrement puisque le « contrat civil étant la matière du Sacrement de mariage, il ne peut y avoir un Sacrement de mariage lorsque le contrat civil est nul, de même, qu'il ne peut y avoir un Sacrement de Baptême sans l'eau qui en est la matière. »¹⁷⁵ La logique juridique de ce postulat est qu'un contrat de mariage qui enfreindrait les modalités civiles de validation ne peut en aucun cas devenir un sacrement puisque selon le juriste, « en élevant le contrat de mariage entre les fidèles à la dignité de sacrement, J.C n'a entendu élever à cette dignité que les mariages légitimes. »¹⁷⁶ Ce concept s'apparente d'ailleurs à l'opinion de certains théologiens qui, comme on l'a vu, ne croyaient pas que tous les mariages fussent des sacrements. Cette idée est exprimée encore plus nettement par Durand de Maillane¹⁷⁷ dans son dictionnaire de droit canonique :

La matière du Sacrement de Mariage est un Contrat civil, qui n'est élevé à la Dignité de Sacrement, que lorsqu'il est parfait dans sa matière ; en sorte qu'il doit être véritablement un contrat parfait en sa substance, pour recevoir l'impression de la Puissance Celeste. Car Dieu n'a pas entendu sanctifier par un Sacrement toutes sortes de conjonctions naturelles & fortuites, ni celles qui seroient impures ou indignes ; mais

¹⁷² « Je conviens que le mariage en tant qu'il est sacrement, est quelque chose de spirituel, & n'est point du ressort de la puissance séculière. (...) Mais si le mariage est sacrement, il est aussi contrat civil et comme contrat civil il appartient à l'ordre politique, & il est en conséquence sujet aux lois de la puissance séculière. » Pothier, *op.cit.*, p. 20.

¹⁷³ Bologne, *op.cit.*, p. 254.

¹⁷⁴ Pothier, *op.cit.*, pp. 15-16.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 15.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 22.

¹⁷⁷ Pierre Toussaint Durand de Maillane (1729-1814) fut avocat au parlement d'Aix, membre du comité ecclésiastique, rapporteur de la Constitution civile du clergé et un des rédacteurs de la Constitution de 1791.

comme il y avoit nécessité que l'homme vécût dans la société du mariage, il a voulu que cette société telle qu'elle seroit établie par le meilleur ordre du monde, devînt un Sacrement qu'entant qu'elle est Mariage légitime, & elle n'est point Mariage légitime, si elle n'est contractée suivant les Loix reçues dans la société civile.¹⁷⁸

Ces juristes insistaient donc nettement sur le caractère civil du mariage et ce, un peu au détriment du sacrement qu'ils ne nièrent pourtant jamais.¹⁷⁹ Pour Dessertine, il ne fait aucun doute que cette prétention a inauguré l'idée que le mariage, en tant que contrat, peut être dissous comme tous les autres contrats et donc, que c'est cette évolution « de la réflexion juridique » qui a le plus contribué à répandre l'idée du divorce au XVIII^e siècle.

¹⁸⁰ Ce syllogisme du mariage-contrat donc dissoluble ne nous paraît pas comme allant de soi et nous croyons au contraire, à l'instar de Jacques Mulliez, que ce contrat de mariage n'était pas envisagé de la même façon par les juristes de l'époque, qu'il était un contrat particulier d'une autre nature que les conventions traditionnelles : « Le contrat à ceci près que ce contrat est d'une espèce juridique très particulière puisqu'une fois conclu, il est impossible de le rompre. »¹⁸¹ Mulliez explique ce paradoxe de par l'importance que revêtait cette institution pour l'État et la société d'alors :

Cette entreprise de reconstruction du mariage par le droit au profit du pouvoir civil aboutit donc à la fin de l'Ancien Régime à un résultat tout à fait remarquable, le mariage est un contrat mais un contrat à vie et cette contradiction juridique est certes le fruit de l'histoire mais elle correspond bien évidemment au rôle traditionnel du mariage dans la société occidentale : fonder la cellule de base de la société.¹⁸²

¹⁷⁸ Pierre Toussaint Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, Tome Second, Paris, Chez Bauche, 1761, p. 217. *Le Grand dictionnaire françois* attribue au mariage exactement le même caractère: « Le contrat civil du mariage est la matière, la base, le fondement et la cause du Sacrement de mariage; c'est pourquoi il doit être parfait en soi pour être élevé à la dignité de Sacrement car Dieu n'a pas voulu sanctifier toute conjonction, mais seulement celles qui se font suivant les loix reçues dans la société civile, de manière que quand le contrat civil est nul par le défaut de consentement légitime, le sacrement n'y peut être attaché. » *Grand vocabulaire françois*, Tome 12, 2^e éd., Paris, Panckoucke, 1767, p. 184.

¹⁷⁹ Même R. Lorry qui insiste sur la primauté du contrat dans ses *Recherches sur le mariage en sa qualité de contrat et de sacrement* (1760) croit que le mariage doit nécessairement devenir un sacrement. Gaudemet, *Le mariage en Occident...*p. 330. Il s'oppose par ailleurs farouchement aux assertions de Pierre Le Ridant qui est le seul juriste à aller jusqu'à nier le caractère sacramentel du mariage : « Jésus-Christ n'a point transformé en sacrement le mariage qui étoit un simple contrat, mais il a institué dans son église un sacrement pour bénir et sanctifier le mariage. (...) Le mariage est un contrat et n'est pas un sacrement, le sacrement est un être distinct du contrat, il est institué pour sanctifier le contrat, mais il faut que le contrat soit parfait pour que le sacrement le bénisse, et le contrat subsiste sans sacrement, au lieu que le sacrement ne sauroit subsister sans le contrat. » Résumé de l'*Examen de deux questions importantes sur le mariage* (1753) introduit dans Pierre Le Ridant, *Code matrimonial*, Tome 2, Paris, Herissant le fils, 1770 [1766], p. 921.

¹⁸⁰ Dessertine, *op.cit.*, p. 22.

¹⁸¹ Mulliez, *op.cit.*, p.36. Les rédacteurs du projet de la loi du divorce avaient toujours cette conception du mariage puisqu'ils considéraient que le mariage n'était pas « un contrat de pur droit naturel, qui puisse être abandonné au caprice des conjoints ». Cité dans Garaud, *op.cit.*, p. 71.

¹⁸² *Ibid.*, p. 42.

La presque totalité des juristes du XVIII^e siècle envisageaient en effet le mariage comme étant indissoluble. Quand il distingue le contrat du sacrement, Jean-Baptiste Denisart établit que « le mariage est indissoluble après le contrat sanctifié par la bénédiction nuptiale. »¹⁸³ La définition que donne Pothier du mariage est claire : « contrat par lequel un homme & une femme, habiles à faire ensemble ce Contrat, s'engagent réciproquement l'un envers l'autre à demeurer toute leur vie ensemble dans l'union qui doit être entre un époux & et une épouse. »¹⁸⁴ C'est exactement la définition de Modestin reprise par Durand de Maillane dans son dictionnaire de droit canonique: « Justinien a défini le mariage ; une union de l'homme et de la femme, qui contient une société indissoluble. »¹⁸⁵ Le juriste de droit civil et le juriste de droit canonique sont donc tout à fait d'accord avec la doctrine religieuse car pour eux, « le mariage ne peut être dissous que par la mort naturelle de l'un des conjoints. »¹⁸⁶ Ce qu'exprime également Ferrière lorsqu'il définit le mariage dans son dictionnaire juridique : « contrat civil élevé à la dignité de sacrement par lequel l'homme et la femme sont joints d'un lien indissoluble qui ne peut se dissoudre que par la mort de l'un deux. »¹⁸⁷ Tel est, selon lui, ce que Dieu a voulu.

Pothier adhère donc à l'idée évangélique d'indissolubilité puisqu'il croit qu'« aucune puissance ne peut casser un mariage, lorsqu'il a été valablement contracté ; car le lien du mariage étant formé par Dieu même, aucune puissance humaine ne peut le dissoudre ». ¹⁸⁸ Le juriste se montre même beaucoup plus sévère que bien des commentateurs de la Bible puisqu'il rejette totalement l'idée que l'adultère pourrait être une cause légitime de divorce et n'admet pas même le *privilege paulin* pourtant retenu par le droit canonique occidental.¹⁸⁹ Ce rejet de la dissolution pour adultère est également exprimé par l'avocat Fournel, auteur d'un traité sur l'adultère dans lequel il expose la

¹⁸³ Jean-Baptiste Denisart, « Mariage » dans *Collections de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Tome 12, Paris, Desaint, 1787, p. 923.

¹⁸⁴ Pothier, *op.cit.*, p. 4

¹⁸⁵ Durand de Maillane, *op.cit.*, Tome cinquième, p. 216. C'est bien cette définition que Claude Serres attribue à l'empereur, même s'il ajoute par la suite que le divorce existait chez les Romains : « L'empereur donne la définition du mariage qu'il dit être la conjonction d'un homme et d'une femme unis d'un lien indissoluble durant toute leur vie ; ce qui convient sur-tout à nos mœurs, puisque selon le Concile de Trente, Ses.24, le mariage, étant une fois valablement contracté, est indissoluble pour quelque cause que ce puisse être, même pour l'adultère de la femme. » Claude Serres, *Les institutions du Droit français suivant l'ordre de celles de Justinien*, Paris, Chez la veuve Cavellier, 1778, p. 27.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p.274 ; Pothier, *op.cit.*, p. 105.

¹⁸⁷ Ferrière, *op.cit.*, p. 279.

¹⁸⁸ Pothier, *op.cit.*, p.74. Même chose chez Ferrière : « (...) D'où il s'ensuit que le mariage doit demeurer indissoluble comme Dieu l'a établi; que ni l'homme de son autorité, ni les Juges, ni les Princes n'en peuvent rompre le lien. » Ferrière, *op.cit.*, p. 82.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 150.

gravité du crime et les dispositions juridiques à entreprendre pour la poursuite d'une telle offense.¹⁹⁰ Celui-ci considère en effet que si par la condamnation de la femme pour adultère le mariage perd ses effets civils, il existe toujours :

La condamnation le dissout autant qu'il est possible de le faire, c-à-d quant aux effets civils qui sont anéantis par la mort civile. Si la séparation ne s'opère pas complètement, c'est parce que le sacrement est indélébile et qu'il n'est pas du pouvoir des Magistrats d'en anéantir le caractère ; mais cela n'empêche pas que le contrat civil n'ait disparu et le sacrement seul subsiste.¹⁹¹

Lors d'une demande en annulation de mariage, Louis d'Héricourt¹⁹² considère pour sa part qu'en cas de doute, le lien devrait être maintenu. Voici ce qu'il déclare en réponse à une consultation au sujet d'un cas litigieux :

Or, jamais une présomption, quoiqu'autorisée par la loi, ne peut l'emporter sur le droit divin qui déclare le mariage indissoluble. (...) quand il s'agit de Jugemens rendus sur la validité ou l'invalidité des mariages, il faut s'élever au-dessus des règles ordinaires de la procédure pour se conformer aux règles que prescrit la Loi divine.¹⁹³

L'auteur des *Loix ecclésiastiques de France mises dans leur ordre naturel* précise par ailleurs, tout comme les juges ecclésiastiques, que « lorsque la cour juge qu'il y a abus dans un mariage, elle ne rompt pas les liens du mariage qui sont indissolubles, suivant la loi que J.C a lui même établie ; mais elle juge qu'il n'y a point eu de mariage. »¹⁹⁴ David Houard, commentateur de la coutume de Normandie, justifie de même la difficile obtention d'une séparation de corps :

Il ne faut pas perdre de vue, en formant en Justice la demande de cette espèce de séparation, que de droit divin, le mariage est indissoluble, et que conséquemment il n'est pas permis d'en demander la rupture, mais seulement d'obtenir du Juge les moyens d'empêcher que, sous prétexte de l'indissolubilité du mariage, l'une des deux parties ne devienne la victime des fureurs de l'autre.¹⁹⁵

¹⁹⁰ M. Fournel. *Traité de l'adultère*, 2^e éd., Paris, Chez Demonville, 1783 [1778], p. 61. Ferrière qualifie pour sa part d'hérésie les croyances grecques et protestantes en la dissolution du mariage pour cause d'adultère. Ferrière, *op.cit.*, p. 81. De même, le *Grand vocabulaire françois*, précise que l'adultère « n'opère pas le divorce, comme plusieurs l'ont pensé et comme le pense encore aujourd'hui l'Église grecque ». *Grand vocabulaire françois*, *op.cit.*, Tome 1, p. 447.

¹⁹¹ Fournel, *op.cit.*, p. 13.

¹⁹² Louis d'Héricourt du Vatier (1687-1752) fut canoniste et jurisconsulte, avocat au Parlement de Paris et l'avocat du régent Philippe d'Orléans.

¹⁹³ Louis d'Héricourt, *Oeuvres posthumes*, Tome 1 : *Consultations canoniques et civiles*, Paris, Desaint et Saillant, 1759, p. 608.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 603.

¹⁹⁵ Cité dans Phillips, *Family Breakdown...*, p. 10.

On peut donc dire que dans l'ensemble, les juristes d'avant la révolution respectèrent et même défendirent l'indissolubilité du mariage. Si, selon Mulliez, Durand de Maillane ne parut pas opposé au divorce dans son rapport établissant la nécessité d'un mariage civil en 1791¹⁹⁶, il n'en fit jamais mention dans ses écrits d'avant la Révolution et lorsque Dessertine prend François-Vincent Toussaint¹⁹⁷ comme exemple pour soutenir que les juristes du XVIII^e siècle aboutissaient à la logique du mariage comme contrat dissoluble, elle généralise à notre avis un cas exceptionnel. Elle le précise en effet elle-même, Toussaint est un « ancien » avocat et son livre *Les Mœurs*, essai moraliste et non juridique, fut un des ouvrages des *Lumières* qui fit le plus de scandale, ce que cherchaient rarement les hommes de justice de l'époque. Il en est de même pour Nicolas-Simon Henri Linguet, pourtant omis par elle, un des avocats les plus célèbres des *Lumières* car le plus rebelle.¹⁹⁸ Lorsque celui-ci se prononça, d'ailleurs très modérément, en faveur du divorce, il était déjà largement décrié par ses collègues.¹⁹⁹ L'avocat et président du Parlement de Bordeaux Charles-Louis de Secondat, baron de Montesquieu est également un cas hors du commun qui ne représente en rien l'homme de loi typique. Quant aux auteurs de traités spécifiques favorables au divorce que nous analysons dans le dernier chapitre, si quelques uns ont effectivement étudié le droit, presque tous écrivirent sous un pseudonyme, montrant ainsi nettement qu'ils ne se réclamaient en rien d'une autorité en matière juridique.

Il est vrai qu'on ne peut pas juger de la position personnelle des juristes de par leurs traités qui ne pouvaient certainement pas aller jusqu'à contredire ce dogme, mais leur insistance dans ces écrits juridiques sur la perpétuité du mariage nous semble un indice suffisant de l'image qu'ils se faisaient de l'institution. Le seul, enfin, qui correspond au

¹⁹⁶ Mulliez, *op.cit.*, p.79. Garaud croit au contraire que Durand de Maillane était opposé à ce glissement de sens, à cette conséquence de son rapport en faveur de l'établissement d'un mariage civil. Garaud, *op.cit.*, p. 69.

¹⁹⁷ François-Vincent Toussaint (1715-1772) fut avocat au Parlement de Paris à partir de 1741. Son célèbre ouvrage *Les Mœurs*(1748) fut condamné au feu et il dut dès lors s'exiler à Bruxelles où il devint journaliste. Il fut par la suite professeur de rhétorique et de logique à Berlin.

¹⁹⁸La formation juridique de Nicolas-Simon Henri Linguet fut très tardive. Fils d'un directeur de collège exilé à Reims pour ses sympathies jansénistes, il se consacra tout d'abord aux mathématiques et obtint un emploi aux Ponts et Chaussées. Brouillé avec le duc de Deux-Ponts, il mena par la suite une vie de bohème, écrivant des ouvrages historiques et voyageant dans toute l'Europe. Il finit par s'arrêter à Paris, y étudia le droit et entra finalement au barreau duquel il fut rayé en 1775 pour avoir critiqué le droit romain. Il défendit des causes célèbres (chevalier de la Barre, duc d'Aiguillon, vicomte de Bombelles) et fut sans doute l'avocat le plus renommé de la seconde moitié du XVIII^e siècle. Exilé à Bruxelles puis à Londres, il fut enfermé à la Bastille de 1780 à 1783 et guillotiné en 1794.

¹⁹⁹Linguet aborde déjà la question du divorce dans sa *Théorie des loix civiles ou Principes fondamentaux de la société* parue en 1767, mais c'est surtout dans une consultation juridique qu'il expose explicitement ses vues sur l'indissolubilité conjugale : *Mémoire à consulter et consultation pour un mari dont la femme s'est remariée en pays protestant, et qui demande s'il peut se remarier de même en France*, Paris, 1771, 73 pages.

profil typique d'homme de loi de l'époque et qui se prononce non pas en faveur du divorce, mais de la répudiation au profit de l'homme seulement, est Jean-Charles Lavie qui fut, comme Montesquieu, président du Parlement de Bordeaux.²⁰⁰ Bien qu'il ait une vision limitée de l'utilisation du divorce, comme nous le verrons au chapitre suivant, l'avocat pousse effectivement sa logique du mariage contrat jusqu'à le croire dissoluble.

Nous partageons pourtant l'avis de Damas lorsqu'il soutient que la sécularisation du mariage établie par les théories gallicanes des juristes fut une « cause indirecte » du rétablissement du divorce.²⁰¹ Pour celui-ci, « Pothier, Le Ridant et leurs prédécesseurs ne prévoyaient point cette conséquence de leur système » et il affirme par ailleurs que tous ont condamné le divorce.²⁰² C'est également le point de vue de Glasson qui constate que « l'introduction du divorce n'a jamais été demandée par les juristes »²⁰³ et de Traer qui soutient lui-aussi que les hommes de loi ne mirent jamais en question le principe catholique de l'indissolubilité.²⁰⁴

Pour l'ensemble des juristes français des *Lumières*, le mariage était donc un contrat civil, un sacrement et un engagement indissoluble. Ce ne furent en effet pas les juristes français qui utilisèrent l'argument du contrat pour légitimer le divorce et si l'on tient à trouver les théories juridiques du mariage qui purent influencer les intellectuels français du XVIII^e siècle favorables au divorce, c'est chez les juristes du droit naturel qu'il faut les rechercher.

²⁰⁰ Aussi cité par Dessertine pour sa démonstration, *op.cit.*, p. 23. Jean-Charles Lavie traite de l'indissolubilité du mariage dans son ouvrage politique commentant *La République* de Jean Bodin : *Des Corps politiques et de leurs gouvernements*, Lyon, Pierre Duplain, 1764, 2 volumes.

²⁰¹ Damas, *op.cit.*, p. 8.

²⁰² *Ibid.*, p.16.

²⁰³ Glasson, *op.cit.*, p. 253. Olivier Martin estime aussi que les juristes n'ont pas ébranlé la théorie de l'indissolubilité. Martin, *op.cit.*, p. 25

²⁰⁴ Traer, *op.cit.*, p. 39.

1.3 L'institution matrimoniale en droit naturel

Institution requise par l'ordre de la nature, le mariage a donc ses lois propres qui répondent aux fins de la vie sociale et échappent de ce fait à l'arbitraire des volontés humaines.

Alfred Dufour²⁰⁵

Le mariage remonte au temps de la création pour les catholiques et les protestants et il obéissait alors à des lois bien antérieures à celles des sociétés civiles. Pothier l'a rappelé dans son *Traité du contrat de mariage*, il est le plus ancien de tous les contrats et pourtant, avant même d'être contrat, il était une institution naturelle puisque voulu par Dieu pour la propagation de l'espèce humaine. Ce n'est qu'à la suite de cette « société » établie entre l'homme et la femme que ceux-ci durent faire une convention pour préciser les droits et devoirs de chacun.²⁰⁶

L'idée qu'il existerait des lois naturelles non écrites et immuables puisque indépendantes de la volonté humaine est très ancienne. Thomas d'Aquin théorisait déjà sur le « droit naturel » qui est pour lui un droit essentiellement divin.²⁰⁷ Les lois naturelles qu'il évoque sont en effet des lois divines puisque voulues par le créateur. Les juristes protestants qui travaillèrent à l'interprétation de ce droit primitif tentèrent pour leur part d'affranchir cette philosophie politique de l'influence de l'Église catholique afin de fonder un droit rationnel basé surtout sur les besoins pratiques et non pas seulement sur les écrits bibliques.²⁰⁸

Les théologiens protestants dénoncèrent au XVI^e siècle l'aspect magique qu'avaient pris les dogmes et pratiques catholiques et voulurent renouer avec la pureté du christianisme primitif fondée selon eux sur la raison. Paul Hazard souligne de même que le nouveau droit naturel édifié au XVII^e siècle par le néerlandais Hugo Grotius²⁰⁹ et l'allemand Samuel Pufendorf²¹⁰ niait le surnaturel et se basait essentiellement sur la

²⁰⁵ L'auteur commente dans cet extrait l'idée émise par Samuel Pufendorf que l'homme est naturellement obligé de se marier. Alfred Dufour, *Le mariage dans l'école allemande du Droit naturel moderne au XVIII^e siècle*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1971, p. 226.

²⁰⁶ Lefebvre-Teillard, *op.cit.*, p. 190.

²⁰⁷ Albert Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Éditions A. Pedone, 1968, p. 41.

²⁰⁸ Phillips, *Putting Asunder...*, p. 210.

²⁰⁹ Hugo Grotius (1583-1645) est né en Hollande d'une famille huguenote française. Il est le fondateur du droit international avec son traité sur *Le droit de la Guerre et de la Paix* (1625).

²¹⁰ Samuel Pufendorf (1632-1694) est le fils d'un pasteur luthérien et l'auteur de plusieurs traités sur le droit naturel dont *Le droit de la nature et des gens* (1678). Il reçut la première chaire de droit naturel créée pour lui à Heidelberg en 1670.

raison.²¹¹ Pour Heineccius, juriste du droit naturel au XVIII^e siècle, ce droit est « l'ensemble des lois que Dieu a promulguées au genre humain par la droite raison. »²¹² Ces lois peuvent pourtant être indépendantes de la volonté divine puisque selon Grotius, même si Dieu n'existait pas, les lois naturelles seraient exactement les mêmes car elles sont inscrites dans la nature et s'appliquent alors pareillement à tous les hommes.²¹³ Ce droit naturel s'accorde ainsi à la nature humaine, il est un droit régissant les rapports entre les hommes, non avec Dieu, et est supérieur au droit positif.²¹⁴

Les *jusnaturalistes* furent influencés par un autre concept qui a fortement marqué la pensée moderne : la théorie du contrat social. Cette idée du pacte social établi entre le souverain et son peuple et qui donne naissance à la société civile est également une théorie ancienne.²¹⁵ Les gens vivant originellement dans « l'État de nature » auraient décidé, selon cette théorie, de renoncer à leurs droits primitifs afin que le chef politique protège leurs droits fondamentaux : droit à la vie, à la sécurité, à la propriété.²¹⁶ Pour Thomas Hobbes, il légitime l'absolutisme alors que pour John Locke, il légitime au contraire le droit à la révolte lorsque le souverain ne respecte pas les clauses du contrat. Les juristes du droit naturel étendirent au mariage ce concept contractuel « qui fait dépendre toute autorité de l'homme sur l'homme d'une convention entre les intéressés » et ils développèrent alors « une pensée matrimoniale qui apparaît dans l'ensemble toujours plus modelée sur la théorie générale des contrats et toujours plus pénétrée du principe de l'égalité naturelle de tous les êtres humains. »²¹⁷

Le mariage est en effet le domaine d'étude privilégié des *jusnaturalistes* car il représente pour ceux-ci l'institution typique du droit naturel tout en étant, comme pour les civilistes français, la cellule de base de la société.²¹⁸ Ces juristes, exclusivement protestants, ne le considèrent pas comme un sacrement et l'envisagent donc essentiellement en tant qu'institution et contrat. Ils sont imprégnés de droit romain, mais également de morale chrétienne et pour Gaudemet, leurs pensées sur le mariage ne sont pas tant juridiques que

²¹¹ Paul Hazard, *La pensée européenne au XVIII^e siècle*, Paris, Arthème Fayard, 1963, p. 254.

²¹² *Ibid.*

²¹³ Phillips, *Putting Asunder...*, p. 211.

²¹⁴ Simone Goyard-Fabre, *Philosophie politique. XVI^e-XX^e siècles*, Paris, PUF, 1987, p. 123.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Ces droits varient d'un théoricien à l'autre. Thomas Hobbes met par exemple l'accent sur le droit à la vie alors que John Locke privilégie le droit à la propriété. *Ibid.*, p. 227.

²¹⁷ Dufour, *op.cit.*, p. 429.

²¹⁸ Bologne, *op.cit.*, p. 196.

morales puisqu'ils ont avant tout des « préoccupations éthiques ».²¹⁹ Leur conception du mariage demeure pour la plupart très traditionnelle car il est aussi pour eux une institution divine qui a principalement été édifiée pour la perpétuation de la race humaine.²²⁰

Pour Grotius, le mariage est surtout un fait social, comme chez les Romains, puisqu'il le définit simplement comme étant « la cohabitation de l'homme et de la femme sous la direction du mari. »²²¹ Si le mariage est bien pour Pufendorf une institution de droit naturel, il est surtout un contrat et c'est cet aspect de la définition du mariage qu'adoptèrent principalement les *jusnaturalistes* allemands qui fondèrent une école originale de droit naturel moderne au XVIII^e siècle.²²² La question est alors de savoir si, en tant que contrat, le mariage peut se rompre comme c'est le cas pour toute autre convention, si la logique contractuelle de ces juristes du droit naturel est allée plus loin que celle des civilistes français qui respectèrent toujours la doctrine catholique de l'indissolubilité.

En tant que calviniste, Grotius admet évidemment la rupture du lien conjugal en cas d'adultère et d'abandon, mais contrairement aux théologiens catholiques qui tiennent le mariage comme indissoluble de droit naturel²²³, il n'y a rien pour lui dans ce droit qui oblige l'homme et la femme à demeurer perpétuellement ensemble. S'il admet que la Bible restreint les causes de rupture, il soutient que ce n'est pas un crime en droit naturel de quitter son conjoint lorsque celui-ci a commis une faute grave (infanticide, inceste...).²²⁴ Le fondateur du droit naturel moderne se distancie donc nettement des prescriptions bibliques qui étaient à la base de l'argumentation des réformateurs au XVI^e siècle.

Le luthérien Pufendorf fonde surtout son admission du divorce sur sa conception contractuelle du mariage.²²⁵ L'idée du contrat dissoluble, absente chez Grotius, est en effet l'argument majeur du *jusnaturaliste* allemand pour légitimer le divorce : « ce n'est pas en vertu d'une loi divine purement positive que l'adultère et la désertion malicieuse rompent un mariage ; mais parce que telle est la nature de toutes les conventions que, quand l'une des parties ne tient pas ses engagements, l'autre est entièrement quitte des siens. »²²⁶

²¹⁹ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 339.

²²⁰ *Ibid.*, p. 341.

²²¹ Dufour, *op.cit.*, p. 224.

²²² *Ibid.*, p. 226.

²²³ Les canonistes considéraient en effet que le mariage ne peut remplir ses fins que s'il est indissoluble, mais cette indissolubilité n'est pour eux absolue que lorsque le mariage est devenu un sacrement. Eismein, *op.cit.*, Tome 1, p. 76.

²²⁴ Dufour, *op.cit.*, p. 246.

²²⁵ *Ibid.*, p. 247.

²²⁶ *Ibid.*, p. 248.

Adultère et désertion sont les deux cas de rupture admis par le catéchisme de la Confession d'Augsbourg et Pufendorf croit d'ailleurs qu'un des conjoints doit avoir enfreint une des clauses du contrat pour que la personne lésée, et elle seule, en demande la dissolution. La séparation de corps, institution catholique d'ailleurs, est fortement critiquée par Pufendorf car il lui paraît absolument injuste que le conjoint innocent soit contraint de rester célibataire et donc, qu'il soit lui aussi puni pour le crime de son partenaire.²²⁷

Les théories de Pufendorf et de Grotius furent introduites dans les autres pays occidentaux grâce à leurs traductions en français par Jean Barbeyrac²²⁸, fondateur avec Jean-Jacques Burlamaqui²²⁹ de l'école francophone de droit naturel moderne au XVIII^e siècle.²³⁰ Dans ses commentaires des ouvrages de Pufendorf et également dans ses oeuvres originales, Barbeyrac aborde plus amplement que son maître allemand la question du divorce. Il est tout d'abord à noter que la religion tient une plus grande place dans l'école romande de droit naturel puisque ses fondateurs sont fortement influencés par la morale calviniste genevoise.²³¹ De ce fait, ils sont nettement anti-catholiques et leurs positions en faveur du divorce s'opposent avant tout à la doctrine canonique de l'indissolubilité. Pour Barbeyrac, il n'y a rien de plus erroné que le dogme catholique du sacrement de mariage qui est pour lui un « effet de la superstition et de la tyrannie des Papes. »²³² Il est évident selon lui que Dieu a permis le divorce puisqu'il en règle les modalités dans l'Ancien Testament.

Dans son ouvrage sur les *Devoirs de l'homme et du citoyen*, Barbeyrac pousse encore plus loin que Pufendorf la logique du mariage-contrat puisqu'il ne croit pas seulement qu'un contractant lésé peut demander la dissolution de son mariage, mais également que les deux conjoints sont tout à fait libres de rompre volontairement leur engagement.²³³ Ce volontarisme est un concept du droit romain car à Rome, puisque le mariage se réalisait de par la seule volonté des conjoints, celui-ci se dissolvait de la même façon et ce, sans passer par aucune instance juridique.²³⁴ Barbeyrac n'est pourtant pas influencé que par le droit romain, il est aussi un adepte du *consensualisme* anglais qui fait

²²⁷ *Ibid.*, p. 249.

²²⁸ Jean Barbeyrac (1674-1744) est un huguenot français réfugié en Suisse après la révocation de l'Édit de Nantes. Juriste, il fut entre autres professeur d'histoire et de droit civil à Lausanne.

²²⁹ Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748) est un fils de réfugiés italiens calvinistes. Il fut professeur de droit naturel et de droit civil à Genève.

²³⁰ Alfred Dufour, *Le mariage dans l'école romande du Droit naturel moderne au XVIII^e siècle*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, p. XII.

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.*, p. 60.

²³³ *Ibid.*, p. 24.

²³⁴ Gaudemet, « Droit romain et principes canoniques... », p. 127.

du mariage un contrat comme les autres.²³⁵ Il croit même comme John Locke que les époux sont tout à fait libres de fixer à l'avance la durée de leur contrat.²³⁶ Ce point de vue extrême n'est pas partagé par tous les successeurs de Pufendorf en Allemagne, même s'ils élargissent les causes admises par le premier professeur de droit naturel.

L'aspect contractuel du mariage prend aussi une très grande place chez les *jusnaturalistes* allemands du XVIII^e siècle²³⁷ et ils se préoccupent davantage de la question du divorce que ne l'a fait Pufendorf. Les législateurs Henri et Samuel Cocceji²³⁸ ont une vision très juridique du mariage et ils aboutissent, tout comme Barbeyrac, à la logique du mariage dissoluble d'un commun accord.²³⁹ Dans son *Traité du divorce*, Samuel Cocceji soutient qu'il est évident qu'en droit naturel, le mariage se réalise et se rompt de par la seule volonté des conjoints.²⁴⁰ Il introduisit alors dans le Code Frédéric de 1751 le divorce par consentement mutuel, élargissant ainsi les causes de divorce jusqu'alors admises dans les États prussiens luthériens.²⁴¹

Les deux principaux représentants de cette école allemande de droit naturel, Christian Thomasius et Christian Wolff²⁴², insistent également sur le fait que le mariage est un contrat, mais ils ont chacun une idée différente de ce concept. Tout comme chez les empiristes anglais, le mariage est pour Thomasius essentiellement un contrat civil, mais c'est surtout de sa vision du mariage qu'il tire son argumentation en faveur du divorce. L'unique fonction du lien matrimonial étant pour lui la procréation, il considère que la convention peut être résiliée lorsque ce but du contrat a été accompli.²⁴³ Le juriste de Leipzig est en fait le seul à avoir une vision aussi utilitariste du mariage qui l'amène même

²³⁵ Pour Thomas Hobbes et John Locke, le mariage est un simple contrat civil au même titre que n'importe quel autre contrat et les époux ont exactement les mêmes libertés que dans les autres conventions. Dufour, *Le mariage dans l'école romande...*, p. 45.

²³⁶ John Locke a traité de la question du mariage dans son ouvrage *Deux traités du gouvernement civil* (1690), *Ibid.*

²³⁷ Il n'y a qu'Heineccius (1681-1741), professeur à l'Université de Halle, qui ne considère pas que le mariage soit un contrat et qui rappelle qu'il ne l'était pas non plus en droit romain contrairement à ce que croient plusieurs juristes du droit naturel : « Le mariage n'est pas un contrat, car celui-ci porte sur les choses qui sont dans le commerce. » Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 342.

²³⁸ Henri Cocceji (1644-1719) fut professeur de droit naturel à Heidelberg et à Francfort-sur-l'Oder. Samuel Cocceji (1679-1755), est le fils du précédent et fut aussi professeur de droit naturel à Francfort, mais fut vite appelé à la Haute Cour d'appel de Berlin et devint par la suite ministre de la justice et chancelier du roi de Prusse. Il s'occupa de la réforme de la loi du mariage dans les états prussiens.

²³⁹ Phillips, *Putting Asunder...*, p. 215.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ Il fut d'ailleurs cité en exemple par Hennet dans son traité en faveur du divorce. Hennet, *op.cit.*, p.IX.

²⁴² Christian Thomasius (1655-1728) est originaire de Leipzig, où Pufendorf fit ses études en théologie. Il écrivit plusieurs traités sur le droit naturel. Christian Wolff (1679-1754) est un mathématicien qui s'intéressa à la philosophie naturelle qu'il enseigna à Halle à partir de 1706.

²⁴³ Dufour, *Le mariage dans l'école allemande...*, p. 315.

à estimer, contrairement aux autres juristes du droit naturel qui sont très moralistes, qu'il n'y a aucun autre devoir exigé par le contrat.²⁴⁴ Il croit aussi que les époux sont libres de fixer la durée de leur union et il est, comme la majorité des *jusnaturalistes*, fortement opposé à la séparation de corps.²⁴⁵

Wolff a au contraire une vision très éthique de l'institution du mariage et il admet difficilement le divorce. Pour ce juriste, le mariage est surtout une institution divine très complexe et il croit même que le divorce est interdit par la loi naturelle « tant que l'éducation des enfants n'est pas achevée. »²⁴⁶ L'intérêt pour le sort des enfants prend une ampleur nouvelle au XVIII^e siècle et Wolff a grandement contribué à introduire ce souci des enfants dans le droit moderne.²⁴⁷ Il s'intéresse tout particulièrement à leur éducation, comme Rousseau et la plupart des intellectuels français de la seconde moitié du siècle²⁴⁸, et pour cette raison, il admet tout de même le divorce lorsque les parents vivent en si grande inimitié qu'ils peuvent être un mauvais exemple pour les enfants. Quant aux couples qui n'ont pas d'enfant, ils sont libres selon lui de se séparer car la procréation est également pour Wolff un des principaux buts du mariage.²⁴⁹

Burlamaqui a énormément contribué à faire connaître les travaux de l'école allemande de droit naturel moderne dans le reste de l'Europe et il a également rédigé un traité *jusnaturaliste* plus personnel, *Principes du Droit naturel*.²⁵⁰ Calviniste et anti-catholique, tout comme Barbeyrac, Burlamaqui a une vision très laïque du mariage. Il considère en effet que cette institution civile n'a pas du tout à être gérée par des ecclésiastiques et il croit que faire du mariage un symbole mystique est une absurdité qui fait fi des réalités et des erreurs humaines.²⁵¹

Si la procréation est pour lui aussi un des buts premiers du mariage, le juriste genevois insiste davantage sur le bonheur que doit procurer cette institution.²⁵² Acte civil,

²⁴⁴ Il affirme que le contrat de mariage est un prêt que les deux époux font de leur corps et qu'ils ne sont alors obligés à rien d'autre qu'au devoir conjugal, la fidélité n'étant donc pas exigée contrairement à ce que prescrit la morale chrétienne. Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 340.

²⁴⁵ Dufour, *Le mariage dans l'école allemande...*, p. 316.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 384.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Hazard, *op.cit.*, p. 190.

²⁴⁹ Dufour, *Le mariage dans l'école allemande...*, p. 385.

²⁵⁰ Paru à Genève en 1747, il a également été publié à Lausanne en 1783 sous le titre *Éléments du droit naturel* qui est la version que nous avons consultée.

²⁵¹ Jean-Jacques Burlamaqui, *Éléments du droit naturel*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1981[1783], p. 279.

²⁵² Paul Hoffmann souligne que cette importance accordée au bonheur conjugal est une idée typiquement protestante. La doctrine protestante ne considère en effet pas seulement le mariage comme une institution

le mariage est en effet surtout pour lui une « société d'un homme & d'une femme qui s'engagent à s'aimer, à se secourir, & qui se promettent réciproquement leurs faveurs dans la vue d'avoir des enfants, & de les élever d'une manière convenable à la nature de l'homme, à l'avantage de la famille et au bien de la société. »²⁵³ Dans cette étude sur le mariage en droit naturel, il est bien sûr amené à se questionner sur la durée de l'union entre l'homme et la femme. S'il croit que le mariage doit se maintenir le plus longtemps possible, principalement à cause de l'éducation que les parents doivent assurer à leurs enfants, il estime que le droit naturel permet le divorce. Il reconnaît ainsi les causes traditionnelles de divorce de la théologie calviniste, mais également celles admises par les autres juristes du droit naturel : manquement à une clause essentielle du contrat, incompatibilité d'humeur qui rend les enfants malheureux. S'il convient que l'Évangile est muet sur ces raisons, il ne pense pas qu'elles peuvent lui faire tort et croit, comme Grotius, qu'elles sont de toute façon admissibles en droit naturel.²⁵⁴

Les *jusnaturalistes* furent les premiers après les humanistes et les réformateurs à critiquer aussi vivement la doctrine catholique du mariage perpétuel. De plus, ils développèrent des théories tout à fait nouvelles puisqu'ils se détachèrent de l'argumentation théologique employée par les partisans du divorce au XVI^e siècle.²⁵⁵ Pour Phillips, cette sécularisation des doctrines sur le divorce ouvrit une nouvelle phase dans le développement des idées sur cette question et dans la lente laïcisation du mariage en Occident.²⁵⁶ Jacques Bouineau considère pour sa part que la loi sur le divorce en France est le résultat d'une lente évolution des intellections sur le mariage qui a été inaugurée par les réformateurs, puis affinée par les théoriciens du droit naturel.²⁵⁷

La question est de savoir si ces travaux *jusnaturalistes* ont été reçus en France et donc, s'ils ont pu influencer les intellectuels français des *Lumières* dans leur façon d'envisager le mariage tel qu'il se pratiquait chez eux. Georges Gusdorf croit que les travaux des *jusnaturalistes* allemands du XVIII^e siècle ont été inconnus en France à cause de l'ignorance de la langue, mais Marcel Thomann estime que les théories du droit naturel

physique, mais surtout comme « un accord des cœurs », une entente réciproque entre les conjoints. Paul Hoffmann, *La femme dans la pensée des Lumières*, Paris, Éditions Ophrys, 1977, p. 261.

²⁵³ Burlamaqui, *op.cit.*, p. 285.

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 289-294.

²⁵⁵ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 342.

²⁵⁶ Phillips, *Putting Asunder...* p. 210.

²⁵⁷ Bouineau, *loc.cit.*, p. 309.

ont imprégné la pensée française de deux façons : par les traductions en français des travaux de Grotius et de Pufendorf de même que par les oeuvres originales de Barbeyrac et Burlamaqui, puis par l'intérêt des intellectuels français pour les philosophes anglais et leurs théories contractuelles.²⁵⁸

Le droit français s'intéressa très tard au droit naturel moderne puisque ce ne fut qu'en 1774 qu'une chaire de droit naturel vit le jour au Collège de France, un siècle après la première chaire allemande.²⁵⁹ Les lettrés adhéraient par contre depuis longtemps aux idées sur le droit naturel et la nature humaine puisque Hazard affirme que le concept de nature est une des idées maîtresses du siècle²⁶⁰, ce qu'a d'ailleurs démontré Jean Ehrard dans sa thèse sur *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIII^e siècle*.²⁶¹ Il est évident pour Paul Hoffmann que la majorité des arguments utilisés par les partisans du divorce au XVIII^e siècle sont les mêmes que ceux avancés par les juristes du droit naturel.²⁶² Dans quelle mesure cette opinion est-elle légitime et quelle ampleur a pu prendre la critique du mariage indissoluble reprise par les intellectuels français des *Lumières*? C'est ce que nous avons tenté de dégager dans les chapitres suivants.

²⁵⁸ Marcel Thomann, « Droit naturel et Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 » dans *La Révolution et l'ordre juridique privé.....*, p. 67. La pensée de Grotius a aussi été tirée de cet article.

²⁵⁹ Dufour, *Le mariage dans l'école romande....*, p.XII. Hazard donne par contre la date de 1771 pour cette première chaire française. Hazard, *op.cit.*, p. 148.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 110.

²⁶¹ Jean Ehrard, *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIII^e siècle*, Genève, Slatkine Reprints, 1981 [1963], 861 pages.

²⁶² Hoffmann, *op.cit.*, p. 281. C'est aussi l'avis de Bologne qui voit une influence de l'école allemande de droit naturel dans l'argumentation des intellectuels français en faveur du divorce au XVIII^e siècle. Bologne, *op.cit.*, p. 196. Olivier Martin fit par ailleurs un rapprochement entre les théories naturalistes de Pufendorf et Barbeyrac et les positions *divorciaires* car il estime que les philosophes français étaient « très partisans de la science étrangère et surtout anglaise. » Martin, *op.cit.*, p. 55.

Chapitre 2

La controverse sur le mariage indissoluble en France au temps des philosophes

Le mariage est un contrat du droit des gens,
dont les catholiques romains ont fait un
sacrement.

Voltaire²⁶³

Cette ironie de Voltaire annonce selon Gaudemet le texte de la Constitution de 1791 qui ne reconnaît plus le mariage que comme contrat civil.²⁶⁴ Cette définition du mariage donnée par le philosophe de Ferney reflète sans doute l'influence des théories sur le mariage en droit naturel exercée chez les intellectuels des *Lumières*. Le mariage n'est pourtant pas qu'un concept juridique, il est aussi et surtout un fait vécu. Pendant que civilistes, canonistes et intellectuels cherchent à définir ce qu'est cette institution, les couples français, eux, en connaissent les effets. Ceux-ci ne sont d'ailleurs pas qu'agréables et il semble au contraire qu'on ait eu au XVIII^e siècle une vision assez pessimiste de la vie maritale. C'est cette conception sociale du mariage au siècle des Lumières que nous avons tout d'abord voulu saisir avant de connaître les idées exprimées par les principaux philosophes français sur la façon d'y mettre un terme.

2.1 Vers une déconsidération du mariage au XVIII^e siècle ?

S'il étoit encore permis [le divorce], peu de gens de
la cour quitteroient leurs femmes, parce que la
manière dont on vit est une espèce de divorce
continuel.

Charles Duclos²⁶⁵

Le siècle de Louis XV, le siècle des *Lumières* comme on le qualifie généralement, était surtout vu, par les bourgeois puritains du XIX^e siècle, comme celui du libertinage, non pas de la pensée, mais des mœurs. Débauches, adultères, perversités sont bien les témoignages du temps laissés par les romans de Crébillon décrivant les tactiques du libertin menées à leur paroxysme dans le roman épistolaire de Choderlos de Laclos, de même que

²⁶³ François Marie Arouet dit Voltaire, *Dictionnaire philosophique dans Oeuvres complètes*, Tome 42, Basle, Imprimerie Jean-Jacques Tourneson. 1786 [1764], p. 16.

²⁶⁴ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 343.

²⁶⁵ Charles Duclos, *Mémoire sur les mœurs dans Oeuvres complètes*, Tome second, Genève, Slatkine Reprints, 1968 [1751], p. 475. Charles Duclos (1704-1772) était membre de l'Académie française, observateur des mœurs du XVIII^e siècle et lui-même libertin. Son ouvrage le plus connu est *Les considérations sur les mœurs de ce siècle (1751)* qui a été souvent réédité.

par ceux de l'abbé Prévost, de Sade, surtout, dont l'imagination nous étonne encore, et de combien d'autres romans licencieux qui circulèrent au XVIII^e siècle.²⁶⁶ Dans les dernières années de la Régence, la mère de l'hédoniste Philippe d'Orléans, la Princesse palatine, écrit : « Il n'est pas de mode d'aimer sa femme en ce pays-ci (...), parmi les gens de qualité, je ne connais pas un seul couple qui s'aime et se soit fidèle. »²⁶⁷ Un autre allemand naturalisé français, le baron d'Holbach²⁶⁸, qualifie la société française de la seconde moitié du siècle de « nation corrompue où l'infidélité est traitée de bagatelle ». ²⁶⁹ Les tableaux des mœurs de l'époque dressés entre autres par Nicolas de Chamfort²⁷⁰ et Louis Sébastien Mercier²⁷¹ ne sont guère plus flatteurs.²⁷²

En fait, comme ironise Charles Duclos, la plupart des époux de la haute société ne se voyaient pratiquement jamais puisqu'ils avaient bien souvent leurs propres appartements et leur propre société, quand ils n'étaient pas carrément séparés de fait.²⁷³ Il semble, d'après l'étude de Lottin sur les désunions à Cambrai, qu'il y ait eu en effet une montée des demandes en séparation de corps dans la seconde moitié du XVIII^e siècle.²⁷⁴ Ce phénomène

²⁶⁶ Voir l'étude de Jean-Marie Goulemot pour connaître l'ampleur de la littérature libertine au XVIII^e siècle. Jean-Marie Goulemot. *Ces livres qu'on ne lit que d'une main*, Aix-en-Provence, Alinéa, 1991, pp. 23-42.

²⁶⁷ Élisabeth Charlotte du Palatinat (1652-1722) était la femme de Philippe I^{er} d'Orléans, frère de Louis XIV. Ce commentaire se trouve dans une lettre envoyée par elle à sa famille en 1721. Citée dans Marie-Claude Khettry, *L'évolution de la conception de l'amour conjugal dans la comédie française de Molière à Beaumarchais*. Thèse de Doctorat (Philosophie), Université de Toronto, 1977, p. 47.

²⁶⁸ Paul-Henry Thiry, baron d'Holbach (1723-1789) est né au Palatinat et a passé la majeure partie de sa vie à Paris. Il est un philosophe matérialiste, un scientifique et un traducteur de Thomas Hobbes en français.

²⁶⁹ Paul-Henry Thiry baron d'Holbach. *Système social ou principes naturels de la morale et de la politique avec un examen de l'influence du gouvernement sur les mœurs*, Tome 1, Hildesheim, Georg Olms, 1973 [1773], p. 124.

²⁷⁰ Nicolas de Chamfort (1740-1794) fut un critique virulent de la société de son temps, de même qu'un célibataire endurci.

²⁷¹ Louis Sébastien Mercier (1740-1814) fut un journaliste, un romancier, un essayiste et un auteur dramatique très prolifique. Il est l'auteur, entre autres, de *L'an 2440*, mais fut surtout connu comme historien de Paris avec ses *Tableaux de Paris*.

²⁷² La citation de Chamfort la plus utilisée par les historiens est d'ailleurs sa définition de l'amour : « L'amour, tel qu'il existe dans la société, n'est que l'échange de deux fantaisies et le contact de deux épidermes. » Sébastien-Roch-Nicolas de Chamfort, « Maximes et pensées » dans *Oeuvres complètes*, Tome II, Genève, Slatkine Reprints, 1968, p. 413. On retrouve presque le même propos chez Louis-Sébastien Mercier : « L'amour proprement dit n'est donc plus à Paris, si nous osons l'avouer, qu'un libertinage mitigé, qui ne soumet que nos sens (...) » Louis-Sébastien Mercier, *Tableau de Paris*, Tome I, Genève, Slatkine Reprints, 1979 [1782], p. 148.

²⁷³ C'est ce que déplore un célibataire dans un ouvrage anonyme paru en 1784 sous le titre *Réflexions d'un célibataire* : « Chacun vit de son côté, à sa société, et quelquefois sa maison. Les séparations volontaires sont fort communes ; et l'on trouve plus facile de renoncer à se voir, que de se contraindre un peu pour vivre ensemble ». Cité par Ronsin, *op.cit.*, p. 20.

²⁷⁴ Lottin, *op.cit.*, p. 114. Ce fait est aussi souligné par Jacques Solé qui affirme qu'au XVIII^e siècle, la société ne pouvait plus empêcher les séparations. Jacques Solé, *L'amour en Occident*, Paris, Albin Michel, 1976, p. 56. Voir aussi les procès en séparations de corps les plus célèbres du siècle dans Isabelle Vissière prés. *Procès de femmes au temps des philosophes*, Paris, Des Femmes, 1985, 401 pages. Isabelle Vissière, qui présente ces procès, note également que ceux-ci se multiplièrent à la veille de la Révolution. *Ibid.*, p. 13.

n'a pas échappé à l'observateur des mœurs qu'est Duclos et celui-ci estime même qu'il y avait alors « plus de séparations qu'il n'y a eut autrefois de divorces. »²⁷⁵ Ce qui choque d'ailleurs grandement le casuiste Bourdaloue qui voit « ces séparations devenues si ordinaires » comme la honte de son siècle.²⁷⁶ L'avocat Pierre Jacques Brillon critique également cette montée des séparations d'habitation dans son *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des parlements de France* : « Il semble que le mariage n'ait plus pour apanage cette indissolubilité et cette union indispensable qui en faisaient autrefois l'honneur et l'agrément ».²⁷⁷ Le devoir de cohabitation qu'implique le sacrement de mariage n'était en effet de cette façon plus respecté.

Le démographe Moheau qui traite de l'importance du mariage pour l'État français ne parle pas en termes bien réjouissants de cette institution : « Le premier devoir du citoyen est de *subir le joug* du mariage ».²⁷⁸ On retrouve aussi ce pessimisme dans la définition du mariage telle que donnée par les dictionnaires de l'époque et celui qui offre la vision la plus sombre du lien conjugal est sans aucun doute le dictionnaire des Jésuites.²⁷⁹ À la suite de la définition du mariage du *Dictionnaire de Trévoux* se trouve en effet une série de commentaires négatifs émis par des écrivains français : « St.Ev. Le mariage est un lien fatal à notre liberté ; se mettre dans les liens et les chaînes du mariage ; Ch. d'H. Les engagements du mariage m'effrayent, s'il n'est pas heureux l'on est réduit à attendre que la mort vienne à pas trop tardifs rompre et briser sa chaîne. »²⁸⁰

Le thème favori des pièces de théâtre du XVIII^e siècle est d'ailleurs le portrait de ménages malheureux et l'ironie sur la vie de couple.²⁸¹ Le mariage est aussi la cible préférée des railleries de Chamfort qui y consacre bon nombre de ses maximes.²⁸² L'énoncé

²⁷⁵ Duclos, *op.cit.*, p. 475.

²⁷⁶ Bourdaloue, *Sermon sur l'état de mariage*. Cité par Bologne, *op.cit.*, p. 261.

²⁷⁷ Pierre Jacques Brillon, « Séparation des conjoints » dans *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des parlements de Paris*, Tome 6, Lyon, 1783, p. 126.

²⁷⁸ Moheau, *Recherches et considérations sur la population de la France*, Paris, Librairie Paul Geuthner, 1912 [1778], p. 19. Moheau passe pour le précurseur de la démographie moderne. On attribue parfois ce traité à un certain Montyon qui a probablement dû collaborer à l'ouvrage. Dupâquier, *Histoire de la population française. 2-De la Renaissance à 1789*, Paris, PUF, 1988, p. 531.

²⁷⁹ Dessertine, *op.cit.*, p. 15.

²⁸⁰ « Mariage » dans *Dictionnaire universel François et Latin...*, 1752, Tome IV, p. 269.

²⁸¹ Le thème de la formation du couple et de la vie conjugale dans les pièces de théâtre françaises a été excellemment étudié par Khettry dans sa thèse. Khettry, *op.cit.* Ronsin souligne à juste titre que les moqueries sur le mariage font partie de la tradition littéraire française et ne sont donc pas propres au XVIII^e siècle. Ronsin, *op.cit.*, p. 20.

²⁸² Quelques exemples : « Une des meilleures raisons qu'on puisse avoir de ne se marier jamais, c'est qu'on n'est pas tout à fait la dupe d'une femme tant qu'elle n'est pas la vôtre; Le mariage et le célibat ont deux inconvénients, il faut préférer celui dont les inconvénients ne sont pas sans remède; On disait à

le plus significatif sur sa vision du mariage est sans doute cette petite conversation entre un homme et sa femme imaginée par lui : « Vous baillez ! disoit une femme à son mari. Ma chère amie, lui dit celui-ci, le mari et la femme ne sont qu'un, et quand je suis seul, je m'ennuie ». ²⁸³ Dessertine estime que la plupart croyaient que tous les mariages ou presque sont décevants et ennuyeux. ²⁸⁴ Ce qu'écrivit Mlle de Lespinasse dans une de ses lettres est en tout cas très révélateur de l'idée du mariage que pouvait se faire une intellectuelle célibataire au XVIII^e siècle : « Le mariage est un véritable éteignoir de tout ce qui est grand et qui peut avoir de l'éclat. » ²⁸⁵ Les philosophes ne véhiculent guère une vision plus optimiste de la vie maritale. Pour Claude-Adrien Helvétius ²⁸⁶, il « ne présente souvent que le tableau de deux infortunés unis ensemble pour faire réciproquement leur mal-heur. » ²⁸⁷ Diderot, malheureux en ménage, exprime sans doute sa propre déception lorsqu'il fait dire au roi congolais des *Bijoux indiscrets* : « Dans notre monde, rien n'est plus conforme aux lois qu'un mariage ; et rien n'est plus souvent contraire au bonheur et à la raison. » ²⁸⁸

Peut-on alors parler de déconsidération du mariage au siècle des *Lumières*? Le mariage n'a en fait jamais été valorisé en Occident puisque Bologne note que la supériorité de la virginité sur le mariage dans la morale catholique est en fait une idée antique que prônaient tout particulièrement les stoïciens. ²⁸⁹ Le lien conjugal n'a jamais eu bonne réputation et Maurice Daumas croit que cette dévalorisation du mariage vient de l'image

M...académicien : Vous vous marierez quelque jour ! Il répondit : J'ai tant plaisanté l'Académie et j'en suis. J'ai toujours peur qu'il m'arrive la même chose pour le mariage. » Chamfort, *op.cit.*, p. 99.

²⁸³ *Ibid.*, p. 59. Référence sans doute aux textes juridiques de l'époque. Pothier précise en effet dans son *Traité de la puissance maritale* que « les époux doivent se regarder comme n'étant en quelque façon qu'une même personne. » Cité dans Léon Abensour, *op.cit.*, p. 7.

²⁸⁴ Dessertine, *op.cit.*, p.15. Évelyne Sullerot remarque également ce pessimisme dans la presse féminine en gestation au XVIII^e siècle. Le mariage y est en effet décrit comme un état extrêmement lassant. Évelyne Sullerot, *Histoire de la presse féminine en France des origines à 1848*, Paris, Armand Colin, 1966, p. 26.

²⁸⁵ Lettre de Julie de Lespinasse (1732-1776) à M. de Guibert datée du 23 octobre 1774. Pierre Oster dir., *Dictionnaire des citations françaises*, Paris, Le Robert, 1978, p. 621.

²⁸⁶ Claude-Adrien Helvétius (1715-1771), philosophe matérialiste dont l'ouvrage *De l'Esprit* (1758) fit un grand scandale car il fut d'abord accepté par la censure qui ne l'avait pas lu et par la suite condamné au feu par le Parlement.

²⁸⁷ Claude-Adrien Helvétius, *De l'Homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation*, Tome 2, Paris, Fayard, 1988 [1772], p. 736.

²⁸⁸ Denis Diderot, *Les Bijoux indiscrets*, Paris, Gallimard, 1981[1748], p.100. Roman libertin dans lequel un anneau réussit à faire parler le sexe des femmes afin d'en connaître les aventures et les réflexions.

²⁸⁹ Bologne, *op.cit.*, p. 80. Montaigne, qui était un adepte de la morale stoïcienne, n'a pas qu'une vision moralisatrice des rapports conjugaux, il est également très caustique avec l'institution même : « Il advient du mariage ce qui se voit aux cages : les oiseaux qui en sont hors désespèrent d'y entrer ; et d'un pareil soin en sortir ceux qui sont au-dedans. » Montaigne, *op.cit.*, p. 938.

négative qu'on avait alors des femmes.²⁹⁰ Les proverbes populaires qui traitent du mariage montrent par ailleurs que ce pessimisme était assez général.²⁹¹ Dominique Godineau souligne que la vie maritale était alors vue comme une lutte constante, une guerre entre l'homme et la femme pour la conquête de l'autorité²⁹² et ce petit dialogue tiré du *Paysan parvenu* de Marivaux montre que cette idée est toujours présente dans la première moitié du XVIII^e siècle : « Est-ce si difficile de se brouiller avec sa femme ? Être son mari, n'est-ce pas avoir déjà un procès tout établi contre elle ? Tout mari est plaideur, Monsieur, ou il se défend, ou il attaque. »²⁹³

Dessertine considère que la principale raison de cette dépréciation est la façon dont les mariages se formaient à l'Époque moderne.²⁹⁴ Nous avons déjà souligné le fait que ceux-ci s'établissaient avant tout pour des raisons d'intérêt et que l'inclination des époux était donc très peu prise en considération.²⁹⁵ Le scribe Pierre Prion énonce bien que l'institution matrimoniale était avant tout utile à la société : « Le mariage doit être regardé comme un lien pour empêcher la confusion et régler les successions ». ²⁹⁶ Il fut surtout, pour les milieux populaires, « une association économique pour vivre moins mal »²⁹⁷ et les mariages des gens aisés furent de même, comme l'écrit Ch. D'H cité par *Le Dictionnaire de Trévoux*, « des unions de politique plutôt que de sympathie. »²⁹⁸ La multiplication au XVIII^e siècle des attaques contre le mariage que dénote Ronsin vient sans doute du fait qu'il y a à ce moment une « course aux alliances », comme l'exprime Bologne, de même qu'une montée des mariages d'argent.²⁹⁹ Les gens du XVIII^e siècle semblent en effet être

²⁹⁰ Celles-ci étaient en effet considérées comme des inconstantes et, selon Maurice Daumas, les hommes devaient « se garder le mieux possible de [leur] influence déstabilisante, éventuellement en refusant le mariage. » Maurice Daumas, *La tendresse amoureuse. XVI^e-XVIII^e siècles*, Paris, Perrin, 1996, p. 163.

²⁹¹ Un proverbe auvergnat dit par exemple : « homme mal marié, il vaudrait mieux qu'il fût noyé ». Autres exemples de ce type de maxime : « Nul ne se marie qui ne s'en repente; Le jour où l'on se marie est le lendemain du bon temps. » Jean-Yves Dournon, *Le dictionnaire des proverbes et dictons de France*, Paris, Hachette, 1986, p. 163. Flandrin a bien démontré l'image négative de l'amour véhiculée dans les proverbes dialectaux. Flandrin, *op.cit.*, pp. 89-91.

²⁹² Dominique Godineau, « La femme » dans Michel Vovelle dir., *L'homme des Lumières*, Paris, Seuil, 1996, p. 438.

²⁹³ Pierre Carlet de Chamblain de Marivaux, *Le paysan parvenu*, Paris, Bordas, 1992 [1734-35], p. 191.

²⁹⁴ Dessertine, *op.cit.*, p. 15.

²⁹⁵ L'étude de Khettry montre la lutte entre des enfants amoureux et des parents ambitieux qui refusent un mariage d'inclination. Khettry, *op.cit.*

²⁹⁶ Orest Ranum et Emmanuel Le Roy Ladurie, prés. Pierre Prion, *Scribe. Mémoire d'un écrivain de campagne au XVIII^e siècle*, Paris, Gallimard-Julliard, 1985, p. 137.

²⁹⁷ Pierre Chaunu, *La civilisation de l'Europe des Lumières*, Paris, Flammarion, 1982, p. 88.

²⁹⁸ *Dictionnaire universel français et latin, op.cit.*, 1704. [s.p]

²⁹⁹ Bologne, *op.cit.*, p.238. Ceci s'explique par la place grandissante que prennent les bourgeois dans la société française de l'époque et par l'endettement des nobles qui les oblige de plus en plus à se mésallier avec de riches roturiers.

devenus plus matérialistes et Khettry remarque dans les pièces de théâtre de l'époque une plus grande importance accordée à l'argent lors de la formation des unions matrimoniales et ce, au risque de se mésallier et de perdre son honneur.³⁰⁰ Évelyne Sullerot estime pour sa part que le relâchement des mœurs sexuelles au XVIII^e siècle a fortement contribué à dénigrer le mariage dans la presse féminine alors en gestation.³⁰¹

Et l'amour ? On pense qu'il peut naître après le mariage, mais en fait, comme l'exprime Étienne Pivert de Senancour, « faire consister la force du mariage dans l'amour, c'est aller jusqu'à méconnaître l'esprit de cette institution. »³⁰² Amour et mariage ne vont de toute façon pas ensemble depuis l'édification de l'amour courtois et Ariès a bien montré cette dissociation entre l'amour « dans » le mariage et celui « hors » du mariage qui a une longue tradition en Occident.³⁰³ Khettry relève que l'amour conjugal était considéré comme ridicule, honteux par les nobles des XVII^e et XVIII^e siècles et ce rejet de l'amour chez les élites s'explique selon elle par les besoins de la vie de cour.³⁰⁴ La contrainte de se lier par intérêt explique sans doute l'éloignement des époux, mais Khettry, qui se base sur les travaux de Norbert Elias, croit que ces séparations s'expliquent de par les fonctions attribuées à chacun dans cette société de cour :

Pour être variée, divertissante, la société a besoin du concours de ses membres. Il lui importait de décourager et empêcher les sentiments profonds comme l'amour et la fidélité car cela aurait abouti à créer des cellules conjugales et familiales indépendantes qui se seraient suffi à elles-mêmes pour faire leur bonheur, mais qui, étant par essence peu sociables, n'auraient pas favorisé la vie mondaine.³⁰⁵

Les contemporains étaient déjà conscients de ce phénomène puisque dans *Les Lettres persanes*, Usbek remarque qu'à Paris, « un homme qui voudrait seul posséder sa femme serait regardé comme un perturbateur de la joie publique et comme un insensé qui

³⁰⁰ Khettry, *op.cit.* Elle note que l'argent ne devient pas seulement important pour les parents, mais également pour les époux. Mme de Sévigné écrivait qu'il « fallait bien de temps en temps du fumier sur les meilleures terres. » Citée par Lebrun, *op.cit.*, p. 23.

³⁰¹ Sullerot, *op.cit.*, p. 15.

³⁰² Étienne Pivert de Senancour (1770-1846) est en fait un écrivain du XIX^e siècle, mais cette expression décrit exactement la vision du mariage au siècle précédent.

³⁰³ Philippe Ariès, « L'amour dans le mariage », *Communications*, vol. 35 (1982), pp. 116-122. Il était en effet recommandé d'aimer modérément sa femme car on n'agit pas avec celle-ci comme avec une putain. Pour Saint Jérôme, c'est être aussi adultère que d'aimer trop sa conjointe. *Ibid.*

³⁰⁴ Khettry, *op.cit.* Cette dérision de l'amour chez les élites a aussi été relevée par Philip Stewart, *Le masque et la Parole. Le langage de l'amour au XVIII^e siècle*, Paris, Librairie José Conti, 1973, p.17. Rémond de Saint-Mard écrit ainsi dans ses *Lettres galantes et philosophiques* : « Le marquis de ***, Madame, est insupportable : il caresse toujours sa femme devant le monde ; il a toujours quelque chose à lui dire, enfin vous diriez un amant ; et ce qui me désespère, c'est qu'il s'attire là un ridicule infini. » *Ibid.*, p. 17.

³⁰⁵ Khettry, *op.cit.*, p. 51.

voudrait jouir de la lumière du soleil à l'exclusion des autres hommes ».³⁰⁶ Le moraliste Toussaint condamne ce « préjugé à la mode »³⁰⁷ qui oblige le mari aimant sa femme à cacher ce sentiment afin de ne pas s'attirer les moqueries des autres couples.³⁰⁸ Helvétius qui aimait sa femme et l'exprime abondamment dans sa correspondance avec elle lui écrit :

Ne vas vraiment pas montrer ma lettre à personne. Oh ! le bon mary, diroit-ton, qui plaint sa femme de ce qui fait ordinairement la joie de tant d'autres et qui s'imagine que sa présence est si nécessaire au bonheur de son épouse (...) Tu vois que ton mari parle encore comme ton amant, voilà vraiment du fruit nouveau pour le siècle.³⁰⁹

Tout comme Toussaint, le baron d'Holbach dénonce cette sottise : « La corruption est telle dans quelques nations, que la tendresse conjugale y est regardée comme une chose ignoble, méprisable, du mauvais ton ».³¹⁰ On pourrait aussi ajouter « du dernier bourgeois » car on croyait alors que c'étaient les bourgeois qui devaient s'aimer et non pas les nobles.³¹¹ Certains auteurs, loin de mépriser un tel sentiment existant dans la bourgeoisie, s'en consolent. La princesse palatine souligne ainsi que « parmi les gens du commun, il est vrai, l'on trouve encore des hommes qui aiment leur femmes. »³¹² et Mercier trouve dans le second ordre de la bourgeoisie des « femmes respectables qui sont attachées à leur mari. »³¹³ Marie-Laure Swiderski croit que dans les années 1750, il y eut une réaction bourgeoise contre le libertinage aristocratique qui contribua du même coup à revaloriser le mariage et la famille.³¹⁴ Robert Mauzi, qui a étudié l'importance grandissante accordée au bonheur au XVIII^e siècle, remarque que « le bonheur du bourgeois n'est pas ailleurs qu'en

³⁰⁶ Charles-Louis de Secondat baron de Montesquieu, « Lettre LV », *Les lettres persanes*, Paris, Les Belles-Lettres, 1961 [1721], p. 199. Usbek souligne également qu'un homme qui aime sa femme « est un homme qui n'a pas assez de mérite pour se faire aimer d'une autre. » *Ibid.*

³⁰⁷ D'après le titre d'une pièce de Nivelles de la Chaussée (1725) qui raconte les malheurs d'un homme qui aime sa femme et qui est obligé de s'en cacher devant la société. Stewart, *op.cit.*, p. 17.

³⁰⁸ François Vincent Toussaint. *Les Mœurs*, Oxford, Isaac Van der Leek, 1748, p. 358.

³⁰⁹ Claude Adrien Helvétius. « Lettre 186 » dans *Correspondance générale d'Helvétius*, Vol. 1 : 1737-1756, Toronto, University of Toronto Press, 1981, p. 292. Diderot écrit de même à sa fille qui vient de se marier : « Quant aux témoignages secrets de votre tendresse, gardez-les pour la solitude de votre maison : c'est ainsi que vous éviterez le ridicule, les observations malignes et les propos malhonnêtes. » Cité par Khettry, *op.cit.*, p. 57.

³¹⁰ Holbach, *op.cit.*, p. 127.

³¹¹ L'abbé Gabriel Coyer (1707-1782) écrit à une dame anglaise : « Il y a six mois que le sacrement vous lie, et vous aimez encore votre mari ! Votre marchande de mode a le même faible pour le sien, mais vous êtes Marquise. » Cité par Khettry, *op.cit.*, p.58.

³¹² *Ibid.*

³¹³ Mercier, *op.cit.*, Tome III, p. 155.

³¹⁴ Marie-Laure Swiderski. « L'amour interdit ou la femme entre nature et condition féminines » dans *Aimer en France 1760-1860*, *op.cit.*, p. 150. Gaudemet affirme que l'exemple de l'amoureux et fidèle Louis XVI a sans aucun doute « restauré la morale conjugale », bafouée sous le règne libertin de Louis XV. Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 344.

sa maison »³¹⁵ et le bourgeois Jean-Jacques Rousseau ne voit la félicité que dans l'amour de deux époux et dans la vie familiale éloignée de toutes les mondanités.³¹⁶

On commence en effet, dans la seconde moitié du siècle, à accorder plus d'importance à l'amour conjugal et selon Flandrin, cette mode serait venue de l'Angleterre protestante qui insistait davantage sur le bonheur conjugal.³¹⁷ François de La Rochefoucauld-Liancourt est en tout cas frappé de la bonne entente existant chez les couples anglais : « C'est la chose la plus rare que de les voir l'un sans l'autre. Ils ont l'air de la concordité la plus parfaite. »³¹⁸ Daumas pense tout de même qu'attribuer la valorisation de l'amour conjugal en France à la seule anglomanie des *Lumières* serait un peu exagéré et croit plutôt à une lente modification de la conception qu'on se faisait du couple et de la famille.³¹⁹

Khettry dénote en tout cas une tendance, à partir des pièces de Marivaux, à permettre davantage aux jeunes de choisir leur conjoint ou à tout le moins, à ne pas leur en imposer un contre leur gré.³²⁰ L'amour, qui n'était auparavant considéré que comme une folie, a été remis à la mode par *La Nouvelle Héloïse* de Rousseau et il est donc de plus en plus envisagé, comme l'écrit Julie, comme « la grande affaire de la vie ». ³²¹ Toussaint est convaincu qu'il est impératif que les conjoints s'aiment pour être heureux et il est d'ailleurs un des seuls à avoir une conception romantique et assez moderne de l'amour³²² puisque

³¹⁵ Robert Mauzi, *L'idée du bonheur dans la littérature et la pensée françaises au XVIII^e siècle*, Paris, Armand Colin, 1969 [1960], p. 281.

³¹⁶ Émile écrit : « J'ai souvent pensé que si l'on pouvait prolonger le bonheur de l'amour dans le mariage, on aurait le paradis sur la terre ». Jean-Jacques Rousseau, *Émile ou De l'Éducation*, cité par Robert Mauzi, *Ibid.* Le baron d'Holbach tient exactement le même propos dans son *Système social* : « Est-il sur la terre de félicité plus pure, que celle que peut donner le commerce habituel de deux époux bien unis qui lisent réciproquement dans leurs yeux les sentimens d'un amour sincère », Holbach, *op.cit.*, p. 139.

³¹⁷ Jean-Louis Flandrin, *Familles. Parenté, maison, sexualité dans l'ancienne France*, Paris, Hachette, 1976, p. 165.

³¹⁸ François Alexandre duc de La Rochefoucauld-Liancourt, *La vie en Angleterre au XVIII^e siècle ou Mélanges sur l'Angleterre*, Paris, Guy Le Prat éditeur, 1945 [1784], p. 79.

³¹⁹ Daumas, *op.cit.*, p. 183. C'est aussi la thèse adoptée par André Burguière qui fait un résumé des différentes interprétations pouvant expliquer la valorisation du couple au XVIII^e siècle. André Burguière, « La formation du couple » dans *Histoire de la famille...*, pp. 111-133.

³²⁰ Khettry, *op.cit.*. En fait, elle note plus de changements dans l'attitude des enfants que dans celle des parents ; les premiers ayant tendance à moins se rebeller contre le choix de leurs parents, ceux-ci étant par contre devenus moins autoritaires.

³²¹ Jean-Jacques Rousseau, « Julie, ou la Nouvelle Héloïse » dans *Oeuvres complètes*, Tome II, Paris, Gallimard (La Pléiade), 1964, p. 109.

³²² Khettry, *op.cit.*, p.44. Celle-ci définit l'amour moderne comme « un sentiment de passion et d'affection très profond qu'éprouvent l'un pour l'autre deux êtres (elle dit de sexe opposé mais nous élargissons cette définition un peu conservatrice) qui sont poussés l'un vers l'autre par une attirance morale ou sentimentale et par un désir physique qui vise à une union charnelle. » *Ibid.*, p. 14.

pour la plupart des auteurs, et même pour Rousseau, cet amour restait avant tout un amour raisonnable, plus près de l'amitié que de la passion.³²³

Les mariages d'intérêt furent en tout cas de plus en plus condamnés par les philosophes qui réclamèrent un droit à l'inclination et au bonheur individuel.³²⁴ La montée de l'individualisme amena à penser que le mariage ne devrait pas seulement servir au bien de la société mais avant tout à celui des époux et on rejeta alors de plus en plus le concept de devoir social exprimé par Moheau.³²⁵ Une nouvelle vision du couple se développait également puisque celui-ci était de moins en moins conçu comme un lieu d'affrontement entre l'homme et la femme, mais au contraire « comme un lieu d'harmonie et d'épanouissement personnel construit par deux partenaires. »³²⁶ La presse féminine qui s'édifia au XVIII^e siècle condamnait de plus en plus la situation malheureuse de la femme obligée d'épouser un mari imposé par ses parents et de souffrir les tyrannies domestiques de ce dernier.³²⁷ Plusieurs femmes rédigèrent également des traités dénonçant l'esclavage auquel était selon elles soumise la gent féminine et certains philosophes critiquèrent eux-aussi les mauvaises conditions de vie des femmes des *Lumières*.³²⁸

Dans ce contexte de malaise général face au mariage, plusieurs intellectuels commencèrent à critiquer la pérennité du lien conjugal imposée par l'État français et à attribuer la plupart des maux qu'ils reprochaient à la France à ce qui était, selon eux, une dénaturation de l'institution matrimoniale. Comme l'énonce Dessertine, « l'originalité du XVIII^e siècle est (...) moins dans la découverte du mariage malheureux que dans sa réflexion sur les moyens d'y remédier. »³²⁹ La solution à ces malheurs conjugaux devint de

³²³ Julie écrit même que l'amour-passion n'est pas nécessaire dans le mariage : « L'honnêteté, la vertu, de certaines convenances, moins de conditions et d'âges que de caractères et d'humeurs suffisent entre deux époux ; ce qui n'empêche point qu'il ne résulte de cette union un attachement très tendre qui, pour n'être pas précisément de l'amour, n'en est pas moins doux et n'en est que plus durable ». Rousseau, *op.cit.*, p. 372.

³²⁴ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 345. Le baron d'Holbach, qui prône le mariage d'amour, dénonce le fait que « dans les nations livrées au luxe & aux pré-jugés c'est rarement l'amour qui préside au mariage : un intérêt sordide, la vanité de la naissance, des idées fausses de convenance, sont uniquement consultées dans les alliances. » Paul-Henry Thiry d'Holbach, *La morale universelle ou les devoirs de l'homme fondés sur sa nature*, Stuttgart-Bad Cannstatt, Friedrich Frommann Verlag, 1970 [1776], p. 19.

³²⁵ Burguière, *loc.cit.*, p. 137; Vovelle, *loc.cit.*, p. 623.

³²⁶ Godineau, *loc.cit.*, p. 441.

³²⁷ Sullerot, *op.cit.*, p. 13. Robert Mauzi perçoit chez les héroïnes des romans écrits par des femmes au XVIII^e siècle une véritable « révolte contre la loi conjugale ». Mauzi, *op.cit.*, p. 31.

³²⁸ Léon Abensour, *Histoire générale du féminisme*, 2^e éd., Genève, Slatkine Reprints, 1979 [1921], pp. 168-173.

³²⁹ Dessertine, *op.cit.*, p. 16.

plus en plus évidente pour les dénonciateurs du mariage tel que vécu dans la France des *Lumières* : il faut rétablir le divorce qui a été aboli par l'Église catholique.

2.2 La remise en cause de la perpétuité du lien matrimonial

Dans le mariage, disoit Fontenelle, la Loi d'une union indissoluble est une loi barbare et cruelle. En France, le peu de bons ménages prouve en ce genre la nécessité d'une réforme.

Helvétius³³⁰

Lors d'une discussion à l'occasion du colloque international de Clermont-Ferrand sur le thème de l'amour en France, Jean Ehrard soutint qu'en « rapprochant l'intégration de l'amour au mariage, lorsqu'il plaide pour le couple conjugal, le XVIII^e siècle réclame aussi le droit au divorce. »³³¹ La première idée qui nous vient aujourd'hui pour légitimer le divorce est bien la passion éteinte entre deux conjoints et ses suites amères car en Occident l'amour a été élevé au rang de valeur sociale fondamentale et le mariage est désormais envisagé comme l'aboutissement naturel du sentiment amoureux. Pourtant, si c'est bien le thème central de nombreux pamphlets révolutionnaires revendiquant le droit de divorcer, de même que de quelques traités de la seconde moitié du siècle du XVIII^e siècle, ce sont pour des raisons avant tout utilitaires, philosophiques ou juridiques qu'il est le plus souvent réclamé par les philosophes français des *Lumières*. C'est pour augmenter la population ou pour régénérer les mœurs, c'est parce qu'il a déjà existé, qu'il s'inscrit dans la nature ou c'est parce que le mariage est un contrat comme les autres, puisque tous les peuples non-catholiques le tiennent pour tel, que le divorce devrait être rétabli en France. Telles sont en général les idées avancées dans la première moitié du siècle avant la parution du traité plus personnel de Philbert qui n'échappe pourtant pas, nous le verrons, à cette vision plutôt pragmatique de l'utilisation du divorce.

2.2.1 Le divorce en faveur de la population

La croyance en la dépopulation de la France était une des idées maîtresses du XVIII^e siècle et bon nombre d'intellectuels tentèrent de trouver des solutions à ce qu'ils

³³⁰ Helvétius, *De l'Homme...*, p. 737.

³³¹ Jean Ehrard, « Discussion » dans *Aimer en France, op.cit.*, Tome II, p. 652.

considéraient comme un des plus graves problèmes du royaume.³³² Cette fausse idée³³³ fut aussi l'occasion de théoriser sur les bienfaits économiques, politiques et sociaux d'une augmentation de la population et, dans le même temps, de critiquer les institutions françaises d'alors. L'indissolubilité du mariage, aussi curieux que cela puisse aujourd'hui nous paraître, fut alors vue comme une des principales causes du dépeuplement de la France.

Dès 1721, c'est à propos du problème de la dépopulation que l'auteur le plus respecté et le plus cité du siècle traite de la question du divorce. Le Persan commentateur des mœurs occidentales inventé par Montesquieu dans les *Lettres persanes* trouve en effet la raison du dépeuplement en terre chrétienne dans le fait que le divorce, connu sous les Romains, fut par la suite supprimé :

Il ne faut pas s'étonner si l'on voit chez les Chrétiens tant de mariages fournir un si petit nombre de citoyens. Le divorce est aboli ; les mariages mal assortis ne se racommodent plus, les femmes ne passent plus, comme chez les Romains, successivement dans les mains de plusieurs maris, qui en tiraient, dans le chemin, le meilleur parti qu'il était possible.³³⁴

La référence à l'Antiquité, surtout au monde romain, était constante chez les intellectuels des *Lumières*.³³⁵ Ceux-ci se considéraient en effet bien souvent comme les héritiers de la pensée antique au détriment de la pensée chrétienne qui a obscurci selon eux l'entendement humain. La comparaison de Montesquieu avec le monde romain n'est donc pas surprenante, d'autant plus que l'on croyait alors à un âge d'or démographique au temps de l'Empire romain.³³⁶ Pour l'auteur des *Lettres persanes*, il est évident que le divorce faisait partie de la politique populationniste des Romains qui, comme l'exprime ici Usbek, tiraient le meilleur parti des femmes. Cette étrange expression signifie en fait tout bonnement qu'un époux pouvait quitter une femme stérile pour se lier avec une épouse fertile et ainsi donner des citoyens à l'État.³³⁷

Dans son long commentaire de la *République* de Jean Bodin paru plus de soixante ans après les *Lettres persanes*, l'avocat Jean-Charles Lavie déplore lui aussi le cas de

³³² Jean-Claude Perrot, « Première moitié du XVIII^e siècle : Progrès de l'espèce ou dépopulation ? » dans Jacques Dûpaquier dir., *op.cit.*, pp. 515-532.

³³³ La population de la France augmentait au contraire régulièrement grâce à la baisse de la mortalité au XVIII^e siècle. *Ibid.*, p. 225.

³³⁴ Montesquieu, « Lettre CXIV », *op.cit.*, p. 239.

³³⁵ Roland Mortier, « L'imaginaire historique du XVIII^e siècle : l'exemple de Voltaire » dans *Le cœur et la raison. Recueil d'études sur le dix-huitième siècle*, Paris, Universitas, 1990, pp. 135-145.

³³⁶ Perrot, *op.cit.*, p. 517.

³³⁷ Montesquieu, « Lettre CXIV », *op.cit.* Usbek déplore également le recours aux prostituées par des maris fâchés avec leur femme puisque ce succédané est également un frein à la population étant donné que ces femmes publiques ont le plus souvent recours à la contraception.

« femmes stériles attachées à des maris qui donneraient des enfans à l'État ». ³³⁸ Romaniste lui aussi, le président du Parlement de Bordeaux aligne surtout son opinion sur celle de Bodin qui a d'ailleurs fortement contribué à créer le mythe de la dépopulation croissante depuis le déclin de l'Empire romain. ³³⁹ Comme celui-ci, Lavie croit qu'il serait utile à l'État non pas de rétablir le divorce, mais la répudiation, c'est à dire le renvoi de l'épouse par le mari. ³⁴⁰ Tout comme le juriste du XVI^e siècle qui prônait le renforcement de l'autorité maritale, Lavie croit « qu'il faut entretenir la subordination » ³⁴¹ et pour cette raison, il n'estime pas légitime que la femme puisse aussi répudier son époux, elle seule de toute façon peut être atteinte de stérilité pensait-on alors. ³⁴² Cette sévérité envers la femme fut en revanche combattue par certains intellectuels ³⁴³ qui, nous le verrons, réclamaient au contraire le divorce afin de libérer l'épouse de l'infâme joug conjugal. L'avocat de Bordeaux ne fait pas partie de ces philosophes des *Lumières* qui font principalement l'objet de cette section, mais comme la question de la répudiation n'occupe qu'une place restreinte dans son ouvrage consacré avant tout aux institutions politiques d'un État, nous trouvons qu'il était pertinent de l'intégrer à l'analyse des écrits dont la condamnation de l'indissolubilité du mariage n'est en fait qu'un élément d'une critique globale de la société française.

Le problème de la dépopulation française, considéré alors comme un fait évident, fut également un sujet d'inquiétude pour le maréchal de Saxe ³⁴⁴ qui y chercha lui aussi une solution. Après avoir traité dans son ouvrage militaire de « l'art de détruire les humains », le maréchal émet en effet quelques réflexions sur les moyens de favoriser la propagation de l'espèce humaine. ³⁴⁵ Pour lui, il ne fait aucun doute que la principale cause du

³³⁸ Lavie, *op.cit.*, Tome 1, p. 67.

³³⁹ Perrot, *op.cit.*, p. 516.

³⁴⁰ Bodin se demande en effet « s'il est expédient de renouveler la loy de repudiation ». Cité par Bologne, *op.cit.*, p. 193. C'était aussi l'avis de Pierre Charron (1541-1603), docteur en droit de Bordeaux. Dans son livre *De la sagesse* paru en 1601, celui-ci se prononce aussi en faveur du rétablissement de la répudiation, et non du divorce, et croit avant tout que ce serait là un avantage pour l'accroissement de la population. *Ibid.*

³⁴¹ Lavie, *op.cit.*, p. 52. Charron estimait par ailleurs que la sévérité juridique des Romains envers les femmes est un modèle à imiter. Bologne, *op.cit.*, p. 193.

³⁴² Le démographe Moheau, réaliste quant à l'effectif de la population en France, estime cependant que la stérilité est plus fréquente chez l'homme : « (...) défaut rare dans les hommes, et plus encore dans les femmes. » Moheau, *op.cit.*, p. 241.

³⁴³ Abensour souligne la dénonciation de l'infériorité juridique de la femme par quelques philosophes. Abensour, *Histoire générale du féminisme...*, pp. 168-173.

³⁴⁴ Maurice de Saxe (Maréchal de Saxe). Comte de Saxe et Duc de Courlande et de Semigalle (1696-1750). Insatisfait de sa situation de second rang dans le comté allemand, il s'engagea en 1720 dans les armées du roi de France où il fut nommé maréchal en 1744. Il fut donc naturalisé français et combattit pour la France lors de la Guerre de Succession d'Autriche.

³⁴⁵ Maurice, Comte de Saxe, « Réflexions sur la propagation de l'Espèce humaine » dans *Les Rêveries, ou Mémoires sur l'art de la guerre*, La Haye, Pierre Gossse Junior, 1758, pp. 221-228.

dépeuplement de la terre depuis Jules César est l'introduction du mariage chrétien indissoluble qui est tout à fait opposé à l'augmentation de la population.³⁴⁶ Le comte de Saxe croit, comme Lavie, qu'une femme stérile ne devrait pas demeurer avec un époux fécond ou qui est peut-être la cause même de son infertilité.³⁴⁷ Ce n'est pourtant pas le rétablissement de la répudiation ou du divorce qu'il propose pour remédier à ce problème, mais l'établissement d'un mariage à durée limitée. Il souhaiterait en effet « qu'aucun mariage à l'avenir se feroit que pour cinq années & il ne pourroit se renouveler sans dispense, s'il n'étoit né aucun enfant pendant ce temps. »³⁴⁸ En ayant chacune six enfants, trois filles et trois garçons, les femmes françaises permettraient au royaume de faire un gain de 978 millions d'habitants en 180 ans. Le militaire défie les théologiens de prouver l'irrégion de son système puisque le mariage est selon lui essentiellement établi pour la propagation de l'espèce humaine et le premier commandement que Dieu a donné aux hommes est d'ailleurs l'obligation de se reproduire.³⁴⁹

Paru pour la première fois en 1731, cet ouvrage semble avoir bénéficié d'une certaine popularité dans la seconde moitié du siècle puisqu'il a été réédité trois fois entre 1754 et 1758.³⁵⁰ Sans doute, la mort du maréchal de Saxe en 1750 a-t-elle contribué à l'intérêt soudain porté à l'ouvrage. Celui-ci fut en tout cas cité en exemple dans quelques traités en faveur du divorce abordant eux aussi la question de la dépopulation et il fut surtout un modèle intéressant pour les démographes de l'époque.³⁵¹ Convaincus de la stagnation de la population française et de la nécessité d'intervenir, plusieurs écrivains populationnistes proposèrent de faciliter le plus possible les mariages.³⁵² Le marquis

³⁴⁶ Il écrit d'ailleurs qu'il est persuadé « que l'on sera un jour obligé de faire quelque changement dans la Religion à cet égard ; car si l'on considère combien les usages qui y sont établis sont contraires à la Propagation, l'on ne sera point étonné de cette diminution. » *Ibid.*, p. 222.

³⁴⁷ Il ne considère en effet pas cet empêchement que d'un point de vue physique puisqu'il croit que les antipathies des époux peuvent aussi être à l'origine de leur infertilité : « Il faut ajouter à cela que telle femme qui ne fait point d'enfants avec le mari qu'elle a, en feroit avec un autre parce que souvent les dégoûts s'en mêlent (...) » *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 225. Il condamne par contre les parents qui auraient déjà renouvelé trois fois leur mariage à demeurer ensemble pour le reste de leur vie.

³⁴⁹ « Selon la Sainte Écriture, le premier Commandement que Dieu fit à l'homme est *Croissez et multipliez* ; de tout c'est celui auquel on fait le moins attention. » *Ibid.*

³⁵⁰ Pierre M. Conlon, *Le siècle des Lumières : Bibliographie chronologique*, Genève, Droz, 1983.

³⁵¹ Joseph J. Spengler, *Économie et population. Les doctrines françaises avant 1800*, Paris, PUF, 1954, p. 84.

³⁵² Par exemple, les agrariens Melon et Ange Goudar dans la première moitié du siècle et les populationnistes de la seconde moitié du XVIII^e siècle tels que Plumart de Dangeul ou encore Faiguet de Villeneuve. Ceux-ci, comme le maréchal de Saxe, proposaient des primes pour les familles de plus de dix enfants. *Ibid.*

d'Argenson, entre autres, était un adepte de l'union libre et il proposait un mariage quinquennal en tous points identiques à celui conçu par Maurice de Saxe.³⁵³

Comme pour le maréchal de Saxe, la reproduction est l'unique fonction du mariage chez les Tahitiens tels qu'imaginés par Diderot dans son utopie communautaire *Supplément au Voyage de Bougainville*.³⁵⁴ Le mariage peut chez eux ne durer qu'une seule nuit puisqu'il ne subsiste qu'aussi longtemps que le désirent les époux et le divorce est alors un acte essentiellement privé, comme en droit romain. Dans cette fiction, Diderot prône en fait le mariage libre et le partage des conjoints afin que la population de l'île s'accroisse le plus possible.³⁵⁵ Marqué par les doctrines physiocratiques et la théorie du déclin de la population, le philosophe de Langres décrit dans cet ouvrage une société où les sentiments personnels sont sacrifiés à l'intérêt général de la perpétuation de l'espèce puisqu'il est interdit de demeurer avec un époux stérile ou impuissant. Cette société aux mœurs largement libérales, Diderot n'a pas osé la présenter de son vivant puisque l'œuvre n'est parue qu'en 1796. Inconnu donc des intellectuels du XVIII^e siècle, cet ouvrage indique tout de même les visions matrimoniales que pouvait avoir ce philosophe des *Lumières*.

D'Amilaville, l'auteur de l'article « Population » de l'*Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des arts et des métiers*, ne propose pourtant pas l'instauration de l'union libre pour accroître la population, mais il croit tout de même que l'indissolubilité du mariage imposée par le christianisme fait partie des nombreux obstacles empêchant les Français de se reproduire de façon optimale.³⁵⁶ Diderot estime pour sa part que la séparation de corps,

³⁵³ Marquis d'Argenson (1694-1757). *Ibid.* Daniel Mornet soutient que le marquis était très malheureux dans son ménage puisqu'il s'est marié par contrainte et que, pour cette raison, il était un partisan de l'union libre et des plaisirs libertins. Mornet, *op.cit.*, p. 66. Le maréchal de Saxe, protestant, avait pour sa part divorcé en 1721 en se faisant exprès surprendre en flagrant délit d'adultère. Damas, *op.cit.*, p. 22.

³⁵⁴ Denis Diderot, *Supplément au voyage de Bougainville*, Genève, Librairie Droz, 1955 [1796], 65 pages. Dans cette fiction, Diderot imagine une suite aux relations de voyage de Louis-Antoine de Bougainville (1729-1814). Celui-ci fit en effet une grande expédition autour du monde dans les années 1766-1769 et il explora plus particulièrement les îles du Pacifique, dont Tahiti. Ses récits de voyage furent très populaires en 1771 et il semble que Diderot ait élaboré son *Supplément* dès 1772.

³⁵⁵ Il souhaite aussi que la population se développe le plus qualitativement possible et pour cette raison, il prône l'apport de gènes extérieurs afin de bonifier davantage les qualités raciales de la tribu tahitienne. L'importance de la qualité de la population se trouve aussi dans les thèses physiocrates de l'époque. Spengler, *op.cit.*, p. 85.

³⁵⁶ Parmi les nombreux obstacles énumérés par D'Amilaville se trouvent entre autres le célibat ecclésiastique, l'intolérance religieuse, l'interdiction des mariages mixtes, la croyance au Paradis, l'esclavage, le despotisme, la guerre etc. D'Amilaville, « Population » dans *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des arts et des métiers*, Neufchâtel, Samuel Faulche, 1760, p. 90.

autre institution catholique, « est encore plus contraire à la population que l'indissolubilité du lien ». ³⁵⁷

Certains écrivains voyaient également un avantage stratégique à l'accroissement de la population française puisqu'ils considéraient que sans lui, leur pays ne possédait pas une défense suffisante contre les invasions étrangères. Les théories populationnistes en vogue à cette époque véhiculaient l'idée que ce qui fait la richesse d'un pays, c'est la quantité d'hommes qui s'y trouvent et la recherche des façons de maintenir et d'augmenter la population était alors une préoccupation majeure. ³⁵⁸ On retrouve ainsi dans l'ouvrage de l'avocat Lavie la crainte de voir la population des autres pays augmenter et celle de la France au contraire diminuer. Il s'inquiète tout particulièrement du fait que les protestants ont admis la répudiation [il s'agit en fait du divorce que la femme peut aussi demander] et qu'ils risquent de cette façon de se reproduire plus rapidement :

La répudiation s'introduit parmi les protestants d'Allemagne ; ils ne connaissent pas le voeu de chasteté [ie. moines et religieuses] : leur population ne deviendra-t-elle pas supérieure ? Le système politique dans la catholicité doit redoubler ses attentions à se peupler ; le Nord de l'Europe se fortifie ; le Midi s'affoiblit. ³⁵⁹

Ce discours alarmiste et quelque peu missionnaire, puisqu'il semble craindre une augmentation des protestants au détriment des catholiques, fut lui aussi repris par les *divorciaires* de la seconde moitié du XVIII^e siècle. Lorsqu'il commente la faculté qu'ont les Anglais de divorcer au XVIII^e siècle ³⁶⁰, La Rochefoucauld-Liancourt croit que de cette façon, l'Angleterre « a soin de sa population qui est un point principal pour un pays : ainsi tout le monde y gagne. » ³⁶¹ Celui-ci, on le verra, ne trouve en effet pas qu'un avantage populationniste à la liberté du divorce.

Dans son étude sur l'histoire des lois civiles, le rebelle avocat Linguet aborde lui aussi la question du divorce puisqu'il se demande s'il était autrefois « utile ou dangereux à

³⁵⁷ C'est ce qu'il exprime dans ses mémoires dédiés à Catherine II de Russie à laquelle il propose d'introduire le divorce dans ses états. Denis Diderot, « Divorce » dans *Mémoires pour Catherine II*, Paris, Garnier Frères, 1966, p. 204.

³⁵⁸ Perrot, *op.cit.*, p. 522.

³⁵⁹ Lavie, *op.cit.*, p. 75.

³⁶⁰ L'Angleterre, contrairement aux autres pays protestants, n'avait pas admis au XVI^e siècle le divorce pour adultère et abandon du domicile conjugal. Ce n'est qu'après l'annulation de mariage d'un certain Lord Roos en 1670 par un acte privé du Parlement que commencèrent à réclamer le même droit quelques autres Lords richissimes. La discussion autour de la légitimité du divorce eut ainsi lieu au XVII^e siècle en Angleterre, presque cent ans avant celle des intellectuels français et pourtant, aucune loi sur le divorce ne fut émise en Angleterre avant le milieu du XIX^e siècle. Philips, *Putting Asunder...*, p. 132.

³⁶¹ La Rochefoucauld-Liancourt, *op.cit.*, p. 81.

la population ». ³⁶² Contrairement à l'avocat de Bordeaux, Linguet n'est pas un partisan de la subordination féminine, il la trouve au contraire injustifiée, et il considère ainsi que l'impuissance de l'homme tout comme la stérilité de la femme peuvent constituer des obstacles à la population. ³⁶³ Approuvant le divorce pour consentement mutuel existant en droit romain, Linguet conclut :

La politique agissoit avec sagesse en exauçant leurs vœux. C'étoit de sa part une démarche louable que de couper un noeud infortuné, de rendre aux parties une liberté dont la privation avoit des suites si funestes. L'État y gagnoit les enfans qui naissoient d'une de ces nouvelles unions. Si la première n'étoit stérile que par une grande disproportion de tempérament de la part de la femme, comme il arrivoit plus souvent, elle pouvoit trouver dans la seconde un homme qui fût de pair avec elle. ³⁶⁴

Linguet croyait fermement à la dépopulation de la France et ce n'est d'ailleurs pas seulement la loi de l'indissolubilité qu'il rend responsable de ce dépeuplement, mais aussi la majorité des institutions politiques et économiques du royaume. ³⁶⁵

Voltaire était un des rares intellectuels de la première moitié du XVIII^e siècle à ne pas adhérer à cette thèse du déclin de la population française. Il reproche pourtant à la séparation de corps d'entraver la reproduction naturelle puisqu'elle ne permet pas aux conjoints de se lier légalement à d'autres et il ajoute que, de cette façon, « il est évident que voilà une race perdue pour la peuplade ». ³⁶⁶

Dans son traité démographique paru en 1778, Moheau voulut démontrer la fausseté de cette croyance générale en la dépopulation de la France. S'il se prononce tout d'abord en défaveur du divorce étant donnée la dépravation des Français qui ne feraient alors qu'en abuser, le démographe souligne cependant que la dissolution du mariage pourrait être avantageuse à la population dans le cas d'époux stériles ou impuissants ; il s'agit même pour lui de la seule cause de dissolution admissible. ³⁶⁷

Le problème de la stérilité, on l'a vu, avait préoccupé les maisons princières du Moyen Âge qui usèrent du divorce avant tout pour des raisons patrimoniales. Au XVIII^e siècle, il semble que ce fut essentiellement d'un point de vue populationniste que les

³⁶² Nicolas-Simon Henri Linguet, *Théorie des Loix civiles ou Principes fondamentaux de la société*, Tours, Fayard, 1984 [1767], p. 247. Question à laquelle il tente de répondre dans sa partie consacrée au divorce dans l'histoire.

³⁶³ « Si le divorce étoit permis, le conjoint fécond d'une union stérile pourrait contracter mariage avec un partenaire également fécond ». *Ibid.*, p. 248.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ Perrot, *op.cit.*, p. 528.

³⁶⁶ Voltaire, *Dictionnaire philosophique dans Œuvres complètes, op.cit.*, Tome 39, p. 238.

³⁶⁷ « Il est pourtant une cause juste et nécessaire de divorce, c'est lorsqu'un des conjoints est inhabile à la génération. » Moheau, *op.cit.*, p. 241.

intellectuels français abordèrent cette question. Le fait qu'un des premiers traités entièrement consacrés à la question du divorce soit un ouvrage démographique relatant les dangers du maintien de l'indissolubilité est très révélateur de la portée de cette théorie du dépeuplement dans la France des *Lumières*.³⁶⁸

Cependant, ce ne sont pas seulement la stérilité ou l'impuissance qui peuvent constituer des obstacles à l'augmentation de la population selon ces intellectuels des *Lumières*, mais aussi et peut-être surtout la diminution des mariages. Mercier fut un de ceux qui dénonça avec le plus de virulence la montée du célibat au XVIII^e siècle.³⁶⁹ Constatant qu'il y a de moins en moins de mariages, le commentateur des mœurs à Paris estime que cela est sans doute dû à l'exemple des mauvais ménages, mais également à la montée du luxe qui fait craindre aux hommes des dépenses immodérées pour leur ménage.³⁷⁰ Ce rejet du mariage fut cependant de plus en plus attribué à la peur des époux face à la perpétuité du lien conjugal. C'est en effet ce que croit l'avocat Lavie qui a lui aussi remarqué cette diminution des engagements matrimoniaux: « Combien de citoyens de l'un et l'autre sexe se réduisent au célibat par la seule crainte qu'inspire un mariage éternel. »³⁷¹ Non seulement la sexualité de ces célibataires ne donne aucun citoyen légitime à l'État, mais encore elle outrage les mœurs publiques et, comme l'exprime Lavie, elle « trouble le repos des autres époux ». ³⁷²

2.2.2 Le divorce pour la régénération des mœurs

Mœurs et peuplement sont intimement liés pour les démographes du XVIII^e siècle puisqu'ils considèrent que la débauche, si répandue selon eux dans la France de l'époque, est un des principaux obstacles à l'accroissement de la population. Non seulement la

³⁶⁸ Chevalier de Cerfvol, *Mémoire sur la population dans lequel on indique le moyen de la rétablir, & de se procurer un Corps Militaire toujours subsistant & peuplant*, Londres, 1768, 115 pages. Le divorce est en effet présenté comme le seul et unique moyen de « rétablir » la population par ce démographe dont les nombreux ouvrages essentiellement voués au rétablissement du divorce font l'objet d'une section distincte au chapitre suivant.

³⁶⁹ « Le mariage, qui étoit une règle, est à la veille de devenir une exception ». Mercier, *op.cit.*, Tome IX, p.251. Les démographes actuels constatent qu'il y avait effectivement une montée du célibat au XVIII^e siècle, mais ils attribuent surtout ce fait à une plus grande précarité économique qui obligeait les couples à attendre plus longtemps avant de s'établir. Dupâquier, *op.cit.*, p. 408.

³⁷⁰ L'idée de la nocivité du luxe est partagée par grand nombre d'intellectuels français de l'époque. Spengler, *op.cit.*, pp. 86-87.

³⁷¹ Lavie, *op.cit.*, p. 66.

³⁷² *Ibid.* C'est également ce que fait remarquer Diderot à Catherine II : « Le divorce diminuerait le nombre des célibataires, qu'on doit regarder dans un état bien policé comme des corrupteurs en titre ». Diderot, « Divorce » dans *Mémoires...*, p. 205.

prostitution et l'adultère ne produisent le plus souvent aucun enfant, mais encore ils sont vecteurs de maladies vénériennes qui rendent stérile et dégénèrent la race.³⁷³

Pour les partisans du divorce, il ne fait aucun doute que cette dépravation des mœurs est due à l'indissolubilité du mariage imposée par l'État français. La question du divorce au XVIII^e siècle est d'ailleurs en grande partie traitée par des moralistes qui dénoncent les comportements des sujets du roi de France.³⁷⁴ Si le XVIII^e siècle est bien l'époque de la licence sexuelle, il est aussi le siècle où parurent le plus grand nombre de traités sur les mœurs et l'ouvrage de Toussaint fut certainement le plus populaire de tous.³⁷⁵ Or, la perpétuité du mariage est abordée dans *Les Mœurs* puisque l'ancien avocat est convaincu que celle-ci est la cause des adultères : « (...) loin d'attacher les époux à leurs devoirs réciproques, elle [l'indissolubilité] contribue peut-être plus que toute autre cause, à leurs infidélités. Mécontens l'un de l'autre, & voyant leur mal sans remède, ils ne songent qu'à le pallier. »³⁷⁶ C'est également ce que croit Lavie qui dénonce dans son traité politique le crime d'adultère que provoque l'indissolubilité du mariage.³⁷⁷ Mercier, ce commentateur des mœurs des Parisiens à la fin du siècle, fait exactement les mêmes réflexions que les deux avocats lorsqu'il aborde le problème de l'adultère : « L'indissolubilité du mariage fait les adultères : on ne peut délier le nœud, on le rompt. »³⁷⁸ Il ajoute même : « La loi qui empêche le divorce, sans avoir égard à l'antipathie des caractères, est une loi bizarre. Elle règne à Paris ; mais qu'en arrive-t-il ? Vous le savez ! »³⁷⁹

Matérialiste et athée, le baron d'Holbach est aussi un moraliste. La majorité de ses ouvrages politiques sont en effet des traités sur les mœurs et sur la façon de les améliorer. L'auteur du *Système de la nature* est d'autre part le philosophe des *Lumières* qui s'est le plus intéressé à la question de l'indissolubilité du mariage puisqu'il n'y a aucun de ses ouvrages qui n'en fasse pas mention, même brièvement. Dans son premier écrit paru en 1767 où il fait le procès du christianisme, le baron d'Holbach fait cette courte réflexion :

³⁷³ Spengler, *op.cit.*.

³⁷⁴ Xavier Lannes, « Le XVIII^e siècle : L'évolution des idées » dans Robert Prigent dir., *Renouveau des idées sur la famille*, Paris, PUF, 1954, p. 40.

³⁷⁵ L'ouvrage *Les mœurs* paru en même temps que *De l'Esprit des Loix* de Montesquieu, eut une grande influence selon Mornet. Il fut quatorze fois réédités et son auteur fut le premier à devoir s'exiler pour avoir écrit un livre jugé scandaleux par la Sorbonne. La condamnation de l'œuvre de Toussaint vient du fait que celui-ci y prône une morale essentiellement laïque et rationnelle et rejette tout rapport avec la religion. Mornet, *op.cit.*, p. 70.

³⁷⁶ Toussaint, *op.cit.*, p. 307.

³⁷⁷ Lavie, *op.cit.*, p. 67.

³⁷⁸ Mercier, *op.cit.*, Tome IV, p. 73.

³⁷⁹ *Ibid.*

« Les vices des laïcs deviendraient plus rares si le mariage n'était pas indissoluble. »³⁸⁰
 Horrifié par la banalisation de l'adultère en France, pour lui le pire de tous les crimes, le baron attribue lui aussi ce « vice » à la perpétuité du mariage. Comme les populationnistes, il croit que l'indissolubilité détourne les célibataires du mariage et que ceux-ci, ayant des besoins comme les autres, doivent recourir aux prostituées ou solliciter les faveurs des femmes mariées :

Dans une nation sans mœurs, les hommes craignent de s'engager dans des nœuds que la religion & la loi défendent de jamais rompre. Ils trouvent dans la débauche, des ressources variées qu'ils préfèrent aux plaisirs uniformes & légitimes que le mariage peut procurer. Une législation assez sensée pour permettre le divorce, remédierait en grande partie à la corruption publique ; elle inspireroit aux époux plus de retenue (...)³⁸¹

La *retenue* attribuée par Helvétius, l'autre grand matérialiste du siècle, aux époux libres de divorcer est très pragmatique. Il croit en effet que la plus grande fidélité qu'il remarque chez les femmes anglaises par comparaison aux Françaises est due au fait qu'un mari trompé peut demander le divorce sans être tenu par la suite de verser une pension à son ancienne femme. Voici en effet ce qu'il écrit à son épouse lors de son voyage en Angleterre en 1755 :

(...) car le divorce étant permis, lorsque le mary est cocu et qu'il l'a prouvé, il peut épouser une autre femme sans faire de pension alimentaire à celle qu'il quitte. Il est pourtant vray que ces loix en retiennent beaucoup et qu'en général, les Angloises sont beaucoup plus sages que nos Parisiennes.³⁸²

Celle imaginée par d'Holbach est au contraire plus sentimentale puisqu'il croit que les époux libres de se séparer ont entre eux plus d'égards et s'attachent davantage que ceux unis à perpétuité contre leur volonté. Il cite en exemple les Romains qui ne divorcèrent pas pendant plus de cinq cents ans et qui n'usèrent abusivement du divorce qu'une fois leurs mœurs fortement corrompues par le luxe.³⁸³ Il croit en effet que des époux sensés ne choisissent pas si aisément de se désunir : « Des époux raisonnables se supporteront réciproquement, & ne chercheront point à se séparer ; mais il est utile que des êtres dépourvus

³⁸⁰ Paul-Henri Thiry baron d'Holbach, « Le Christianisme dévoilé ou Examen des principes et des effets de la religion chrétienne » dans *Oeuvres philosophiques*, Tome 1, Laval, Éditions Alive, 1998, p. 84. D'Holbach était surtout en lutte contre « l'infâme » et il a ainsi rédigé un grand nombre d'ouvrages contre la religion chrétienne. Catholique, on dit que son horreur de la religion est venue de la peur excessive de l'enfer manifestée par sa femme mourante. *Ibid.*, p. 2.

³⁸¹ Holbach, *Système social...*, p. 126.

³⁸² Helvétius, « Lettre 526 » dans *Correspondance générale...*, p. 118.

³⁸³ Holbach, *Système social...*, p. 126. Le déclin de l'Empire romain est à cette époque fortement mis en relation avec la dépravation des mœurs des Romains.

de raison soient éloignés les uns des autres. »³⁸⁴ Quand bien même quelques époux abuse-raient de cette procédure, le baron d'Holbach trouve préférable pour le bon ordre de la so-ciéte de laisser se séparer les époux irresponsables : « On craint que dans des villes dépra-vées, où chacun dédaigne sa femme pour celle d'un autre, il n'y eût que très peu de maisons sans divorce : eh bien ! quel mal si grand que des époux insensés se séparent ? En devien-dront-ils plus sages en demeurant enchaînés ? »³⁸⁵ Toujours empreint à critiquer les dogmes chrétiens, le baron d'Holbach constate d'autre part que la débauche n'est pas plus répandue dans les pays protestants parce que ceux-ci ne font pas du mariage un sacrement. Lorsqu'il tente dans les *Lettres à Eugénie* de désillusionner celle-ci de la religion catholique, il lui fait en effet remarquer que le sacrement de mariage censé prodiguer des grâces à celui qui le contracte ne semble pas avoir un grand effet sur les mœurs des catholiques :

Les protestants qui le ne voient pas comme un sacrement ne sont pas moins vertueux, et les catholiques, par la grâce du sacrement, ne sont ni plus unis, ni plus constants, ni plus fidèles, et nous connaissons, Madame, vous et moi, bien des gens à qui il n'a conféré que la grâce de se détester cordialement.³⁸⁶

Le divorce est ainsi considéré par ce moraliste comme un moyen de corriger les mœurs et de rapprocher les époux. Pour réformer les mœurs, il faut en effet d'abord réformer les lois.

L'idée que la faculté de divorcer unit les conjoints a été popularisée par Montesquieu au début du siècle qui avait lui-même tiré ce concept des *Essais* de Montaigne.³⁸⁷ Dans les *Lettres persanes*, Usbek écrit en effet que le divorce oblige les époux à s'adapter l'un à l'autre de peur de perdre les avantages que leur procure le mariage :

Rien ne contribuait plus à l'attachement mutuel que la faculté du divorce : un mari et une femme étaient portés à soutenir patiemment les peines domestiques, sachant qu'ils étaient maîtres de les faire finir et ils gardaient souvent ce pouvoir en mains toute leur vie sans en user par cette seule considération qu'ils étaient libres de le faire.³⁸⁸

Dans *L'Esprit des lois*, le président du Parlement de Bordeaux se montre pourtant sceptique face à la soi-disant non utilisation du divorce par les Romains pendant plus cinq cents ans : « Mais il suffit de connaître la nature de l'esprit humain pour sentir quel prodige ce serait

³⁸⁴Holbach, *La morale universelle...*, p. 26.

³⁸⁵Paul Henri Thiry d'Holbach, *Éthocratie, ou le gouvernement fondé sur la morale*, Hildesheim, Georg Olms Verlag, 1973 [1776], pp. 210-211.

³⁸⁶Paul Henri Thiry d'Holbach, « Lettres à Eugénie » dans *Oeuvres philosophiques...*, p. 384.

³⁸⁷L'écrivain du XVI^e siècle s'est en effet prononcé en faveur du divorce, comme l'avait fait Érasme, et il est une référence constante pour les partisans du divorce au siècle des *Lumières*. Hennet en appela lui-aussi à cette sommité du XVI^e siècle.

³⁸⁸Montesquieu, « Lettre CXVI », *op.cit.*, p. 244.

que, la loi donnant à tout un peuple un droit pareil, personne n'en usât. »³⁸⁹ Montesquieu croit que cette abstention pourrait s'expliquer par les peines pécuniaires imposées à ceux qui demandaient le divorce pour des raisons futiles. Il n'empêche que bon nombre de *divorciaires* utilisèrent cet exemple afin de réfuter l'idée que le rétablissement du divorce pourrait donner lieu à des abus comme à Rome à la fin de l'Empire.³⁹⁰

Lavie use aussi de l'exemple romain et il se base également sur les énonciations de l'auteur des *Essais* à ce propos : « Montaigne dit que nous avons cru serrer le nœud du mariage en le rendant perpétuel, mais d'autant s'est relâché le nœud de l'affection que celui de la contrainte s'est resserré. »³⁹¹ De même, l'avocat Linguet réfute dans ses *Théories des Loix civiles* la croyance de l'abbé Fleury quant à la nuisance du divorce pour la bonne entente des ménages.³⁹² Linguet croit à l'abstention du divorce dans les premiers siècles romains et soutient que « loin de nuire à la durée de l'union et du mariage, il la prolongeait presque toujours. »³⁹³ Le pouvoir de rompre l'union renforçait selon lui le lien conjugal et, plus optimiste que Montesquieu à ce sujet, il attribue ce comportement à la nature humaine. Il pense en effet que lorsque les hommes savent où trouver le remède à leurs maux, ils supportent ceux-ci plus aisément.³⁹⁴ Le directeur de l'Encyclopédie est exactement du même avis puisqu'il écrit à Catherine II : « Le divorce chez les Romains n'en a pas été plus commun. La facilité de se séparer fait qu'on se ménage réciproquement. La liberté de se séparer fait qu'on se sépare rarement. »³⁹⁵

Si le divorce adoucit selon ces auteurs les relations conjugales, élimine le recours à la débauche et permet donc l'ordre social tant souhaité, l'indissolubilité provoque au

³⁸⁹ Charles-Louis de Secondat, baron de Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Paris, Les Belles-Lettres, 1958 [1748], p. 248.

³⁹⁰ Sénèque aurait en effet affirmé que les femmes comptaient alors les années par le nombre de leurs maris et cette affirmation fut souvent utilisée par les adversaires du rétablissement du divorce au XVIII^e siècle.

³⁹¹ Lavie, *op.cit.*, p. 73.

³⁹² L'abbé Fleury se prononce en effet contre le divorce dans son traité sur les mœurs puisqu'il considère que celui-ci devient toujours abusif : « La liberté de se quitter par le divorce avait aussi de fâcheuses suites. On s'engageait plus légèrement, on se contraignait moins l'un pour l'autre, et la multitude des mariages pouvait aller à tel excès, que ce n'était plus qu'une débauche palliée. On sait quel désordre c'était à Rome depuis la chute de la République (...) » Abbé Fleury, *Mœurs des Israélites et des Chrétiens*, Tours, Chez A.d. Mame et Cie, 1836, p. 63.

³⁹³ Linguet, *Théorie des loix civiles...*, p. 251.

³⁹⁴ « Enfin par une suite très-naturelle de la bisarrerie et de la contradiction attachée à notre espèce, ceux qui auroient le plus impatiemment porté leurs chaînes, s'ils s'en étoient crus chargés pour toujours, les trouvent douces, et souvent ne s'en dégagent jamais, parce qu'ils sont toujours les maîtres de les briser sans effort. Telle est encore et telle a été dans tous les tems l'utilité politique du divorce, qui dut suivre de près l'établissement du mariage, comme on voit les herbes salutaires croître dans les mêmes climats, que les poisons dont elles sont les préservatifs. » *Ibid.*, p. 253.

³⁹⁵ Diderot, « Du Divorce » dans *Mémoires...*, p. 204.

contraire des crimes bien pis que l'adultère. Mercier rapporte en effet qu'en 1769, « la Tournelle criminelle du parlement de Paris prononça sur 29 procès pour crime de poison ou d'assassinats entre hommes & femmes. »³⁹⁶ ; ajoutant qu'aucune concubine ne fut accusée de pareilles atrocités pour laisser sous-entendre que c'est la perpétuité du lien qui provoque ces crimes.³⁹⁷ Ceux-ci sont également dénoncés par Lavie qui croit que de cette façon, « on cherche à briser des liens dont la contrainte devient insupportable. »³⁹⁸

La séparation de corps, palliatif catholique du divorce, est également dénoncée par ces moralistes car elle condamne illusoirement les époux à une abstinence qui n'est presque jamais respectée.³⁹⁹ C'est donc encore et toujours la débauche qu'occasionne l'impossibilité en France de rompre absolument son mariage. Outre la régénération des mœurs, le divorce a également le mérite de revaloriser le mariage. Les moralistes condamnaient en effet les fréquentes railleries sur le lien conjugal et le peu de respect que portaient la plupart des couples aristocratiques à cette institution pourtant fondamentale pour la société française. Linguet croit pour sa part que dans les pays où le divorce est permis, le mariage a une meilleure image et qu'il y reçoit les honneurs qu'il mérite :

Parmi nous l'infortune des époux, leurs tracasseries, les tours mutuels qu'ils se jouent, l'aversion qui en résulte, enfin ce qu'on appelle l'intérieur du ménage, est la matière la plus ordinaire des bons mots. C'est le sujet le plus fécond de ceux du théâtre et même de la conversation privée. Il n'en est pas de même chez les peuples où l'habitude du divorce s'est perpétuée. Je remarque que leurs livres et leurs poésies contiennent plus d'éloges des ménages heureux, que de plaisanteries sur les mauvais.⁴⁰⁰

Si l'indissolubilité du mariage est pour ces intellectuels la cause de bien des maux qui frappent la société française, c'est parce qu'elle fait le malheur des époux qui la souffrent. Si ceux-ci refusent le devoir conjugal ou pratiquent l'adultère, c'est avant tout parce qu'ils ne se conviennent plus et qu'ils ne voient pas d'autres solutions à leur

³⁹⁶ Mercier, *op.cit.*, Tome VI, p. 10.

³⁹⁷ Hincmar de Reims rapporte qu'au IX^e siècle, plusieurs maris à qui on avait refusé le divorce se sont débarrassés de leur femme en les tuant eux-mêmes ou en les faisant assassiner par d'autres. Peut-être ses écrits servirent-ils d'exemple aux partisans du divorce pour éviter les meurtres. Une croyance répandue veut que Dieu aurait admis le divorce des juifs afin d'éviter que ceux-ci tuent leurs femmes pour s'en libérer. Gaudemet. « L'interprétation du principe d'indissolubilité... », p. 268.

³⁹⁸ Lavie, *op.cit.*, p. 68.

³⁹⁹ À l'article « Femme » de son *Dictionnaire philosophique*, Voltaire écrit par exemple que « si cet époux et cette épouse séparés ont tous deux un tempérament indomptable, ils sont nécessairement exposés et forcés à des péchés continuels dont les législateurs doivent être responsables devant Dieu. » Voltaire, *op.cit.*, p. 238. Diderot a exactement la même vision de la séparation de corps : « Celui [divorce] qui condamne les époux séparés au célibat est détestable. Il perd les mœurs par la dissolution de la femme et du mari. » Diderot, « Du Divorce » dans *Mémoires...*, p. 204.

⁴⁰⁰ Linguet, *Théorie des loix civiles...*, p. 252.

insatisfaction conjugale.⁴⁰¹ Ce fait n'a pas échappé à ces moralistes puisqu'on remarque que dans leurs propos sur les mœurs, les tribulations conjugales sont toujours entendues. Les philosophes des *Lumières* en faveur du divorce n'ont en effet pas que des positions utilitaristes puisque plusieurs d'entre eux font du bonheur des conjoints une des raisons principales du rétablissement du divorce en France.

2.2.3 Et le bonheur des époux ?

La quête du bonheur avait pris une valeur obsessionnelle au XVIII^e siècle. On pensait alors que toute personne a droit au bonheur terrestre et qu'il est même de son devoir de le réaliser.⁴⁰² Il n'est donc pas surprenant que les intellectuels français des *Lumières* se soient intéressés aux problèmes matrimoniaux et qu'ils aient réfléchi sur les moyens d'y remédier puisque le bonheur conjugal leur apparaissait essentiel à l'accomplissement humain.⁴⁰³ Comme plusieurs pamphlétaires de la seconde moitié du siècle, certains philosophes considéraient que la cause principale des infortunes conjugales était attribuable à l'indissolubilité du lien.

Le bonheur est une idée chère au baron d'Holbach qui cherche avant tout à établir un système politique capable de rendre heureux les citoyens.⁴⁰⁴ Il dénonce en effet les lois qui font le malheur des sujets et parmi celles-ci figure en tout premier lieu la contrainte de l'indissolubilité :

Par l'indissolubilité du mariage établie dans un grand nombre de Nations Européennes, la Religion & la politique semblent avoir résolu d'empoisonner dans sa source même le bonheur des citoyens. Est-il rien de plus absurde, de plus injuste, de plus tyrannique, que de forcer deux époux qui se haïssent, qui se méprisent, qui chaque jour deviennent plus insupportables l'un à l'autre, de vivre ensemble dans l'amertume & la discorde, sans laisser à leurs peines d'autre terme que la mort ? Des institutions si peu raisonnables doivent nécessairement amener la corruption des mœurs.⁴⁰⁵

⁴⁰¹ Usbek écrit que l'indissolubilité provoque des « séparations intestines » : « Après trois ans de mariage, ce sont trente ans de froideur (...) ; chacun vit de son côté. », Montesquieu, « Lettre CXVI », *Lettres persanes...* C'est également ce qu'évoque brièvement Diderot lors de ses recommandations à la tsarine russe : « La paix domestique se perd, et l'enfer commence. » Diderot, « Du Divorce » dans *Mémoires...*, p. 204.

⁴⁰² Diderot écrit qu'il n'y a qu'un devoir, c'est d'être heureux. Mauzi, *op.cit.*, p. 14.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 273.

⁴⁰⁴ Pour d'Holbach, « le but de l'organisation politique est d'assurer le bonheur et les droits de tous » puisque le bonheur est pour lui « la fin propre de toute activité humaine ». *Ibid.*, p.72; Spengler, *op.cit.*, p. 233.

⁴⁰⁵ Holbach, *Le Système social...*, p. 131. Diderot écrit : « La loi qui prescrit à l'homme une chose contraire à son bonheur est une fausse loi. » Cité par Jérôme Godeau et Valentine de Garney, *Les mots du XVIII^e siècle*, Paris, Actes Sud, 1996, p. 15.

L'utilité sociale du divorce, on le voit, n'est jamais très éloignée de ses réflexions, mais le baron d'Holbach s'émeut aussi fortement du sort malheureux d'époux « enchaînés » malgré eux qu'il évoque dans la plupart de ses ouvrages.⁴⁰⁶

Lorsque Diderot aborde la question du mariage dans une de ses lettres à Sophie Volland, il écrit que « le vœu du mariage indissoluble fait et doit faire presque autant de malheureux que d'époux. »⁴⁰⁷ Il est vrai que l'encyclopédiste s'est vite lassé de son mariage et qu'il ressentit donc personnellement le poids de cette perpétuité conjugale. Célibataire, La Rochefoucauld-Liancourt croit aussi que le divorce permet de mettre un terme aux malheurs conjugaux. Approuvant la pratique du divorce en Angleterre, il fait le commentaire suivant : « Je trouve cela très bien fait. Vous pouvez trouver un remède contre une chose qui fait et doit faire le malheur de vos jours, et n'êtes pas privé du bonheur de vivre bien avec une autre femme que vous aimerez. »⁴⁰⁸

L'amour conjugal, on l'a vu, fut une autre revendication des philosophes des *Lumières*.⁴⁰⁹ Comme l'a affirmé Ehrard, certains intellectuels français du XVIII^e siècle estimaient que la disparition de l'amour devrait être un motif suffisant pour permettre aux conjoints de se séparer et de se remarier à des personnes aimées. C'est en tout cas ce que pense le moraliste Toussaint, sans doute l'intellectuel français qui a le plus cru à l'existence et à la nécessité de l'amour-passion dans le mariage. Celui-ci juge tout d'abord que le bon ordre de la société nécessitait que le lien entre les époux perdure, mais il croit que l'absence d'amour ne justifie plus la durée de l'union : « Chez tous les peuples de la terre, c'est une maxime si générale, qu'il faut s'aimer pour être époux, qu'il en est peu qui ne permettent le divorce, quand l'incompatibilité des humeurs met un obstacle invincible à l'amour. »⁴¹⁰ L'amour prend chez lui une telle importance qu'il va jusqu'à justifier le concubinage alors si décrié :

Si c'est là dites vous ce qu'on appelle concubinage, sous quel prétexte ose-t-on le qualifier de crime ? C'est une union durable entre deux fidèles Amans, qui n'ont qu'un cœur, qu'une volonté, qu'une âme. L'instinct de la pure nature exige-t-il quelque chose

⁴⁰⁶ Dans *La morale universelle*, il écrit : « Les loix dans presque tous les pays, guidés par des préjugés barbares, ne donnent aux époux aucuns moyens de rompre les liens cruels des mariages mal assortis ; ils sont communément obligés de traîner pendant la vie des chaînes qui les accablent. » Holbach, *La morale universelle...*, p. 25.

⁴⁰⁷ Denis Diderot, « Lettre CXVI, 1765 » dans *Lettres à Sophie Volland*, Tome II, Paris, Éditions d'Aujourd'hui, 1978, p. 298.

⁴⁰⁸ La Rochefoucauld-Liancourt. *op.cit.*, p. 81.

⁴⁰⁹ Voir la courte section de Flandrin consacrée à ce propos : « La philosophie des *Lumières* et le droit à l'amour ». Flandrin, *Familles...*, pp. 165-169. Burguière en fait également mention dans son article sur la formation du couple. Burguière, *loc.cit.*, p. 113.

⁴¹⁰ Toussaint, *op.cit.*, p. 374.

de plus ? Eh ! qu'a donc de préférable le dur joug du mariage ? Son indissolubilité ? Une union fondée sur la tendresse n'est-elle pas plus pure, plus sainte et plus estimable, que celle qui n'est asservie que par la nécessité ?⁴¹¹

Accusé par ses contemporains de méconnaître les sentiments humains⁴¹², Helvétius accorde pourtant la même importance que Toussaint à l'amour conjugal : « Deux époux cessent-ils de s'aimer, commencent-ils à se haïr ? Pourquoi les condamner à vivre ensemble ? »⁴¹³ Observant la législation de son temps, Helvétius constate qu'elle fait le plus souvent le malheur des citoyens et surtout, des couples : « La volonté de l'homme est ambulatoire, disent les lois; et les lois ordonnent l'indissolubilité du mariage : quelle contradiction! Que s'ensuit-il? Le malheur d'une infinité d'époux. »⁴¹⁴

Ces écrivains ne revendiquent pas que la dissolution d'un lien qui fait le malheur de deux époux, mais également le droit pour ceux-ci de chercher leur bonheur chez une autre personne. Pour cette raison, tous les partisans du divorce, sans exception, condamnent systématiquement la séparation de corps qui interdit le remariage.⁴¹⁵ Le moraliste Toussaint est fermement opposé à cette institution:

Or, il peut arriver, et il arrive en effet, que l'incompatibilité des humeurs rend la concorde impossible entre deux époux. Dans ces cas là, les peuples les plus sévères permettent une sorte de rupture qu'ils appellent séparation de corps, elle ne rompt point disent-ils le lien du mariage, elle ne fait que priver les époux de toutes les douceurs de l'union conjugale et c'est, précisément, l'inconvénient qu'on lui reproche. L'obliger de languir dans un austère célibat, mille fois plus fâcheux que le plus rigoureux veuvage, c'est la forcer de souhaiter la mort à l'auteur de ses peines, dont le divorce l'eut délivrée. Il semble qu'on pourroit, de même, sans faire du mariage un simple essai passager, dégager, dans des cas extrêmes, des époux mal assortis, du nœud fatal qui les lie.⁴¹⁶

Mercier, qui dénonce le grand nombre d'époux séparés de corps dans la capitale, s'exprime dans des termes voisins :

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 308. Flandrin et les démographes notent qu'il y avait une montée du concubinage à cette époque. Flandrin, *Familles...*, p. 177. Le concubinage témoigne selon Flandrin soit du refus du mariage, soit de l'incapacité économique de s'établir maritalement.

⁴¹² Turgot écrit dans une lettre à Condorcet datée du 8 décembre 1773: « Nulle part il ne s'appuie sur une connaissance approfondie du cœur humain, nulle part il n'analyse les vrais besoins de l'homme qu'il semble ne faire consister que dans celui d'avoir des femmes; il ne se doute nulle part que l'homme ait besoin d'aimer. » Helvétius, « Lettre 716 » dans *Correspondance...*, Tome 2, p. 463. Helvétius avait en effet proposé dans *De l'Esprit* la communauté des femmes ou mieux, l'utilisation des belles femmes comme récompenses afin d'encourager les héros de guerre et les hommes vertueux. Dans sa correspondance avec sa femme, le philosophe se révèle pourtant être un époux follement amoureux et il écrit même : « Il n'y a qu'un mary et une femme qui s'aiment vraiment. » Helvétius, « Lettre 552 », *Ibid.*, p. 162.

⁴¹³ Helvétius, *De l'homme...*, p. 738.

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ Lannes, *loc.cit.*, p. 46.

⁴¹⁶ Toussaint, *op.cit.*, p. 306.

Le divorce n'est pas permis, & les plaintes en séparation sont éternelles. Les voûtes du temple de la justice retentissent des gémissemens qu'y portent des époux fatigués l'un de l'autre. Le mariage offre une foule d'hommes que ces liens sacrés meurtrissent & déchirent. La loi a été obligée d'accorder les séparations, beaucoup plus révoltantes que le divorce ; car la séparation isole deux êtres, & les laisse dans une espèce de néant.⁴¹⁷

Certains auteurs revendiquent l'établissement du divorce pour incompatibilité d'humeur et non pas seulement le divorce pour sanctionner une faute tel que le connaissent les pays calvinistes.⁴¹⁸ Le divorce par consentement mutuel est également préconisé, notamment par le baron d'Holbach qui reproche à la séparation de corps l'étalage public des déboires conjugaux : « Si des époux veulent s'ôter de devant les yeux les objets qui les affligent, ils sont contraints de révéler leurs infortunes au public, de faire retentir sans pudeur les tribunaux de leurs disputes & des détails scandaleux de leurs malheurs privés. »⁴¹⁹ Le divorce volontaire, au contraire, permet aux époux de se séparer absolument sans dévoiler les causes de leur échec conjugal.⁴²⁰ Le baron d'Holbach ne prône cependant pas la liberté totale du divorce puisqu'il croit que celui-ci ne devrait être obtenu qu'en cas de mésentente extrême des conjoints :

Cette union ne doit être dissoute que lorsque les époux sont animés d'une antipathie totalement contraire au but du mariage. Il [mariage] ne peut lier pour la vie que des époux vertueux et raisonnables, constamment disposés à remplir les engagements que leur pacte impose. Toute société qui n'apporterait que des chagrins et des peines à ceux qu'elle engage devrait être rompue par la nature même des choses.⁴²¹

Peines et chagrins dans le mariage furent jusqu'au XVIII^e siècle essentiellement envisagés du côté des maris qu'on plaignait de s'être liés avec des mégères. Encore au siècle des *Lumières*, des auteurs comme Lavie et Mercier sympathisent avant tout avec les maris malheureux, liés pour toujours à des femmes acariâtres, et le divorce est pour eux un

⁴¹⁷ Mercier, *op.cit.*, Tome III, p. 158.

⁴¹⁸ Frédéric II, on l'a souligné, avait admis cette cause dans son nouveau code matrimonial.

⁴¹⁹ Holbach, *La morale universelle...*, p. 25.

⁴²⁰ Mercier manifeste la même pudeur face aux causes de séparation et dénonce pour cette raison les scandales des séparations de corps : « Le mariage est indissoluble ; le divorce est défendu par les lois divines & humaines : mais si deux époux veulent se séparer, ils n'ont qu'à se donner des chiquenaudes devant deux témoins. la justice les sépare à l'instant ; ils ne peuvent cependant pas se marier à d'autres, mais ils vivent librement, en attendant que la mort ait fait l'amitié de limer cette chaîne maudite que la déraison leur a rendue si pesante. » Mercier, *op.cit.*, Tome XII, p.168. Ces scandales des séparations de corps furent également dénoncés par Pierre Charron au XVI^e siècle. Bologne, *op.cit.*, p. 194.

⁴²¹ Holbach, *La morale universelle...*, p. 39. Cette limitation, Montesquieu l'avait déjà prescrite en 1748 : « Enfin, la faculté du divorce ne peut être donnée qu'à ceux qui ont les incommodités du mariage et qui sentent le moment où ils ont intérêt à les faire cesser. » Montesquieu, *De l'Esprit des lois...*, Tome 1, p. 295.

moyen de rétablir l'autorité maritale.⁴²² La plupart des philosophes, pourtant, revendiquaient une réforme des lois qu'ils jugeaient trop sévères pour les femmes et s'apitoyaient sur le sort malheureux des épouses. Le bonheur de la femme fut lui aussi réclamé et la faculté de divorcer fut envisagée par certains auteurs comme un moyen de libérer la femme du dur joug conjugal.⁴²³ Ces revendications se retrouvent également dans la presse féminine étudiée par Sullerot puisque celle-ci souligne que les journaux féminins du XVIII^e se firent l'écho des campagnes en faveur du divorce menées selon elle par les intellectuels des *Lumières*.⁴²⁴

Déjà dans *De l'Esprit des lois*, Montesquieu affirme que la seule répudiation de la femme qu'on retrouve chez les populations antiques est absolument injuste et qu'au contraire, cette pratique devrait être permise aux deux sexes et même, plus particulièrement à la femme :

Il est quelquefois si nécessaire aux femmes de répudier, et il leur est toujours si fâcheux de le faire, que la loi est dure qui donne ce droit aux hommes sans le donner aux femmes. Un mari est le maître de la maison ; il a mille moyens de tenir ou de remettre ses femmes dans le devoir ; et il semble que, dans ses mains, la répudiation ne soit qu'un nouvel abus de sa puissance.⁴²⁵

L'avocat Linguet croit de même qu'à l'origine, le divorce prononcé en faveur de l'homme seulement assujettissait encore davantage la femme qui n'était alors qu'un objet de propriété.⁴²⁶ Il soutient que le divorce a d'abord remplacé la polygamie des peuples antiques et qu'il était absolument défavorable à la femme puisque celle-ci était victime des fantaisies de son mari et qu'elle trouvait difficilement à se remarier.⁴²⁷ Linguet est donc un partisan du divorce bilatéral, mais il croit surtout que la faculté de divorcer devrait

⁴²² Mercier est en effet un partisan de l'autorité maritale qu'il croit malheureusement disparue au XVIII^e siècle. Il croit que la coutume de Paris a trop donné aux femmes et que la subordination complète de la femme devrait être rétablie pour le bon ordre de la société : « Les maris parisiens ne sont plus des maîtres absolus dans leur maison : leurs épouses ne sont point asservies à l'obéissance ; La discorde & le désordre s'établissent au lieu où la subordination auroit dû régner ; & comme le nœud est indissoluble, le mal est sans remède. » Mercier, *op.cit.*, Tome VI, p. 9.

⁴²³ Sullerot, *op.cit.*, p.15. Il semble, selon Isabelle Vissière, que les femmes aient au XVIII^e siècle de moins en moins supporté l'autorité maritale et que, pour cette raison, elles furent plus nombreuses à demander une séparation de corps. Vissière, *op.cit.*, p. 17. Vissière croit à une forte prise de conscience par les élites féminines du XVIII^e siècle de leur condition sociale.

⁴²⁴ Sullerot, *op.cit.*, p. 15. Elle considère que le relâchement des mœurs est principalement responsable de ce mouvement favorable au divorce et que Montesquieu, Voltaire, Helvétius et les autres « eurent la certitude d'être en cela promoteurs de liberté et généreusement féministes. » *Ibid.*

⁴²⁵ Montesquieu, *De l'Esprit des lois...*, Tome I, p. 282.

⁴²⁶ Dans son chapitre « Du divorce ou de la répudiation. Que c'est aussi une suite de l'esprit de propriété. » Linguet, *op.cit.*, p. 234.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 238.

essentiellement être un moyen de protéger le sexe faible.⁴²⁸ Il considère, en outre, que les femmes anglaises sont plus libres que les Françaises à cause justement de ce droit qu'elles ont de rompre leur mariage.⁴²⁹ L'avocat Linguet, qualifié de féministe par Isabelle Vissière, s'est par ailleurs illustré dans la défense de femmes mandant une séparation de corps et ses plaidoyers à cette occasion brossent un sombre tableau de la vie des femmes dans la société française d'alors.⁴³⁰

Le baron d'Holbach est sans doute un des philosophes des *Lumières* qui a le plus compati au sort malheureux d'épouses enchaînées à vie à des maris tyranniques. « Parents barbares ! » crie le baron qui leur reproche de jeter leurs filles dans les bras de maris qu'elles ne connaissent même pas.⁴³¹ L'indissolubilité vient alors ajouter au poids de cet égoïsme parental : « L'hymen ne lui offre aucunes douceurs ; il ne lui présente que des chaînes rendues indestructibles par la religion. »⁴³² Holbach reproche en outre aux maris leurs tyrannies secrètes et la vie difficile qu'ils font mener à des femmes déjà victimes des ambitions de leurs parents :

Grâce au peu de soin que l'on donne à l'instruction des Grands & des riches, au lieu d'être des maris tendres, humains & sensibles, ils ne sont pour l'ordinaire que d'indignes despotes, méprisés & détestés par des femmes, que sous les beaux dehors de la décence ils traitent souvent secretement en esclaves, & sur lesquelles ils croient pouvoir impunement exercer leur injustice, leur humeur, leurs caprices. Des parents guidés par leur avarice, ou leurs indignes préjugés, ont livré à ces lâches tyrans des victimes, que la loi rigoureuse force presque en tout pays de gémir dans l'affliction pendant tout le cours de la vie. On ne consulte, comme on a vu, dans les alliances que l'ambition, l'orgueil, la cupidité, que l'on décore du nom de *Convenance*. Par-là des mariages mal assortis ne font que rapprocher des ennemis, qui se font éprouver à tout moment des contrariétés & des déboires, qui soupirent après le moment qui déliera leurs chaînes, ou qui, lorsque les choses ne sont pas portées à cet excès, vivent dans une

⁴²⁸ La séparation de corps était elle aussi envisagée par l'Église comme une protection pour la femme face aux abus du mari au nom de son autorité. Elle fut d'ailleurs essentiellement demandée par des femmes, ce que fait remarquer Phillips qui estime d'autre part que la légalisation du divorce a surtout profité aux femmes qui en furent aussi les principales demanderesses. Phillips, *loc.cit.*, pp. 197-198. C'est aussi ce que remarque Laperche-Fournel qui note que le divorce révolutionnaire était et un phénomène urbain, et un phénomène féminin. Laperche-Fournel, « Les divorcés de l'an II... », p. 259. Madame de Necker soutenait au contraire que les divorces révolutionnaires furent défavorables à la femme puisqu'ils la laissèrent le plus souvent dans le « dénuement et la solitude ». Sullerot, *op.cit.*, p. 114.

⁴²⁹ Il écrit en effet dans ses *Annales*, alors qu'il est exilé Londres : « Du reste, elles [femmes] ont des droits plus étendus qu'en France. Le divorce leur laisse, comme à leurs tyrans, l'espoir de briser la chaîne du mariage, quand elle est souillée ou insupportable. » Nicolas-Simon Henri Linguet, *Annales politiques, civiles et littéraires du XVIII^e siècle*, Tome Second, Londres, 1777, p. 403.

⁴³⁰ Voir par exemple son plaidoyer dans l'affaire N... qu'il défendit en 1771 : une femme atteinte de la syphilis que son mari libertin lui avait transmis demandait d'être séparée de son époux débauché. Vissière, *op.cit.*, pp. 269-279.

⁴³¹ Holbach, *Système social...*, p. 124. Les filles nobles demeuraient en effet le plus souvent au couvent jusqu'à leur mariage.

⁴³² *Ibid.*

indifférence complète, sont séparés d'intérêts, ne s'occupent aucunement de leur félicité réciproque, non plus que de celle des enfants auxquels ils n'ont donné le jour que pour n'y plus songer.⁴³³

Le sort des enfants est lui aussi une préoccupation d'Holbach qui réfute l'idée que le divorce de leurs parents leur serait nuisible.⁴³⁴ Montesquieu avait lui-même exprimé cette réserve dans *De l'Esprit des lois* : « (...) quant à l'utilité civile, il [le divorce] est établi pour le mari et pour la femme, et n'est pas toujours favorable aux enfants. »⁴³⁵ Le baron d'Holbach croit au contraire qu'il leur serait préférable puisqu'ils ne peuvent être que négligés par des parents qui se détestent et se fuient : « Quelle éducation des enfans peuvent-ils recevoir de parents plongés continuellement dans le vice, la dissipation, le tumulte et l'ivresse ! »⁴³⁶ Le bonheur des enfants est donc lui aussi une revendication de ce partisan du divorce, mais le baron se préoccupe surtout de leur éducation, thème majeur de la seconde moitié du XVIII^e siècle, et celle-ci est avant tout utile pour la société. Dans *La morale universelle*, Holbach souligne ainsi les conséquences d'une mauvaise éducation des enfants : « Les enfans, élevés au sein de dissensions domestiques, ne peuvent être que malheureux & négligés ; ils doivent nécessairement se pervertir, au lieu de devenir des citoyens utiles à la Patrie. »⁴³⁷ Le malheur et la mauvaise éducation des enfants sont aussi dénoncés par Diderot qui les ajoute à ses arguments pour convaincre Catherine II de la nécessité d'introduire le divorce.⁴³⁸

Que les parents séparés soient toujours en mesure de subvenir aux besoins de leurs enfants fut aussi envisagé par le baron d'Holbach. Celui-ci soutient en effet que seuls les époux aisés useraient du divorce et donc, que les soucis matériels ne seraient pas à craindre : « Les époux indigents, ou d'une fortune médiocre, ne songeront guere à se séparer ; les divorces n'auroient lieu qu'entre les riches, qui sont en état de pourvoir aux

⁴³³ Holbach, *La morale universelle...*, p. 24.

⁴³⁴ « On nous dira, peut-être, (...), que le sort des enfans deviendrait trop incertain s'il étoit permis à leurs parents de se séparer à volonté. » *Ibid.*, p. 26. Holbach réplique donc à cet argument avancé contre le divorce.

⁴³⁵ Montesquieu, *De l'Esprit des lois...*, Tome 1, p. 283. Même Diderot, pourtant partisan du divorce, estime que les enfants séparés de leurs parents seraient sans doute malheureux. C'est en effet ce qu'il exprime dans sa réfutation de l'ouvrage d'Helvétius parue dans la *Correspondance littéraire* de janvier 1783 : « Il [Helvétius] n'a pas considéré qu'après le divorce, les enfans ne peuvent demeurer soit à côté du père, soit à côté de la mère sans être malheureux. Le divorce qui restitue à deux époux la liberté de se remarier, exige donc que les enfans leur soient soustraits. Il exige donc des tuteurs. Qui chargerez-vous, sans fâcheuse conséquence, de la tutelle des enfans ? ». Denis Diderot, « Réfutation, suivie de l'ouvrage d'Helvétius intitulé *De l'Homme* » dans *Œuvres complètes*, Tome 11, Paris, Le Club français du livre, 1971, p. 638.

⁴³⁶ Holbach, *Système social...*, p. 103.

⁴³⁷ Holbach, *La morale universelle...* p. 26.

⁴³⁸ « Les enfans sont malheureux et corrompus par la division des parents ». Diderot, « Du Divorce » dans *Mémoires...*, p. 204.

enfants provenus de l'union qu'ils ont dessein de rompre. »⁴³⁹ Apparemment, le bonheur des pauvres compte moins puisque le baron ne cherche pas de solutions matérielles à une éventuelle dissolution de leur mariage. Il estime sans doute, comme beaucoup d'autres, que la vie des humbles est plus satisfaisante, que ceux-ci ont rarement besoin de se quitter et qu'ils sont au contraire le plus souvent indispensables au sein du couple.⁴⁴⁰

Le bonheur des époux, de la femme et des enfants semble donc incompatible avec le principe d'indissolubilité du mariage imposé par l'État français. L'ensemble des écrivains favorables au divorce que nous avons étudiés jusqu'à maintenant semblent tous convaincus que la détérioration des relations de couple est inévitable. Pourquoi ? Sans doute, les nombreux exemples de mauvais ménages, surtout chez les nobles, leur parurent assurer le bien-fondé de leurs assertions, mais la réponse est surtout à chercher dans la conception que les intellectuels français des *Lumières* avaient de la nature humaine.

2.2.4 L'indissolubilité contre nature

Dans son article consacré à l'amour dans le mariage, Ariès affirme que le rapprochement au XVIII^e siècle entre l'amour-passion et l'institution matrimoniale a rendu la permanence du lien impensable pour les intellectuels de l'époque.⁴⁴¹ L'amour était en effet alors considéré comme un sentiment extrême, sublime et indispensable, mais éphémère. Khettry souligne dans son étude des pièces de théâtre des XVII^e et XVIII^e siècles que si les parents s'opposent au mariage d'amour de leurs enfants, c'est surtout parce qu'ils sont convaincus que ce sentiment ne peut durer et que ceux-ci finiront nécessairement par être malheureux.⁴⁴² Ariès croit d'autre part que si la société moderne avait le culte du précédent, elle n'avait pas celui de la durée qui est selon lui une valeur toute

⁴³⁹ Holbach, *La morale universelle...*, p.26. Diderot propose pour sa part une méthode afin d'assurer la rareté du divorce : « Au reste, on limiterait aisément la multiplicité des divorces par la division des fortunes. S'il y a cinq enfants, la masse du bien des époux se divisera en cinq parties, dont trois appartiendront aux enfants. Cette division ne permettrait guère à un époux de changer deux fois de femme, à une femme de changer deux fois d'époux. » Diderot, « Du Divorce » dans *Mémoires...*, p. 205. Diderot ne précise cependant pas la distinction qui pourrait s'établir entre les couples aisés et les moins nantis.

⁴⁴⁰ Ils l'étaient d'ailleurs véritablement au point de vue économique, François Lebrun l'a bien montré. Lebrun, *op.cit.* Olwen Hufton a pour sa part illustré l'importance de la femme dans l'économie du foyer. Voir son article : Olwen Hufton, « Women and the Family Economy in Eighteenth-Century France », *French Historical Studies*, vol. 9, no.1 (Spring 1975), pp. 1-22.

⁴⁴¹ Ariès, « L'amour dans le mariage », p. 121.

⁴⁴² Khettry, *op.cit.* Les parents préfèrent les mariages d'intérêt car ils croient que la fortune suffit à leur bien-être.

contemporaine.⁴⁴³ Au Moyen Âge et à l'Époque moderne, la seule antériorité légitimait en effet l'événement qui était alors condamné à se répéter simplement du fait qu'il a existé. L'auteur de *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien régime* avance ainsi que « l'indissolubilité du lien conjugal se rattache au respect général d'une société coutumière à la notion de precedent ».⁴⁴⁴ C'est en effet parce que le mariage était considéré comme un événement antérieur qu'il devait nécessairement se maintenir jusqu'à la mort de l'un des conjoints. Ariès estime que cette conception traditionnelle fut ébranlée au XVIII^e siècle de par la valorisation de l'amour conjugal puisque, « l'amour-passion ne [durant] pas, l'amour conjugal qui lui est assimilé ne dure pas plus. »⁴⁴⁵ Rendre ce lien permanent, indissoluble, devient dans ce cas une ineptie.

Mauzi souligne que plusieurs écrivains du XVIII^e siècle critiquèrent le préjugé de l'amour unique. Blondel écrit ainsi dans les *Loisirs philosophiques* :

Pourquoi dit-on communément qu'on ne peut aimer qu'une fois ? Parce qu'un jeune cœur se sera malheureusement trompé dans son choix, vous pensez qu'il ne lui sera plus permis d'en faire un bon ? Un amour manqué n'est qu'un faux pas dans la recherche du bonheur. La nature impose à tout homme de continuer ses expériences, jusqu'à ce que l'une d'elles l'ait enfin comblé.⁴⁴⁶

Ariès croit pourtant que le divorce n'était pas tant vu comme le moyen de rattraper une erreur que comme « la sanction normale d'un sentiment qui ne peut ni ne doit durer et qui doit alors laisser place au suivant. »⁴⁴⁷ Philip Stewart soutient que la mobilité, le changement, répondaient à un besoin psychologique des élites libertines des *Lumières* avant tout friandes d'expériences « instantanées ».⁴⁴⁸ Selon cet auteur, « le seul sentiment de durée résultait alors de la multiplication des sensations »⁴⁴⁹ et, pour cette raison, le changement d'amant(e) était de mode courante chez les gens de la cour. La plupart des intellectuels du XVIII^e siècle firent ainsi l'apologie du plaisir et des passions humaines comme sources immédiates de bonheur suprême et l'article « Jouissance » de l'*Encyclopédie*, rédigé par Diderot, est un véritable plaidoyer en faveur de la volupté.⁴⁵⁰ Le sensualisme anglais trouvait en France un grand nombre de partisans convaincus du penchant naturel de l'homme à se satisfaire physiquement.

⁴⁴³ Ariès, « L'amour dans le mariage », p. 121.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 122.

⁴⁴⁶ Mauzi, *op.cit.*, p. 464.

⁴⁴⁷ Ariès, « L'amour dans le mariage », p. 122.

⁴⁴⁸ Stewart, *op.cit.*, p. 42.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ Ehrard, *op.cit.*, p. 543; Mauzi, *op.cit.*, p.386.

La nature humaine, comme le démontre l'étude d'Ehrard, fut un des sujets préférés des intellectuels français du XVIII^e siècle. Or, tous considéraient que l'homme est profondément inconstant et que ce ne sont que les lois qui parviennent, souvent superficiellement, à le fixer.⁴⁵¹ « L'indissolubilité est contraire à l'inconstance si naturelle à l'homme. En moins d'un an, la chair d'une femme qui nous appartient nous est presque aussi propre que la nôtre », voilà ce qu'écrivit Diderot à Catherine II pour la convaincre du bien-fondé de l'introduction du divorce dans ses terres.⁴⁵² L'auteur des *Réflexions d'un célibataire* partage cette opinion : « La passion, a dit M. Diderot, voit tout éternel, mais la nature veut que tout finisse. »⁴⁵³ Gabriel Sénac de Meilhan écrit pour sa part qu'il est « vain de s'attacher à une seule personne car l'habitude de vivre avec elle, la voir, l'écouter, fatigue l'amant. »⁴⁵⁴ Le *Dictionnaire des citations françaises* lui attribue également cette réflexion : « Des nœuds indissolubles m'ont toujours parus contraires non seulement au bonheur, mais à la nature humaine, et la faculté du divorce peut seule les rendre supportables. »⁴⁵⁵ Pierre de Choderlos de Laclos ne croit pas non plus à l'attachement prolongé d'un homme à une seule femme et considère la dissolution du mariage comme étant « une suite nécessaire de l'instinct naturel et immuable. »⁴⁵⁶ Cette question semble donc avoir suscité bon nombre de réactions de la part des élites et même le financier de la Pouplinière a écrit à ce propos : « On nous lie pour toute la vie à un même sujet ; le remède n'est qu'une misère de plus, intolérable, comme le mal même puisqu'il impose un joug sous lequel l'esprit libre ne peut fléchir puisqu'il tend à fixer l'inconstance naturelle des goûts que jamais rien n'arrêtera. »⁴⁵⁷

La loi de l'indissolubilité s'avère donc être une institution cruelle qui fait fi de la nature humaine et plusieurs partisans du divorce la condamnèrent comme institution contre nature. Beaucoup considèrent, notamment Laclos qui se base sur les assertions de Rousseau, qu'il n'est pas naturel pour les époux de demeurer ensemble après l'accouplement.⁴⁵⁸ Dans son *Tableau de Paris*, Mercier constate : « Notre législation, en

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² Diderot, « Du Divorce » dans *Mémoires...*, p.204.

⁴⁵³ Cité dans Ronsin, *op.cit.*, p. 21.

⁴⁵⁴ Cité dans Khettry, *op.cit.*, p. 27.

⁴⁵⁵ Oster, *op.cit.*, p.623.

⁴⁵⁶ Pierre de Choderlos de Laclos, *De l'Éducation des femmes*, Grenoble, Ed. Jérôme Million, 1991 [1783], p. 102. Traer mentionne que ce traité était la réponse à une question posée par l'Académie de Châlons-sur-Marne sur les moyens d'améliorer l'éducation des femmes. Traer, *op.cit.*, p.77.

⁴⁵⁷ Khettry, *op.cit.*, p. 29.

⁴⁵⁸ Laclos, *op.cit.*, p. 99. Lannes en fait également mention. Lannes, *loc.cit.*, p.36.

prescrivant un terme indéfini, n'a point su composer avec nos passions, ni avec notre nature. »⁴⁵⁹ C'est exactement ce qu'exprima Montesquieu, par l'entremise d'Usbek, dans les *Lettres persanes* :

On comptât pour rien les dégoûts, les caprices et l'insociabilité des humeurs ; on voulut fixer le cœur, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus variable et de plus inconstant dans la nature ; on attacha sans retour et sans espérance des gens accablés l'un à l'autre et presque toujours mal assortis ; et l'on fit comme ces tyrans, qui faisoient lier des hommes vivants à des corps morts.⁴⁶⁰

Les intellections les plus surprenantes quant à l'inconstance de l'être humain et à son besoin de changement vinrent du très heureux ménage Helvétius :

Au reste je veux que les désirs ambulatoires et variables de l'homme et de la femme leur fissent quelquefois changer l'objet de leur tendresse. Pourquoi les priver des plaisirs du changement, si d'ailleurs leur inconstance par des Loix sages, n'est point nuisible à la Société ?⁴⁶¹

L'auteur du scandaleux *De l'Esprit* ne se limite pas à ce souhait général, il va jusqu'à proposer le divorce comme récompense afin d'encourager les hommes valeureux :

D'ailleurs s'il est vrai que le désir du changement soit aussi conforme qu'on le dit à la nature humaine, on pourroit donc proposer la possibilité du changement comme le prix du mérite : on pourroit donc essayer de rendre par ce moyen, les guerriers plus braves, les Magistrats plus justes, les artisans plus industrieux et les gens de génie plus studieux.⁴⁶²

Cette proposition de la part d'Helvétius ne surprend guère lorsqu'on se souvient qu'il considérait dans *De l'Esprit* que « la nature aurait voulu faire des femmes la récompense de la plus haute vertu. »⁴⁶³ Diderot se montre au contraire scandalisé d'un tel principe, comme d'ailleurs de la plupart des propositions d'Helvétius qu'il contredit dans sa *Réfutation suivie de l'ouvrage d'Helvétius intitulé De l'Homme* parue dans la *Correspondance littéraire* de janvier 1783. Il s'oppose en effet au divorce-récompense d'Helvétius de par un souci d'égalité à ses yeux évident :

Faire du divorce le prix du mérite est une absurdité. Est-ce que le sot n'est pas aussi malheureux avec une mauvaise femme que l'homme du plus grand génie ? Est-ce que

⁴⁵⁹ Mercier, *op.cit.*, Tome VI, p. 158.

⁴⁶⁰ Montesquieu, « Lettre CXVI », *Lettres persanes...*, p. 244. Dans l'*Essai sur le goût*, Montesquieu fait des réflexions similaires : « L'âme ne peut soutenir longtemps les mêmes situations, parce qu'elle est liée à un corps qui ne les peut souffrir. » Cité dans Mauzi, *op.cit.*, p. 391.

⁴⁶¹ Helvétius, *De l'Homme...*, p. 739.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 738.

⁴⁶³ Helvétius, *De l'Esprit*, Paris, Fayard, 1988 [1758], p. 326.

tous les mariages ne sont pas indistinctement exposés aux incompatibilités de caractère qui font le supplice des deux époux ?⁴⁶⁴

La durée, valeur inconnue des gens de l'époque moderne, était donc considérée comme une source de misères et de peines. La durée rend malheureux, voilà ce que croit l'avocat Lavie qui considère que « l'esprit humain peut supporter une douleur dont il envisage le terme » alors que l'indissolubilité « bannit l'espérance, seule capable de soutenir et consoler. »⁴⁶⁵ Pour cette raison, cet avocat de Bordeaux est convaincu « qu'il n'est point de haine aussi forte que celle qui a pris racine dans un mariage indissoluble. »⁴⁶⁶

La durée du mariage était à cette époque très courte étant donnée l'espérance de vie réduite. François Lebrun estime que la moitié des unions durait moins de quinze ans; le tiers, moins de dix ans et ce, à cause de la surmortalité féminine entre 25 et 40 ans.⁴⁶⁷ Il n'était donc pas rare qu'un homme se marie trois ou quatre fois car le remariage était une nécessité économique incontournable. On l'a dit, la société moderne était une société du mariage et Lebrun en vient à la conclusion que « plus qu'une union pour l'éternité, le mariage est vécu comme un contrat unissant deux êtres destinés à passer quelques années ensemble. »⁴⁶⁸ Aujourd'hui, le faible taux de mortalité allonge au contraire la durée de la vie de couple et on peut presque dire que le divorce, de nos jours très fréquent, est devenu le substitut de la mort. Ce phénomène avait d'ailleurs déjà été remarqué au XVIII^e siècle par Diderot qui renversait alors l'affirmation : « La mort exécute ici le divorce. »⁴⁶⁹ Le *Dictionnaire de Trévoux* en vient à la même observation dans sa définition du divorce : « C'est un veuvage anticipé ».⁴⁷⁰ Au XVIII^e siècle, on assiste à une montée de l'espérance de vie de par une faible baisse de la mortalité et on peut donc penser, ce n'est qu'une

⁴⁶⁴ Diderot, « Réfutation suivie de l'ouvrage d'Helvétius... », p.638. L'abbé Barruel avait lui aussi ridiculisé la proposition d'Helvétius dans ses *Helviennes ou lettres provinciales philosophiques* parues en 1781. Cité dans Damas, *op.cit.*, p. 49.

⁴⁶⁵ Lavie, *op.cit.*, p. 66.

⁴⁶⁶ *Ibid.* Depuis Montaigne qui a popularisé cette idée, plusieurs auteurs croyaient que la contrainte de la vie commune détruit l'affection mutuelle. Bodin a aussi contribué à répandre cette opinion : « Il n'y a rien de plus pernicieux que de contraindre les parties à vivre ensemble. Il faut donc restaurer la répudiation en faveur du mari afin de tenir en bride les femmes superbes. » Cité dans Darmon, *op.cit.*, p. 19. (Cette dernière expression fut maintes fois utilisées, en particulier par Lavie). Mercier écrit par exemple que l'obligation de vivre ensemble est souvent un obstacle à l'amour même : « Tels se seroient aimés constamment toute leur vie, s'ils n'en eussent pas prononcé le serment à l'autel. » Mercier, *op.cit.*, Tome VI, p. 325. Chamfort soulignait dans une boutade l'éloignement naturel des conjoints : « Le divorce est si naturel que, dans beaucoup de maisons, il couche toutes les nuits entre les deux époux. » Chamfort, *op.cit.*, p. 51.

⁴⁶⁷ Lebrun, *op.cit.*, p.48.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ Diderot, « Réfutation suivie de l'ouvrage... », p. 638.

⁴⁷⁰ *Dictionnaire universel françois et latin...*, Tome 3, 1752, p. 206.

hypothèse, que le prolongement de la vie de couple, conséquence indirecte de cette baisse de la mortalité, ait pu effrayer certains observateurs des déboires conjugaux. Le divorce peut donc bien être vu comme un substitut de la mort qui semblait vouloir se manifester de plus en plus tardivement.

Comme le marquis d'Argenson, certains intellectuels en vinrent jusqu'à rejeter le mariage et à préconiser l'union libre, plus près selon eux de la nature humaine.⁴⁷¹ C'est par exemple ce que propose Diderot dans son *Supplément au voyage de Bougainville*. L'auteur du *Père de famille* exprime dans cet ouvrage sa répugnance du mariage qu'il considère comme l'appropriation illégitime d'un être humain.⁴⁷² Voici en effet ce qu'exprime Orou à propos du mariage occidental, c'est à dire monogame et indissoluble :

Ces préceptes singuliers, je les trouve opposés à la nature et contraires à la raison ; faits pour multiplier les crimes. Contraires à la nature parce qu'ils supposent qu'un être pensant, sentant et libre, peut être la propriété d'un être semblable à lui. (...) Rien en effet, te paraît-il plus insensé qu'un précepte qui proscrie le changement qui est en nous ; qui commande une constance qui n'y peut être, et qui viole la liberté du mâle et de la femelle, en les enchaînant pour jamais l'un à l'autre : qu'un serment d'immutabilité de deux êtres de chair, à la face d'un ciel qui n'est pas un instant le même.⁴⁷³

⁴⁷¹ Khettry, *op.cit.*, p. 28. Le marquis d'Argenson va jusqu'à réprouver le mariage : « Je tranche net que le mariage devrait être défendu par de bonnes lois, que je méprise et que je hais tous les gens mariés, qu'ils ne seront jamais mes amis et que je n'en prendrai aucun à mon service. » Cité dans Abensour, *La femme et le féminisme...*, p. 406. Il considère en outre que l'inconstance de l'homme est naturelle et qu'il est donc impossible d'être fidèle. Rousseau lui-même, qui fait pourtant l'apologie du mariage dans *La nouvelle Héloïse* ne se plaisait que dans l'union libre. Voici ce qu'il écrit à Mme de Francueil : « Que ne me suis-je marié ? Demandez-le à vos injustes lois ; il ne me convenait pas de contracter un engagement éternel et jamais on ne me prouvera qu'aucun devoir m'y oblige. » *Ibid.*, p. 405.

⁴⁷² Le marquis de Sade, on n'est pas étonné, bafoue également la possession exclusive d'un être et, bien sûr, prône le droit à la jouissance illimitée dans sa *Philosophie dans le boudoir* paru cependant en 1794, après la loi du divorce : « Tous les liens qui peuvent enchaîner une femme à un homme sont injustes et chimériques : tout homme a droit sur toute femme à une jouissance momentanée, parce que cette jouissance est l'inverse de la possession. Ce qu'on appelle amour pour justifier l'exclusivité, sert en fait à fonder un bonheur égoïste et privilégié, opposé au bonheur de tous ». D.A.F marquis de Sade, *Philosophie dans le boudoir* dans *Oeuvres complètes*, Tome 25, Paris, Cercle du livre précieux, 1968, p. 302. Diderot dénonce quant à lui le mariage bourgeois dans son article « Jouissance » de l'*Encyclopédie* et prône ainsi une liberté sexuelle favorable à toute la communauté dans son *Supplément au voyage de Bougainville*.

⁴⁷³ Diderot, *Supplément au voyage...* p. 978. Hippocrate de Dorat, qui se penche sur le mariage aux temps jadis, écrit : « L'usage, enfin, aussi cruel qu'insensé de se lier, de s'enchaîner soi-même, d'engager le présent et de répondre de l'avenir n'était point encore connu. » Cité par Sullerot, *op.cit.*, p.27. Le romantique Toussaint lui-même adhère à cette théorie de l'inconstance : « Cependant le cœur humain est si variable, qu'il ne peut, sans témérité, répondre de brûler sans cesse d'une ardeur égale et constante. L'amour est un feu ; il s'éteindra si on le noie, ou s'il manque d'aliment. » Toussaint, *op.cit.*, p. 361. Rousseau, enfin, qui prône dans ses écrits la vertu use pratiquement des mêmes arguments quant à l'inconstance humaine pour justifier le rejet du mariage d'amour. Voici en effet ce qu'il fait dire à Julie devenue Mme De Wolmar : « Nous réglons l'avenir sur ce qui nous convient aujourd'hui sans savoir s'il nous conviendra demain, et nous jugeons de nous comme étant toujours les mêmes, et nous changeons tous les jours. Qui sait si nous aimerons ce que nous aimons, si nous voudrions ce que nous voulons, si nous serons ce que nous sommes, si les objets étrangers et les altérations de nos corps n'auront pas autrement modifié nos âmes (...) ». Rousseau, « Julie ou la Nouvelle Héloïse », p. 673.

On retrouve ici l'idée de l'inconstance humaine qui nécessite dès lors une plus grande liberté sexuelle. La polygamie, rarement la polyandrie, fut également considérée par plusieurs intellectuels des *Lumières* comme une institution idéale et la multiplication des ouvrages traitant de voyages dans les contrées lointaines et dépeignant les mœurs libérales des populations indigènes n'a pas peu contribué à éveiller les fantasmes sexuels de certains auteurs libertins.⁴⁷⁴ Pourtant, si on considère le libertinage des gens de cour, on peut presque dire que l'union libre y était établie. En fait, ces partisans de la polygamie et de l'union libre représentaient une minorité. La plupart des intellectuels, à l'instar de Buffon, considéraient en effet que le mariage monogame est dans la nature, qu'il est une institution naturelle et fondamentale.⁴⁷⁵ Ainsi, comme le souligne pertinemment Xavier Lannes, « tandis qu'on célébrait la famille, on acceptait l'idée qu'elle pût être dissoute, que le divorce, sorte de compromis entre l'ancien mariage indissoluble et l'union libre, permît à des époux mal assortis ou dégoûtés l'un de l'autre de se séparer et de contracter de nouveaux liens. »⁴⁷⁶

La plupart des intellectuels critiquaient donc les lois humaines allant à l'encontre de la « loi naturelle » et celle établissant la pérennité du lien conjugal était considérée comme une de ces lois dites contre nature car elle ne tenait pas compte de la faiblesse humaine. Diderot précise dans son *Supplément* qu'on « doit faire des règles selon la nature, sinon c'est un supplice pour l'homme. »⁴⁷⁷ Lorsque les lois religieuses et civiles contredisent la loi naturelle, l'homme se retrouve en conflit et en lutte constante contre ces législations qui renient sa nature profonde.⁴⁷⁸ Holbach fut également un fervent défenseur du respect de la loi naturelle et pour cette raison, il rejette la loi de l'indissolubilité :

Une législation plus équitable, plus conforme à la nature, devrait briser pour toujours des nœuds qui ne servent qu'à lier des malheureux. Le mariage n'est fait que pour

⁴⁷⁴ Helvétius, qui s'intéresse aux pratiques sexuelles des peuples de Madagascar et de l'Amérique, va jusqu'à affirmer que la corruption est compatible avec le bonheur et que les peuples les plus dépravés ont souvent été les plus évolués (Grecs, Romains). Helvétius, *De l'Esprit...*, p. 139.

⁴⁷⁵ Hoffmann, *op.cit.*, p. 353; Lannes, *loc.cit.*, p. 38.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 46.

⁴⁷⁷ Diderot, *Supplément au voyage...*, p. 980.

⁴⁷⁸ Holbach écrit à propos des lois civiles et/ou religieuses qui contredisent la nature humaine : « On nous dit que des sauvages, pour aplatir la tête de leurs enfants, la serrent entre deux planches, et l'empêchent par là de prendre la forme que la nature lui destinoit. Il en est à peu près de même de toutes nos institutions ; elles conspirent communément à contrarier la nature, à gêner, détourner, amortir les impulsions qu'elle nous donne, à leur en substituer d'autres qui sont les sources de nos malheurs. Paul Henri Thiry baron d'Holbach, *Système de la nature*, Londres, 1770, p. 151. Cet ouvrage est le premier essai d'explication matérialiste et athée de l'Univers, opposée à la vision chrétienne. Le soldat Laclos exprime à peu près le même sentiment : « L'instinct de la nature n'est-il pas dans tous ces cas étouffé sous le poids de nos institutions? » Laclos, *op.cit.*, p.101.

procurer aux Epoux des plaisirs honnêtes, des consolations, des douceurs ; dès qu'il ne leur produit que des peines, la loi ne devrait-elle pas anéantir une Société si contraire à son but & à son institution ?⁴⁷⁹

C'est également ce que croit l'homme de loi qu'est Lavie :

La loi naturelle permet à l'homme de fuir le malheur et de s'en délivrer ; les sociétés civiles se sont établies pour lui procurer plus de commodités, et des jours tranquilles, leur objet n'a jamais été de faire de sa vie un supplice continu : la perpétuité du mariage est donc contraire à l'impression de la nature et au principe de l'association entre les hommes.⁴⁸⁰

On sent bien là l'influence des théories sur le droit naturel élaborées par les *jusnaturalistes* du XVII^e siècle. Jean Ehrard et Simone Goyard-Fabre soulignent d'ailleurs l'influence des écrits de Pufendorf sur les intellectuels français des *Lumières*, ce dont Francis Ronsin est également convaincu. Le droit naturel, système de la loi naturelle, est intimement lié avec le droit au bonheur que revendiquent la majorité sinon tous les auteurs français du XVIII^e siècle. Ceux-ci estiment en effet que l'homme est naturellement porté à se rendre heureux et, pour cette raison, les lois civiles devraient le plus possible respecter cette « inclination au bonheur » en suivant les lois prescrites par la nature.⁴⁸¹ Le fait que tous les auteurs matérialistes des *Lumières*, peu nombreux il est vrai, se soient prononcés en faveur du divorce est significatif du rapprochement qu'on faisait alors entre nature, sensualisme, bonheur et affranchissement conjugal.⁴⁸² Cette revendication de la liberté sentimentale et sexuelle témoigne selon Hoffmann de « l'influence vivace de la doctrine du droit naturel sur la pensée philosophique et juridique en France. »⁴⁸³

Les traités du XVIII^e siècle qui renouvelèrent et institutionnalisèrent la science du droit naturel ont sans aucun doute été reçus en France puisque plusieurs juristes français ne manquent pas de faire référence, sans les nommer, à des théories exprimées par les *jusnaturalistes* allemands. Après avoir traité dans l'*Encyclopédie* du mariage en droit

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ Lavie, *op.cit.*, p. 67.

⁴⁸¹ Ehrard, *op.cit.* Ann Thomson, qui s'intéresse aux matérialistes du XVIII^e siècle et en particulier à leur influence sur le marquis de Sade, précise que pour d'Holbach, le bonheur « consiste à suivre les impulsions de cette nature et non les injonctions d'une religion faite pour tromper les hommes. » Ann Thomson, « L'art de jouir de La Mettrie à Sade » dans *Aimer en France, op.cit.*, Tome II, p.320.

⁴⁸² Les thèses matérialistes abondent en outre dans les romans libertins de l'époque. Quelques chercheurs estiment que cette littérature pornographique permit à la philosophie matérialiste de toucher un plus large public puisque celui-ci n'entendait souvent rien aux traités scientifiques d'un La Mettrie, d'un Holbach, d'un Helvétius et d'un Diderot. Roland Mortier, « Les voies obliques de la propagande philosophique » dans Roland Mortier, *op.cit.*, p.422.

⁴⁸³ Hoffmann, *op.cit.*, p.285.

ecclésiastique et en droit civil, le chevalier Jaucourt l'envisage du point de vue du droit naturel et donc, en tant que contrat naturel. Il se demande alors « quelle doit être la durée de la société conjugale selon le droit naturel, indépendamment des lois civiles » et en arrive à la conclusion que « la nature même & et le but de cette société nous apprennent qu'elle doit durer très long-tems », mais non indéfiniment.⁴⁸⁴ Il croit en effet que le mariage devrait se maintenir « aussi long-tems qu'il est nécessaire pour la nourriture & la conservation des procréés, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'ils soient capables de pourvoir eux-mêmes à leurs besoins. »⁴⁸⁵ Une idée qu'on retrouvait chez Christian Wolff qui favorisait avant tout l'entretien et l'éducation des enfants. De même, comme ce philosophe allemand du droit naturel, le chevalier Jaucourt est persuadé qu'il n'y a rien « dans la nature & dans le but de cette union, qui demande que le mari & la femme soient obligés de demeurer ensemble toute leur vie, après avoir élevé leurs enfans & leur avoir laissé de quoi s'entretenir. »⁴⁸⁶ L'encyclopédiste va même encore plus loin que ce juriste, on pourrait dire qu'il se rapproche en fait davantage de Christian Thomasius puisqu'il emprunte lui aussi aux théories de Locke en ce qui a trait à la durée volontaire du mariage. Voici en effet ce qu'il ajoute à ce principe :

Il n'y a rien, dis-je, qui empêche alors qu'on n'ait à l'égard du mariage la même liberté qu'on a en matière de toute sorte de société & de convention : de sorte que moyennant qu'on pourvoie d'une manière ou d'autre à cette éducation, on peut régler d'un commun accord, comme on le juge à propos, la durée de l'union conjugale, soit dans l'indépendance de l'état de nature, ou lorsque les lois civiles sous lesquelles on vit n'ont rien déterminé là-dessus. Si de-là il naît quelquefois des inconvénients, on pourroit y en opposer d'autres aussi considérables, qui résultent de la trop longue durée ou de la perpétuité de cette société.⁴⁸⁷

Le baron d'Holbach entretient les mêmes pensées à ce sujet puisqu'il écrit dans *La morale universelle* que « l'union de l'homme et de la femme ne dure que jusqu'à ce que leurs petits soient en état de se passer de leurs soins. »⁴⁸⁸

L'auteur mal connu qu'est Morelly⁴⁸⁹, disciple des théoriciens de la loi naturelle et lui-même théoricien de plusieurs plans de réforme sociale, aborde la question du mariage et

⁴⁸⁴ Chevalier Louis de Jaucourt, « Mariage » dans *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des arts et des métiers*, Neufchâtel, Samuel Faulche, 1760, p. 104. Jaucourt (1704-1780) était probablement calviniste puisqu'il étudia la théologie à Genève.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ Holbach, *La morale universelle...*, p. 5.

du divorce dans son utopie communiste, *Code de la nature ou le Véritable Esprit de ses lois de tout temps négligé ou méconnu*.⁴⁹⁰ Visant le plus possible au respect des lois inscrites dans la nature, l'auteur propose à la fin de son exposé socialiste une série d'articles de lois où figure un *Code matrimonial*.⁴⁹¹ Obligatoire, le mariage devrait selon Morelly être indissoluble pour les dix premières années de vie commune après quoi, le divorce devrait être admis. La loi du divorce qu'il propose impose quelques restrictions : respect d'un délai d'une année avant de se remarier, impossibilité d'épouser en secondes noces une personne plus jeune que soi pour éviter que certains hommes délaissent leurs femmes pour des filles plus jeunes.⁴⁹² De plus, la garde des enfants est dans cette législation entièrement laissée au père sous réserve que la mère doit continuer à allaiter ses enfants.⁴⁹³ Cette législation du divorce, il est vrai très conservatrice et essentiellement basée sur la raison et non sur les sentiments, est à notre connaissance la première qui fut proposée avant les lois suggérées dans les traités entièrement consacrés à cette question dans les années 1760-1770 et celles proposées par Hennet dans *Du Divorce*.

Si les intellectuels du XVIII^e siècle ne valorisaient guère la durée, contraire selon eux à la nature humaine, ils cultivaient par contre la notion fondamentale de précédent reçue de la pensée médiévale. Ernst Cassirer fut l'un des premiers à démentir le préjugé d'un XVIII^e siècle « anhistorique ». ⁴⁹⁴ Celui-ci soutint en effet que l'histoire est essentielle pour les intellectuels des *Lumières* car elle est intimement liée au concept de nature.⁴⁹⁵ Ils utilisèrent donc l'histoire pour légitimer leurs idées et l'histoire du divorce a elle aussi servi aux partisans de son rétablissement.

2.2.6 Quand le divorce existait...

⁴⁸⁹ On ne connaît ni l'année de sa naissance, ni celle de son décès. Nous savons seulement qu'il est l'auteur de plusieurs traités proposant des réformes sociales majeures comme *Le Prince, les délices du cœur, ou Traité des qualités d'un grand roi et système d'un sage gouvernement* paru en 1751.

⁴⁹⁰ Morelly, *Code de la nature ou le véritable esprit de ses lois*, s.l., 1760, 211 pages.

⁴⁹¹ Morelly est par ailleurs fortement opposé à l'union libre et prône au contraire une stricte monogamie, l'adultère étant sévèrement puni. *Ibid.*, p.196.

⁴⁹² Cette éventualité fut même utilisée par des femmes, en particulier Mme Necker, pour rejeter la légalisation du divorce. Celle-ci considère en effet que l'indissolubilité du mariage est une protection pour la femme car elle lui évite d'être délaissée par son mari lorsqu'elle avance en âge. Sullerot remarque que le divorce, lorsqu'il est interdit, est revendiqué par des femmes au nom de leur liberté alors que, lorsqu'il est permis, celles-ci en demandent l'abolition au nom de leur protection. Sullerot, *op.cit.*, p.114.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 199

⁴⁹⁴ Ernst Cassirer, *La philosophie des Lumières*, Paris, Fayard, 1970 [1932], pp. 207-237.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 209.

Le divorce est probablement de la même date à-peu-près que le mariage. Je crois pourtant que le mariage est de quelques semaines plus ancien, c'est-à-dire qu'on se querella avec sa femme au bout de quinze jours, qu'on la battit au bout d'un mois, et qu'on s'en sépara après six semaines de cohabitation.⁴⁹⁶

Cette boutade de Voltaire exprime de façon humoristique ce que plusieurs auteurs tenaient pour indéniable, c'est à dire l'existence du divorce chez tous les peuples de toutes les religions avant la venue du christianisme. Nous avons déjà brièvement signalé l'utilisation du modèle romain qui revient constamment dans les ouvrages des philosophes des *Lumières*. L'expérience romaine du divorce est elle-aussi abondamment évoquée par les partisans de son rétablissement; on a d'ailleurs déjà pu s'en rendre compte dans le discours de ceux prônant la dissolution du mariage afin de régénérer les mœurs en France. Traer note lui-aussi cette particularité de la référence au modèle romain par les auteurs abordant la question du divorce au XVIII^e siècle.⁴⁹⁷ Le passé fut en effet constamment invoqué par les intellectuels français des *Lumières* puisque, comme le souligne Cassirer, ceux-ci voyaient leur oeuvre non pas « comme un acte de destruction mais comme un acte de restauration »⁴⁹⁸, demeurant en cela tout à fait semblables à leurs prédécesseurs.

La mode de l'ethnologie et du relativisme culturel lancée par les nouvelles explorations du XVIII^e siècle a sans doute contribué à actualiser la question des mœurs anciennes et actuelles. Dans son étude consacrée à *L'esprit des usages et des coutumes des différents peuples*⁴⁹⁹, Jean-Nicholas Démeunier rappelle qu'à l'origine de l'humanité, le mariage était entièrement libre. Ce n'est selon lui que pour l'entacher d'une plus grande importance qu'il fut associé à la religion et de ce fait, accompagné de « quelques cérémonies capables de frapper l'imagination. »⁵⁰⁰ Son opinion personnelle transparaît dans cet exposé sur le mariage ancien puisqu'il affirme qu'on laissa « aux contractants la ressource du divorce et de la répudiation, ou bien on les *enchaîna* d'une manière irrévocable. »⁵⁰¹

Dans son chapitre consacré à la question du divorce, il rappelle une fois de plus que celui-ci fut permis avant l'instauration du mariage perpétuel : « On eut à peine établi le mariage qu'on vit des unions mal assorties ; mais comme on ne pensoit pas à former des liens

⁴⁹⁶ Voltaire, *Dictionnaire philosophique dans Œuvres complètes, op.cit.*, Tome 38, p.109.

⁴⁹⁷ Traer. *op.cit.*, p. 26.

⁴⁹⁸ Cassirer. *op.cit.*, p.239.

⁴⁹⁹ Jean-Nicholas Démeunier, *L'esprit des usages et des coutumes des différents peuples*, Paris, Éditions Jean-Michel Place, 1988 [1776], 2 volumes.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, Tome 1, p. 183.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 152.

indissolubles, la séparation des époux leur rendoit leur premier état. »⁵⁰² Dêmeunier fait par la suite un court historique de la répudiation et du divorce, de plus en plus soumis à des restrictions. La Chine, les pays musulmans, le Mexique et les Romains ne sont pas omis de cet aperçu et Dêmeunier en conclut que « les nations les plus polies adoptèrent le divorce : elles ne vouloient pas enchaîner irrévocablement deux époux qui se rendent malheureux, & l'on a pensé fort tard que le bien public exige ces sacrifices. »⁵⁰³ Il se réfère même au judaïsme et au christianisme et souligne qu'il est prouvé « que la loi de Moïse l'autorisa, que pendant neuf siècles il fut établi dans la primitive église, & que les législateurs, durant cet intervalle, se contentèrent de faire des réglemens pour en prévenir les abus. »⁵⁰⁴

L'auteur de ce traité d'ethnologie évoque d'autre part l'existence d'un débat sur cette question parmi les intellectuels de son temps : « Des hommes éclairés le redemandent aujourd'hui & les inconvéniens qu'il entraîneroit ne les arrêtent point. »⁵⁰⁵ Dêmeunier se prononce d'ailleurs lui-même en faveur de ce rétablissement lorsqu'il déplore le fait que « la prohibition du divorce tient à des abus qu'on ne guérira pas de sitôt, & la réforme est encore éloignée. »⁵⁰⁶

Ces « abus » sous-entendus par cet auteur, sont, on le devine, des abus de la religion catholique. On n'est pas étonné, en plein siècle de « remise en question du christianisme »⁵⁰⁷ de voir critiquée une institution religieuse qui est, dans ce cas, le sacrement du mariage. Les lois religieuses étaient en effet vues par la majorité des intellectuels de l'époque comme étant néfastes pour la société et le christianisme était considéré par plusieurs comme « l'ennemi du bonheur ». ⁵⁰⁸ Le curé Meslier⁵⁰⁹ lui-même, dans son volumineux *Testament* dénonçant tous les abus de la religion chrétienne, et même des religions en général, n'a pas manqué d'aborder la question du mariage indissoluble. Dans un chapitre consacré à « L'abus touchant l'indissolubilité des mariages et des maux

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 229.

⁵⁰⁴ *Ibid.*

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ D'après le titre d'une article de Roland Mortier : « La remise en question du christianisme au XVIII^e siècle » dans Roland Mortier, *op.cit.*, pp. 336-363.

⁵⁰⁸ Mauzi, *op.cit.*, p.204. Mauzi précise par ailleurs que c'est le plus souvent contre le christianisme que les philosophes du XVIII^e siècle se réclamaient de l'Antiquité. *Ibid.*, p.384.

⁵⁰⁹ Jean Meslier (1664-1733), curé en Champagne sous Louis XIV, avait écrit un ouvrage intitulé *Mon Testament* pour exprimer ses exécutions contre la religion qu'il avait dû taire de son vivant. L'ouvrage de ce curé athée et matérialiste fut diffusé dès 1735, mais c'est surtout avec la nouvelle édition de Voltaire de 1762 que le *Testament de Jean Meslier* devint populaire parmi les intellectuels français des *Lumières*. Il influença tout particulièrement le baron d'Holbach qui rédigea en 1772 un ouvrage intitulé *Le bon sens du curé Meslier*.

qui en viennent », Jean Meslier dénonce vivement cette obligation de demeurer ensemble perpétuellement telle qu'imposée aux époux par l'autorité ecclésiastique.⁵¹⁰ Bien avant les *divorciaires* des *Lumières* et de la Révolution, ce curé champenois déplorait le sort malheureux des époux qu'entraîne selon lui une telle institution :

Pareillement encore, qu'arrive t'il de cet autre abus qu'ils ont entre eux, de rendre comme ils font, les mariages indissolubles jusques à la mort de l'une ou de l'autre des parties ? Qu'arrive t'il de là, dis je ? Il arrive de là qu'il y a parmi eux une infinité de mauvais et malheureux menages dans lesquels les hommes se trouvent miserables et malheureux avec des mauvaises femmes, ou des femmes miserables et malheureuses avec des mauvais maris, ce qui cause souvent la ruine et la dissipation des menages ; car autant qu'il y a de ces mauvais mariages, et de ces mauvais menages dans lesquels l'homme et la femme ne s'aiment point, et ne peuvent s'accommoder paisiblement ensemble, mais au contraire sont tousjours en haine, en divorce et en dissensions continuelles, l'un contre l'autre ; ce sont autant de malheureux, et de malheureuses, qui detestent et maudissent tous les jours leurs mariages. Et ce qui augmente d'autant plus leur chagrin, et leur déplaisir, est de voir qu'ils ne peuvent se dedire d'un si mauvais marché, et qu'ils ne peuvent legitiment rompre un lien et un engagement qui leur est si desagreable et si desavantageux, et quelques fois encore si funeste ; et c'est ce qui les porte enfin à faire assés souvent des scandaleuses separations de corps et de biens, et quelques fois même aussi à attenter l'un ou l'autre sur la vie de leur contre partie, affin de se degager entierement par ce moien là d'un lien, et d'un joug qui leur est si odieux et si insupportable.⁵¹¹

Malheurs, scandales, meurtres : les principaux arguments des partisans du divorce au XVIII^e siècle se trouvaient déjà dans ce plaidoyer de Meslier et on peut donc affirmer que leurs raisonnements n'étaient pas originaux et correspondaient à un schéma classique de dénonciation du mariage indissoluble. De même, ce curé de campagne sous Louis XIV se préoccupait, tout comme d'Holbach et la plupart des pamphlétaires de la seconde moitié du XVIII^e siècle, du sort malheureux des enfants dans ces sortes d'unions perpétuelles :

Qu'arrive-t-il encore de ces mauvais mariages ? Il arrive souvent de là que les enfans qui en naissent sont miserables et malheureux par la faute et par la mauvaise conduite de leurs peres et de leurs meres qui leur donnent tous les jours des mauvais exemples, et qui negligent de les instruire, ou de les faire instruire (...) ⁵¹²

L'athée et matérialiste Holbach fut fortement influencé par le *Testament* de Jean Meslier. Il a commenté à plusieurs reprises l'œuvre du curé et, tout comme Voltaire, contribué à faire connaître cette œuvre parmi les gens éclairés de son temps. En lutte contre « l'infâme », l'argument antichrétien trouve évidemment une place de choix dans ses

⁵¹⁰ Jean Meslier, « Abus touchant l'indissolubilité des mariages et des maux qui en viennent » dans *Œuvres complètes*, Tome II, Paris, Éd. Anthropos, 1971, pp. 70-73. Cet ouvrage a été rédigé autour de 1720.

⁵¹¹ *Ibid.*, pp. 71-72.

⁵¹² *Ibid.*, p.72.

plaidoyers en faveur du rétablissement du divorce. On a déjà quelque peu évoqué sa critique de ce sacrement dans les *Lettres à Eugénie*, œuvre entièrement consacrée à la dénonciation des dogmes catholiques. Dans son premier ouvrage, *Le christianisme dévoilé*, le baron d'Holbach rappelle que « le dieu des Juifs avait permis le divorce » et il ne voit pas « de quel droit son fils, qui venait accomplir la loi de Moïse, a révoqué une permission si sensée. »⁵¹³ Dans son ironique dictionnaire de théologie, *Théologie portative*, il donne cette définition du mariage : « état d'imperfection⁵¹⁴, dont l'Église a pourtant fait un sacrement ; il n'a qu'une chose de bonne, c'est de valoir de l'argent aux prêtres, qui ont sagement inventé des empêchemens afin d'avoir le plaisir d'en dispenser pour de l'argent. »⁵¹⁵ Holbach souligne en outre à l'article « Divorce » que celui-ci est « absolument interdit aux chrétiens, chez qui le mariage est indissoluble », en ajoutant qu'il « en résulte, sans doute, les plus grands biens pour les époux qui très-souvent ne peuvent s'accorder, car alors ils se tourmentent efficacement pendant toute leur vie, ce qui ne peut manquer de les conduire en Paradis. »⁵¹⁶ Enfin, dénonçant les infortunes d'époux forcés de vivre ensemble, il soutient dans l'*Éthocratie* que « nulle loi vraiment divine ne peut exiger que des êtres, faits pour se détester, se tourmenter, se rendre la vie amère, demeurent liés les uns aux autres » et, de par le fait même, que « nulle loi sociale ne peut autoriser un abus si criant, qui feroit du mariage l'engagement le plus odieux. »⁵¹⁷

Cet abus religieux est bien sûr une occasion de plus pour Voltaire de discourir contre le pouvoir ecclésiastique. Après avoir écrit dans son *Dictionnaire philosophique* que le mariage « est un contrat du droit des gens dont les catholiques romains ont fait un sacrement », le philosophe ajoute que le sacrement n'est pas indispensable, c'est à dire que le mariage existe indépendamment du sacrement et que « telle a été la jurisprudence de tous les siècles et de toutes les nations, exceptée celle des Français. »⁵¹⁸ Il refait en effet à l'article « Mariage » de son dictionnaire l'historique de la position fluctuante des théologiens et des canonistes quant à la pérennité du mariage et soutient que l'obscurantisme du Moyen Âge, temps d'ignorance et de barbarie, a permis à l'Église de s'approprié complètement la juridiction du mariage et donc, de décider seule des cas de

⁵¹³ Holbach, « Le Christianisme dévoilé... », p. 84. Mortier considère cette œuvre comme « la plus radicale que le XVIII^e siècle ait connue. » Mortier, « La remise en question du Christianisme... », *loc.cit.*, p.354.

⁵¹⁴ Nicolas de Chamfort souligne lui-aussi cette particularité: « Le mariage est un état trop parfait pour l'imperfection de l'homme. » Chamfort, *op.cit.*, p. 415.

⁵¹⁵ Paul-Henri Thiry baron d'Holbach, *Théologie portative*, Hildesheim, Georg Olms, 1977 [1768], p. 146.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 91.

⁵¹⁷ Holbach, *Éthocratie...*, p. 209.

⁵¹⁸ Voltaire, *Dictionnaire philosophique dans Œuvres complètes, op.cit.*, tome 42, p. 38.

divorce. Ainsi, les princes ne purent désormais divorcer qu'avec l'accord du souverain pontife qui aurait par la suite substitué au divorce l'annulation de mariage que Voltaire qualifie de mensonge et d'hypocrisie car elle n'est selon lui qu'un divorce déguisé. Il reprend exactement les mêmes arguments dans un autre traité sur la tolérance qu'il fait paraître en 1778, *Prix de la justice et de l'humanité*.⁵¹⁹ Dans cet ouvrage, Voltaire reproche à la loi ecclésiastique de s'être mêlée aux lois civiles et d'avoir alors remplacé une pratique rationnelle, le divorce, par une juridiction hypocrite qui oblige les souverains à mentir pour avoir la permission de changer d'épouse.⁵²⁰

Usbek s'était lui aussi interrogé sur la pertinence de l'abolition du divorce et sur la conversion du mariage en un sacrement. Voici en effet ce que lui fait écrire Montesquieu dans les *Lettres persanes* :

Il est assez difficile de faire bien comprendre la raison qui a porté les Chrétiens à abolir le divorce. Le mariage, chez toutes les nations du Monde, est un contrat susceptible de toutes les conventions(...). Mais les Chrétiens ne le regardent pas de ce point de vue ; aussi ont-ils bien de la peine à dire ce que c'est. C'est une image, une figure et quelque chose de mystérieux que je ne comprends pas.⁵²¹

Un contrat, voilà ce que fut essentiellement le mariage avant la venue du christianisme et plusieurs auteurs reprochent justement à l'Église de s'être appropriée ce domaine de la vie civile.⁵²² Dèmeunier précise d'ailleurs dans son ouvrage ethnologique que « les mariages ne furent longtemps que des contrats civils » et dans *Du Contrat social*, Rousseau fait aussi du mariage un contrat puisque la famille est selon lui « la plus ancienne et la seule naturelle » des sociétés et qu'elle ne se maintient que par convention.⁵²³ L'avocat Linguet, qui fait lui aussi un historique du mariage dans sa *Théorie des loix civiles*, tient le même discours :

D'après ce que nous avons dit, il est aisé de se faire une idée précise de la manière dont tous les anciens peuples, et même une grande partie des modernes, ont envisagé et

⁵¹⁹ Voltaire, M. de, *Prix de la justice et de l'humanité*, Ferney, 1778, 120 pages.

⁵²⁰ *Ibid.*, pp. 66-67.

⁵²¹ Montesquieu, « Lettre CXVI », *Lettres persanes*, p. 245.

⁵²² Montesquieu se montre par contre très prudent sur cette question dans *De l'Esprit des lois*, ouvrage posé et érudit tout à fait opposé à la frivolité des *Lettres persanes*. Il laisse en effet à la religion le soin de prescrire la durée de l'union conjugale : « C'est à la loi de la religion à décider si le lien sera indissoluble ou non ; car si les loix de la religion avoient établi le lien indissoluble, et que les loix civiles eussent réglé qu'il se peut rompre, se seroient deux choses contradictoires. » Montesquieu, *De l'Esprit des lois...*, p. 121. Il se permet pourtant de souligner l'existence du divorce chez les Romains, modèles par excellence pour la plupart des juristes et des intellectuels du XVIII^e siècle, et même d'avancer que « le divorce a ordinairement une grande utilité politique. » *Ibid.*

⁵²³ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Édition originale commentée par Voltaire, Fac-Similé, Paris, Le serpent à Plumes, 1998 [1762], p. 5.

envisagent encore le lien conjugal : ce n'est à leurs yeux qu'un simple contrat civil, par lequel dans l'espèce humaine la propriété d'une femelle est attribuée à un mâle exclusivement.⁵²⁴

Croyant, Linguet affirme qu'il est sans doute contraire à la pureté religieuse qu'en tant que convention, le mariage puisse se dissoudre, mais qu'il ne pouvait en être autrement étant donné l'avènement d'une société valorisant de plus en plus la propriété. De même, comme Dêmeunier et les observateurs des mœurs des différents peuples, Linguet relativise la législation d'une institution aussi importante que le mariage. Voici ce qu'il écrit à ce propos :

Mais il n'étoit peut-être pas possible avec le simple secours de la raison, de l'épurer davantage : il ne l'étoit pas de s'élever au-dessus de ce principe impérieux de la propriété qui commençoit à dominer dans l'Univers, et qui maîtrisoit la législation elle-même. Le Christianisme est le seul culte qui ait fait du mariage un acte dont la religion devient la base et la caution. Ce n'est que parmi nous que le ministre Ecclésiastique est un témoin nécessaire du consentement donné par les époux à l'union qu'il confirme. L'obligation de la sceller aux pieds d'un Prêtre n'est pas universelle à beaucoup près, et la nécessité d'y ajouter la prononciation des formules sacrées qui en assurent à jamais la solidité, est restreinte aux pays qui reconnoissent Jésus-Christ pour Législateur et pour Dieu. Dans le reste du monde, l'autorité civile s'est conservé le droit de légitimer les unions de ses sujets ; (...) et partout le pouvoir de conférer, ou de dissoudre la propriété des femmes, est resté entre les mains chargées de veiller à maintenir l'ordre dans l'administration de toutes les autres especes de biens.⁵²⁵

L'influence du droit naturel se fait sentir chez les partisans du mariage en tant que contrat civil puisque, comme les *jusnaturalistes* allemands du XVIII^e siècle, certains croient que le mariage devrait être régi comme toute autre convention et donc, qu'il devrait lui aussi être en mesure d'être résilié. Le mariage est alors de plus en plus envisagé comme un contrat « librement consenti par deux parties égales et pouvant être rompu »⁵²⁶ et selon Godineau, cette notion de contrat valorisait la place de la femme en tant qu'associée égale.⁵²⁷ C'est aussi ce dont est convaincue Élisabeth Guibert-Siedziwski qui estime que la conception du mariage comme contrat civil suppose que la femme est civilement capable de s'engager.⁵²⁸

Pourtant, un auteur aussi conservateur en ce qui a trait à place de la femme dans la société du mariage que l'est Lavie est aussi favorable à la théorie du mariage comme

⁵²⁴ Linguet, *Théorie des loix civiles...*, p. 263.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 264.

⁵²⁶ Godineau, *loc. cit.*, p. 441.

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ Élisabeth Guibert-Siedziwski, « Naissance de la femme civile. La Révolution, la femme et le droit », *La Pensée*, 238, mars-avril (1984), p. 40.

convention résiliable. Celui-ci soutient en effet que le contrat de mariage doit être rompu « lorsque les associés de part et d'autre ne remplissent pas l'intention du traité » puisqu'il est de règle que « lorsque les associés violent les conditions expresses ou tacites, sous-entendues, la société doit se dissoudre. »⁵²⁹ Considérant que le principal but du mariage est le secours mutuel, il est convaincu que cette intention première ne peut être remplie lorsqu'il y a incompatibilité d'humeur ou haine réciproque et que « les vues qui ont formé la société sont alors trompées. »⁵³⁰ Ce type d'argumentation, Hoffmann en est convaincu, a directement été puisé chez les théoriciens du droit naturel qui mettaient l'accent sur le respect du contrat, mais aussi sur le bonheur réciproque des deux conjoints.⁵³¹ On ne peut cependant pas classer Lavie parmi les irrégieux. Il ne fait en effet que défendre la juridiction civile, au détriment bien entendu de la juridiction religieuse, mais ne représente pas du tout l'intellectuel des *Lumières* en lutte contre le christianisme tels que le furent Voltaire, Diderot, Helvétius ou le baron d'Holbach. En fait, les partisans du divorce qui invoquèrent son antériorité pour appuyer leur argumentation en faveur de son rétablissement ne furent pas tous irrégieux, bien au contraire.

La plupart des pamphlétaires de la seconde moitié du siècle, nous le verrons, furent soucieux de prouver leur foi et leur profond respect du christianisme en affirmant que l'institution du divorce est tout à fait compatible avec la religion. Ils ne remettaient en effet pas en cause les principes fondamentaux du catholicisme, mais visaient plutôt à démontrer que la théorie de l'indissolubilité absolue du mariage n'est, comme l'écrit Ronsin, qu'une « position circonstancielle et politique, c'est à dire révisable. »⁵³² Pour cette raison, on vit de plus en plus apparaître dans leurs ouvrages un historique du divorce venant compléter la plupart de ceux que contenaient déjà les dictionnaires juridiques ou encore l'*Encyclopédie* de Diderot.

Un des premiers véritables historiques du divorce, avant même les allusions de Montesquieu dans *De l'Esprit des lois* quant au divorce romain, a été rédigé, aussi surprenant cela soit-il, par un moine dominicain : le Révérend père Dom C. Chardon. Il nous paraît d'ailleurs curieux qu'aucun des partisans du divorce n'en fasse mention alors

⁵²⁹ Lavie. *op.cit.*, p. 66

⁵³⁰ *Ibid.*

⁵³¹ Hoffmann. *op.cit.*, p. 281.

⁵³² Ronsin. *op.cit.*, p. 9. C'est surtout ce que tenta de prouver Hennet en 1789. Celui-ci se base en effet principalement sur l'histoire pour prouver que le divorce est compatible avec le christianisme puisqu'il a existé du temps des empereurs et de plusieurs rois chrétiens.

que ceux-ci se réfèrent à des ouvrages tels que *L'art de vérifier les dates* des Bénédictins de Saint-Maur ou encore *Les conférences ecclésiastiques de Paris*. Dom C. Chardon précise tout d'abord qu'il entend faire œuvre d'historien et non de théologien et donc, que ce n'est pas en qualité d'homme d'Église qu'il entreprend de faire l'historique des sacrements. C'est en effet à l'occasion d'une volumineuse *Histoire des sacrements* que le moine vient à aborder la question du divorce, par le biais de son étude consacrée au sacrement du mariage.⁵³³ Il rappelle tout d'abord d'un ton désapprobateur la licence des Juifs et des Romains en matière de divorce, en ajoutant que de prime abord, « l'Église ne put se préserver entièrement de la contagion répandue sur ce point. »⁵³⁴ Ce qui par contre est pour nous plus intéressant et qui aurait pu servir de référence aux *divorciaires* est l'aveu du dominicain quant à la tolérance par les princes chrétiens de cette pratique et même, à leur autorisation officielle du divorce alors que plusieurs ecclésiastiques du XVIII^e siècle déniaient toute latitude de l'Église en cette matière. Les lois de Constantin et de Justinien, les exemples de divorces au Haut Moyen-Âge, sous Charlemagne et même jusqu'au XIII^e siècle et, surtout, le laxisme des ecclésiastiques britanniques et irlandais ne sont pas omis de cette récapitulation des pratiques de divorce avant le XVI^e siècle.⁵³⁵ La difficile acceptation du principe d'indissolubilité est elle aussi soulignée par Dom Chardon :

Tout ceci fait voir la vérité de ce qui a été dit touchant l'abus des divorces qui étoient si inveterés et que les Chrétiens ne s'en sont défait qu'avec beaucoup de peine. On a donc vu des Chrétiens dans ce sentiment, que le lien du mariage pouvoit se dissoudre du vivant même des deux époux, surtout à cause des débauches de l'un deux, & de son infidélité.⁵³⁶

L'incise matthéenne est évidemment évoquée pour expliquer un tel sentiment de la part de ces chrétiens. D'autre part, et c'est là l'originalité de Dom Chardon qui ne s'est pas limité à cette simple énonciation de faits historiques à caractère objectif, le moine bénédiction semble lui-même se prononcer en faveur d'un certain assouplissement de la loi de l'indissolubilité :

Quoique la doctrine de l'Église Latine, ou plutôt de toute l'Église, touchant l'indissolubilité du Mariage soit appuyée sur les oracles de J.C qui a interdit le divorce & a rappelé les choses à leur première institution. Quoique l'Apôtre ait parlé très

⁵³³ R.P. Dom C. Chardon, *Histoire des sacrements*. Tome sixième : suite de l'ordre. Du Mariage, Paris, Guillaume Desprez, 1745, 248 pages.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 219.

⁵³⁵ Chardon précise même que le divorce fut encore toléré en Éthiopie au XVI^e siècle. *Ibid.*

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 221.

expressément de cette matière, il faut convenir qu'il est certains cas dans lesquels ce lien sacré, & inviolable en tout autre, peut être rompu.⁵³⁷

Ces cas extraordinaires sont tout d'abord le vœu de chasteté ou l'entrée en religion d'un des conjoints avant la consommation du mariage. Il s'agit en fait de cas précédemment admis dans la doctrine classique, mais qui semblent avoir été mis en doute par quelques ecclésiastiques orthodoxes du XVIII^e siècle.⁵³⁸ En second lieu, et là encore il se montre tout à fait conventionnel, Dom Chardon rappelle le *privilege paulin* qui permet à un époux converti de se remarier avec un fidèle de la religion catholique.⁵³⁹ Ces deux cas étaient déjà admis par le droit canon et, comme nous l'avons souligné dans le premier chapitre, constituaient des failles dans le principe d'indissolubilité du mariage désormais adopté par l'Église. Ce qui est par contre particulièrement intéressant est cet aveu de possibles exceptions à une règle ecclésiastique puisque cette assertion a servi à Toussaint pour justifier l'utilisation du divorce dans des cas extrêmes. Rappelant tout d'abord la nécessaire pérennité du mariage, Toussaint soutient par la suite que la loi de l'indissolubilité peut et doit souffrir des exceptions :

Je n'entends point blâmer par là les nations chez qui le divorce est permis, ni les accuser d'enfreindre la loi naturelle en le permettant. Ce n'est point violer une loi que d'y mettre des modifications raisonnables : une équité trop rigide devient souvent injuste par sa rigueur même. Les dispenses et les exceptions, lorsqu'elles ne sont pas fréquentes, loin de détruire la loi, servent plutôt à l'affermir ; ce seroit vouloir l'abroger que de l'étendre à des cas où elle est impraticable. Or, il peut arriver, et il arrive en effet, que l'incompatibilité des humeurs rend la concorde impossible entre deux époux.⁵⁴⁰

Il est étonnant que les dérogations au principe d'indissolubilité du mariage évoquées et revendiquées par le moine dominicain n'aient pas fait l'objet de davantage de commentaires de la part des partisans du divorce ou de la répudiation. L'argument historique est cependant déjà amplement utilisé par l'avocat Lavie, adepte de cette dernière forme de séparation. L'exemple romain est bien sûr cité, mais également le fait que selon

⁵³⁷ Chardon, *op.cit.*, p. 221.

⁵³⁸ L'abbé Pilé, par exemple, a rédigé un volumineux traité tentant de prouver la fausseté des assertions d'un certain Jean-Pierre Gibert qui, en 1725, fit paraître un ouvrage intitulé *Tradition ou histoire de l'Église sur le sacrement de mariage*. Celui-ci aurait en effet insinué que de tout temps, le mariage non consommé fut dissoluble pour cause d'entrée en religion d'un des conjoints et ce, même sans le consentement de l'autre époux. L'abbé Pilé démontre donc le contraire dans un ouvrage en deux tomes intitulé *Dissertation sur l'indissolubilité absolue du lien conjugal où l'on prouve que tout mariage légitimement contracté, quoique non encore consommé est indissoluble de sa nature, et ne peut être rompu que par la mort naturelle de l'un des conjoints* paru à Paris en 1788.

⁵³⁹ Chardon, *op.cit.*, pp. 234-236.

⁵⁴⁰ Toussaint, *op.cit.*, p. 305.

lui, « la répudiation a été de droit commun chez tous les peuples avant l'Église chrétienne. »⁵⁴¹ S'appuyant sur l'idée fortement répandue que Dieu n'aurait permis le divorce aux juifs qu'à cause de la dureté de leur cœur, l'avocat revendique à son tour cette pratique pour les inconstants français de son temps : « On pourrait dire absolument que les séparations aujourd'hui si communes, démontrent que la dureté du cœur aurait encore besoin de ce remède. »⁵⁴²

L'assertion la plus originale concernant l'évolution du mariage et l'introduction de son indissolubilité dans le monde occidental vient une fois de plus du sensualiste et matérialiste Helvétius. Celui-ci croit en effet que cette institution était d'abord utile et nécessaire lorsque les gens travaillaient essentiellement la terre, mais qu'elle ne convient plus à ceux qui s'occupent d'autres fonctions :

Mais le mariage tel qu'il est institué dans les Pays Catholiques ne convient pas à toutes les professions. À quoi rapporter l'uniformité de son institution ? à la convenance, répondrai-je, qui se trouve entre cette forme de mariage, et l'état primitif des habitants de l'Europe, c'est-à-dire, l'état de laboureur. Dans cette profession l'homme et la femme ont un objet commun de desir ; c'est l'amélioration des terres qu'ils cultivent. Cette amélioration résulte du concours de leurs travaux. Dans leur ferme les deux époux toujours occupés, toujours utiles l'un à l'autre, supportent sans dégoût et sans inconvénient l'indissolubilité de leur union. Il n'en est pas de même dans les autres professions.⁵⁴³

C'est donc dire que les paysans, la majorité des Français en somme au XVIII^e siècle, n'ont pas tellement besoin d'une institution telle que le divorce. Cet argument d'Helvétius est peut-être ce qui a inspiré les hypothèses d'Ariès en ce qui a trait à la conception populaire du mariage et à la facile acceptation par les populations rurales de la théorie ecclésiastique du mariage indissoluble par comparaison aux milieux aristocratiques. Helvétius croit que les époux de couches inférieures sont plus dépendants l'un de l'autre, mais il pense surtout que leurs prenantes occupations ne leur laissent pas le temps de se lasser alors que les milieux plus oisifs souffrent d'ennui et se divertissent le plus souvent

⁵⁴¹ Lavie, *op.cit.*, p. 67.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ Helvétius, *De l'homme...*, p. 736. Hoffmann commente judicieusement cette déclaration : « L'erreur du législateur, dans les pays de l'Europe chrétienne, est d'avoir érigé en règle universelle une loi qui ne s'était trouvée accordée au bonheur du plus grand nombre qu'à tel moment de l'histoire et dans tel groupe social donné. En réalité, la fidélité conjugale est une prescription trop particulière pour pouvoir réaliser le but de l'institution politique, qui est le bonheur du plus grand nombre, à l'intérieur d'une société composée de catégories aussi différenciées que celles des paysans, de la bourgeoisie commerçante et de la classe oisive de la noblesse. » Hoffmann, *op.cit.*, p. 466.

en prenant des amants successifs.⁵⁴⁴ Pour la même raison, le marquis d'Argenson revendiquait l'introduction exclusive de l'union libre dans les hautes classes puisque « les classes les moins privilégiées s'accommodent des contraintes du joug matrimonial. »⁵⁴⁵ Mercier lui-même, pourtant défenseur des opprimés et du bas-peuple, semble partager les vues d'Helvétius à ce propos : « On a bâti le même contrat pour des êtres d'ailleurs si différents dans leur physique, dans leur fortune, dans leurs emplois, dans leurs idées ! »⁵⁴⁶

L'indissolubilité ne répond donc plus selon eux au besoin actuel de plusieurs Français et ce d'autant plus que plusieurs autres peuples ont le privilège de pouvoir divorcer et se marier de nouveau. Si le passé sert de modèle à plusieurs partisans du rétablissement du divorce, le présent offre en effet des exemples que citent abondamment bon nombre de partisans du divorce. Voltaire, qui critique le succinct historique du divorce tel que donné par l'*Encyclopédie*, précise : « On peut ajouter que cet usage est établi dans tous les pays du Nord, chez tous les réformés de toutes les confessions possibles, et dans toute l'Église grecque. »⁵⁴⁷

Un autre modèle surprenant utilisé par les partisans du divorce est celui de la Pologne. Une croyance était en effet fortement répandue parmi les intellectuels français du XVIII^e siècle : celle de l'existence du divorce dans l'État polonais. Avant tout utilisé par les pamphlétaires, comme nous le verrons, cet exemple est déjà souligné par Lavie qui est convaincu que cet État catholique romain admet la répudiation pour cause d'adultère ou même pour « de moindres causes » et qui se demande alors « pourquoi le reste des États catholiques n'obtiendrait pas la même liberté d'une mère commune. »⁵⁴⁸ En fait, et plusieurs ecclésiastiques heurtés par cette assertion ont tenté de le prouver⁵⁴⁹, il semble que l'État polonais ait simplement été plus souple quant aux causes et aux procédures d'annulation de mariage. Les partisans du divorce n'étaient pourtant pas dupes et

⁵⁴⁴ Cette remarque d'Helvétius est d'ailleurs insérée dans la note d'un chapitre sur l'ennui des époux aristocratiques. Il affirme dans cette partie de son ouvrage que la meilleure distraction est l'amour.

⁵⁴⁵ Cité dans Khettry, *op.cit.*, p. 28. Ces remarques ne sont pas si incongrues puisque des études actuelles démontrent que le taux de divorce est plus élevé chez les conjoints travaillant moins et donc, passant plus de temps ensemble.

⁵⁴⁶ Mercier, *op.cit.*, Tome IV, p. 73. Ces remarques peuvent s'avérer pertinentes si on estime qu'effectivement, le divorce ne semblait pas être un besoin pour la majorité des Français à la fin de l'Époque moderne, comme le démontrent les cahiers de doléances de 1789.

⁵⁴⁷ Voltaire, *Dictionnaire philosophique dans Œuvres complètes, op.cit.*, tome 39, p. 368.

⁵⁴⁸ Lavie, *op.cit.*, p. 74.

⁵⁴⁹ Surtout pendant la Révolution, après la parution du livre d'Hennet qui utilise lui aussi l'exemple polonais. L'Abbé Barruel et l'Abbé Armand de Chapt de Rastignac furent entre autres de ceux qui tentèrent de détruire ce préjugé.

assimilaient, tout comme Voltaire, ces annulations à des divorces puisqu'elles ont dans les faits les mêmes effets.

Arguments historiques, théologiques et exemples contemporains furent surtout utilisés par les pamphlétaires traitant plus directement et essentiellement de la question du mariage indissoluble puisque, nous l'avons déjà souligné, ceux-ci visaient à se justifier du point de vue religieux. Ils furent d'ailleurs les seuls, et nous aurons l'occasion de le souligner lors de l'analyse de leurs oeuvres, à croire à la réelle possibilité d'une réforme de la législation du mariage et de l'introduction du divorce.

Beaucoup de philosophes et d'intellectuels français, on l'a vu dans ce sous-chapitre, se sont intéressés à cette question et ont revendiqué dans certains de leurs ouvrages le rétablissement du divorce. Pourtant, le problème du mariage indissoluble et de ses conséquences ne fait l'objet que d'une partie plus ou moins importante d'oeuvres philosophiques, politiques ou sociales visant en fait à une critique globale de la société française du XVIII^e siècle. L'impossibilité de divorcer ne semble être pour eux qu'un des nombreux problèmes dont souffre la France et ne sert donc que d'argument supplémentaire dans leurs dénonciations des abus dont sont victimes les Français d'alors. Comme le souligne Abensour, les philosophes critiquèrent vivement les institutions de la France d'Ancien Régime, notamment l'indissolubilité du mariage, mais peu proposèrent des solutions concrètes et leurs discours demeurent donc assez « superficiels ».⁵⁵⁰ Damas remarque en outre que si Montesquieu a souligné dans *De l'Esprit des lois* que le divorce pouvait avoir une utilité politique, jamais celui-ci n'a réclamé dans cet ouvrage son rétablissement et il considère pour cette raison que le philosophe n'a pu avoir qu'une influence indirecte sur les législateurs du divorce pendant la Révolution.⁵⁵¹ En rendant la loi civile supérieure à la loi religieuse, Damas considère en effet que Montesquieu a préparé le mariage civil qui fut assez tôt associé, on l'a vu, à la faculté de divorcer.

Les intellectuels des *Lumières* n'étaient d'ailleurs pas tous favorables au divorce. Rousseau y est en effet opposé lorsque les époux ont des enfants puisqu'il considère que ceux-ci créent des liens réellement indissolubles et n'admet pour cette raison la séparation que lorsqu'un des conjoints a enfreint les règles du contrat, en particulier en cas

⁵⁵⁰ Abensour, *La femme et le féminisme ...*, p.403.

⁵⁵¹ Damas, *op.cit.*, p.30.

d'adultère.⁵⁵² Diderot, qui est pourtant en faveur du divorce, ne se faisait dans les faits aucune illusion quant à la possibilité de l'introduire. On remarque par exemple dans une lettre que le philosophe adresse à sa fille qu'il tient tout à fait pour acquis l'indissolubilité du mariage puisqu'il avertit celle-ci des conséquences de l'hyménée : « Songe qu'un contrat de mariage est l'acte le plus important de la vie, et qu'il est impossible d'y remédier quand il est mal fait. »⁵⁵³ De même, ce n'est qu'en rêve que Restif de la Bretonne entrevoit une éventuelle liberté de divorcer. Dans *Les nuits de Paris*, l'observateur de la capitale traite en effet d'un songe qui le transporte dans le Paris de 1888 et dans lequel il traite d'une pièce de théâtre de ce temps :

On me parla d'une pièce célèbre, intitulée *Le divorce*, où tout était également conforme aux nouvelles loix portées, qui l'autorisaient dans tel et tel cas, avec telles et telles précautions, et à ce que la nature semble demander : on apprenait au Theatre dramatique, toute la conduite à tenir, en pareil cas, tant par le Mari, que par l'Épouse. La marche était aussi simple qu'instructive, aussi amusante qu'utile, et l'on sortait du spectacle, avec des lumières nécessaires.⁵⁵⁴

Il n'y eut guère que Mercier pour revendiquer directement une réforme de la loi matrimoniale en ce sens : « Tout enfin nécessite un changement dans cette partie de notre législation, pour l'intérêt de la religion & de l'État. Il ne dépend que du souverain de la modifier à cet égard. »⁵⁵⁵

⁵⁵² Lannes. *loc. cit.*, p.46.

⁵⁵³ Denis Diderot, « Lettre à sa fille, août 1771 » dans *Œuvres complètes*, Tome IV. Paris, Hermann, 1995, p.1083.

⁵⁵⁴ Nicolas-Edme Restif de la Bretonne, « Suite de l'an 1888 » dans *Les nuits de Paris ou le spectateur nocturne. Œuvres complètes*, Tome cinquième, Genève, Slatkine Reprints, 1987 [1788], pp. 2194-2195. On ne sait pas si Restif de la Bretonne a pu prendre cette idée d'une pièce sur le divorce qui a véritablement existé en 1788. On retrouve en effet dans le recueil d'André Tissier la mention d'une pièce écrite en 1788 intitulée *Le divorce inutile* et écrite par un certain Gabiot. André Tissier, *Les spectacles à Paris pendant la Révolution*, Genève, Droz, 1992, p.202. Nous n'avons malheureusement pas retrouvé cette pièce dans le catalogue de la Bibliothèque nationale de France et donc pu juger de son contenu. En fait, il s'agit d'un retournement surprenant de la part de cet écrivain du peuple puisque dans *Le paysan perversi*, il s'était prononcé de façon catégorique contre le divorce puisqu'il est un fervent partisan de la subordination féminine. (Signalé par Gaudemet dans *Le mariage en Occident...*, p. 344) C'est encore l'insoumission féminine qu'il dénonce dans la *Lettre d'un singe aux animaux de son espèce* et pour cette raison, il préfère le rétablissement de l'autorité maritale à celui du divorce. Voici en effet ce qu'il écrit dans cet ouvrage où un singe commente les mœurs des humains : « L'indissolubilité du mariage n'est pas naturelle, il est vrai, mais elle a mille avantages politiques, qui l'ont fait consacrer. Elle est la source du bonheur des honnetes gens. Mais, puisque le mariage est indissoluble, quelle attention ne devrait-on pas apporter avant de le contracter. J'ose le dire hautement : ou détruisez l'indissolubilité, ou rétablissez la subordination. Mais l'un est bien plus facile que l'autre chez un peuple policé au degré où le sont les nations européennes et c'est la subordination qu'il faut rétablir : je conçois aisément ce qui l'a détruite parmi nous ; c'est qu'elle n'y est pas aussi nécessaire qu'en Asie, et dans les autres climats chauds où l'esclavage des femmes est indispensable, sans quoi tout serait bouleversé. Mais une moindre nécessité n'est pas une raison d'anarchie absolue. » Nicolas-Edme Restif de la Bretonne, *Lettre d'un singe aux animaux de son espèce*, Levallois-Perret, Éditions Manya, 1990 [1781], p. 67. Restif divorça pourtant d'avec sa femme en février 1794. Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 346.

⁵⁵⁵ Mercier, *op.cit.*, Tome VI, p. 12

On pourrait donc dans ce cas abonder dans le sens de Phillips et affirmer qu'effectivement, les discours que tinrent les philosophes des *Lumières* sur la question du divorce furent épars et disparates et qu'ils ne constituaient en rien un mouvement concerté en vue de son rétablissement. Pourtant, plusieurs historiens et historiens du droit s'étant intéressés aux écrits sur le divorce au XVIII^e siècle restent convaincus de l'existence d'une réelle campagne en faveur du divorce à la veille de la Révolution. Les écrits qui font du divorce leur revendication première et qui rendent responsable l'indissolubilité du mariage de la plupart des maux dont souffre la France ne font en effet pas partie de ce qu'on appelle les « philosophes des *Lumières* ». Ce sont des auteurs inconnus, souvent des juristes comme Lavie, qui tentèrent de démontrer que le divorce était non seulement souhaitable, mais qu'il était possible de l'établir en territoire français. Ce n'est d'ailleurs bien souvent pas seulement par le biais d'un seul traité, mais par une véritable panoplie d'ouvrages que certains de ces auteurs tentèrent de convaincre leurs lecteurs du bien-fondé de leur doléance.

Chapitre 3

Un mouvement *divorciaire* avant la Révolution ?

3.1 Ampleur du discours favorable au rétablissement du divorce dans la seconde moitié du XVIII^e siècle

En dehors des récriminations du marquis d'Argenson, de Sénac de Meilhan et du financier de La Pouplinière, aucun des philosophes ou des intellectuels étudiés jusqu'à maintenant ne s'est ouvertement plaint de son sort personnel. Il est vrai que la plupart des philosophes français des *Lumières* choisirent le célibat, ce qui leur fut d'ailleurs souvent reproché, et qu'ils dénonçaient alors des malheurs qu'ils ne connaissaient pas. Leur but était d'ailleurs tout autre puisque, comme il a déjà été souligné, ils visaient à une critique globale de la société française du XVIII^e siècle bien que, comme Voltaire dans l'affaire Calas, plusieurs intellectuels se soient surtout fait connaître par leurs prises de position dans des cas particuliers.

Cette plainte personnelle, qui déclencha par la suite une série de réactions et semble avoir lancé un véritable débat sur le divorce, vint ainsi d'un auteur tout à fait inconnu : François-Antoine Philbert. Paru en 1764, le traité de celui-ci semble être sorti au bon moment pour toucher le public cultivé d'alors puisque Michel Vovelle note un tournant important autour des années 1760.⁵⁵⁶ Il estime en effet qu'on assiste alors à la naissance d'une nouvelle forme de sensibilité et nous croyons donc que l'opinion publique pouvait être devenue plus sensible aux malheurs personnels, tout comme elle l'était à l'amour conjugal, de plus en plus valorisé dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. D'autres auteurs, aux motivations apparemment plus désintéressées, ont rédigé à la suite de Philbert des traités en faveur du rétablissement du divorce qui semblent véritablement être les précurseurs de ceux qui se multiplièrent entre le début de la Révolution et la légalisation du divorce en 1792.

⁵⁵⁶ Vovelle, *loc.cit.*, p. 608. Mornet avait déjà noté ce tournant important qu'il situe entre 1764 et 1770-72, alors que paraissent les plus violents ouvrages de Voltaire et d'Holbach. Mornet, *op.cit.*, p.3.

3.1.1 Le *Cri d'un honnête homme* de Philbert

Un certain préteur⁵⁵⁷ de la ville de Landau en Alsace, François-Antoine Philbert⁵⁵⁸, fit paraître vers 1764 un ouvrage intitulé *Cri d'un honnête homme qui se croit fondé en droit naturel et divin à répudier sa femme pour représenter à la législation française les motifs de justice tant ecclésiastique que civil, les vues d'utilité tant morale que politique, qui militeroient pour la dissolution du mariage dans de certaines circonstances données*.⁵⁵⁹ Officier de justice d'une ville d'Alsace relevant de la préfecture d'Haguenau⁵⁶⁰, Philbert raconte dans ce traité ses propres déboires conjugaux et le sort malheureux auquel il est voué. Il se serait en effet marié à une femme qui, avant son mariage, aurait été débauchée par un curé et qui, par la suite, n'aurait pas cessé de multiplier ses amants. Lassé, le préteur aurait finalement demandé une séparation de corps et serait alors séparé de fait d'avec sa femme et condamné à vivre jusqu'à sa mort en célibataire. Âgé de seulement 44 ans, homme normal et en santé, il interroge le lecteur quant à la justice d'une telle situation et à la légitimité de se remarier afin de rester vertueux au lieu de commettre l'adultère et de vivre, comme plusieurs, dans le libertinage. Philbert cherche ainsi à attirer la sympathie du lecteur afin de le convaincre de l'aberration de sa condition.

Ce témoignage ne lui semble pourtant pas assez convaincant puisque, pour légitimer ses revendications, l'officier de justice use par la suite d'arguments beaucoup plus rationnels, à l'image de ceux utilisés avant ou après lui par les philosophes des *Lumières*. C'est en effet en interrogeant l'histoire qu'il trouve tout d'abord les justifications à sa demande de rétablissement du divorce. Son travail d'historien des guerres suisses et de la Haute-Allemagne l'a sans doute influencé dans son choix de l'histoire comme principal argument. Il remarque ainsi que les populations anciennes ont connu le divorce, que les juifs en ont usé et en usent encore bref, que le mariage fut essentiellement un « pacte civil »

⁵⁵⁷ Se dit d'un magistrat municipal représentant l'autorité royale.

⁵⁵⁸ On ne sait pas grand chose de cet homme. Selon le *Nouveau Dictionnaire de biographie alsacienne*, Philbert serait né à Saverne et mort on ne sait où aux alentours de 1785. Il y est aussi qualifié d'historien car il a écrit des ouvrages sur l'histoire des révolutions en Haute-Allemagne et les guerres en Suisse.

⁵⁵⁹ Selon le guide bibliographique de Conlon, cet ouvrage serait paru en 1768, mais Voltaire en fait déjà mention dans son *Dictionnaire philosophique* de 1764. Il semble donc que ce traité ait circulé sous le manteau dès 1764 et il fut plusieurs fois réédité après 1768. Nous avons pour notre part utilisé la version présentée par le chevalier de Cerfvol : *Législation du divorce, précédée du Cri d'un honnête homme qui se croit fondé en droit naturel et divin à répudier sa femme pour représenter à la législation française les motifs de justice tant ecclésiastique que civil, les vues d'utilité tant morale que politique, qui militeroient pour la dissolution du mariage dans de certaines circonstances données*, Londres, 1769, 275 pages.

⁵⁶⁰ Landau est aujourd'hui une ville allemande du Palatinat. Ville de la décapole alsacienne depuis le XVI^e siècle, elle fut annexée à la France en 1648 et resta sous sa dépendance jusqu'en 1815.

avant sa transformation en sacrement par l'Église chrétienne. Il critique en effet de façon virulente la mainmise de l'Église sur cette institution civile, ajoutant qu'il ne comprend pas qu'une telle législation soit en vigueur en plein milieu du XVIII^e siècle, « chez une des nations les moins superstitieuses et les plus civilisées en Europe. »⁵⁶¹

Il se défend pourtant d'être irréligieux et affirme au contraire « adorer l'Évangile ». ⁵⁶² Il se lance donc dans un débat théologique et historique afin de prouver la compatibilité du divorce et de la religion chrétienne. Pour ce faire, il cite l'incise matthéenne, les décisions des papes et des conciles, les lois des empereurs chrétiens, les divorces des rois de France, la pratique de l'Église grecque et même, le concile de Trente. La force de l'argument théologique est pour lui indiscutable et il inaugure par ce traité une approche justificative qui sera par la suite amplement utilisée par les partisans du divorce. Ronsin qualifie même le débat sur le divorce pendant la Révolution d'"essentiellement théologique"⁵⁶³, ce qui révèle sans doute l'influence qu'ont pu avoir les écrits pré-révolutionnaires sur les *divorciaires* d'après 1789. Hennet, par exemple, use abondamment de l'argument théologique et on retrouve également dans *Du Divorce* l'argument historique qui constitue en fait la base principale de son argumentation. La méthode théologique vise ainsi à démontrer qu'on peut très bien être chrétien et divorcer, que la théorie du mariage indissoluble n'est en rien un dogme et qu'elle peut donc tout à fait être réformée.

Les raisons sociales et même sentimentales ne sont cependant pas négligées par le magistrat de Landau. Tout comme Toussaint avant lui, Philbert croit en effet que le divorce serait le principal moyen de purifier les mœurs, d'encourager le mariage et même, tout comme l'écrivirent Montesquieu en 1721 et le Maréchal de Saxe en 1732, d'accroître la population de la France. On ne sait pas si le traité de Philbert parut avant ou après l'ouvrage de Lavie et donc, lequel a pu influencer son homologue partisan du divorce. Il nous semble évident que les deux auteurs partageaient des idées qui ont dû être répandues puisque, exactement comme l'avocat de Bordeaux, Philbert craint une surpopulation protestante au détriment de la population catholique. Voici en effet ce qu'il écrit à ce propos : « On trouve plus facilement une famille de dix enfants dans les contrées non-catholiques que parmi nous. Dans combien de temps le protestantisme va engloutir la masse du catholicisme avec

⁵⁶¹ Philbert, *Cri d'un honnête homme...* dans Cerfvöl, *Législation du divorce...*, p. XXXVI.

⁵⁶² *Ibid.*, p. XXXIX.

⁵⁶³ Ronsin, *op.cit.*, p. 20.

sa population clairsemée ? »⁵⁶⁴ Il considère, enfin, que l'indissolubilité est une institution tout à fait immorale, qui n'engendre que des peines conjugales :

Je propose d'abroger cette irréfugable indissolubilité du mariage qui n'admet aucune modification car elle prétend unir le feu et l'eau qui permet à deux conjoints de se mépriser et de se trahir sans qu'ils puissent cesser pour cela de traîner toute leur vie des liens honteux. Je propose d'abroger cette institution anti-morale.⁵⁶⁵

Il semble que son « cri » ait touché plusieurs de ses contemporains puisque son ouvrage fut maintes fois réédité et la *Correspondance littéraire* en fait un compte rendu dans son numéro du 15 décembre 1769.⁵⁶⁶ Déjà en 1764, Voltaire rapporte cet ouvrage par une insertion dans son article « Adultère » d'un *Mémoire d'un magistrat, écrit vers l'an 1764*.⁵⁶⁷ Voltaire y résume la triste situation du magistrat de Landau et prend lui-même position en faveur du pauvre Philbert :

Cet homme, âgé de quarante ans, vigoureux et d'une figure agréable, a besoin d'une femme ; il est trop scrupuleux pour chercher à séduire l'épouse d'un autre, il craint même le commerce d'une fille, ou d'une veuve qui lui servirait de concubine. Dans cet état inquiétant et douloureux, voici le précis des plaintes qu'il adresse à son Église : « Mon épouse est criminelle, et c'est moi qu'on punit. Une autre femme est nécessaire à la consolation de ma vie, à ma vertu même ; et la secte dont je suis me la refuse ; elle me défend de me marier avec une fille honnête. Les lois civiles d'aujourd'hui, malheureusement fondées sur le droit canon, me privent des droits de l'humanité. L'Église me réduit à chercher ou des plaisirs qu'elle réprovoe, ou des dédommagemens honteux qu'elle condamne ; elle veut me forcer d'être criminel.⁵⁶⁸

Sa verve anti-catholique transparaît ici nettement et il ne s'arrête d'ailleurs pas là. Comme à l'article « Divorce », il souligne le fait que celui-ci existe partout sauf en pays catholique et profite de l'occasion pour réitérer sa condamnation de la séparation de corps : « Je ne jouis plus du mariage, et je suis marié. Quelle contradiction ! Quel esclavage ! »⁵⁶⁹ Usant lui aussi de l'argumentation théologique, Voltaire ajoute même que les lois de l'Église sont contraires à l'Évangile : « Dieu me permet de me remarier, et l'évêque de Rome ne me le permet pas ! »⁵⁷⁰ Enfin, c'est par un retour sur la situation personnelle de Philbert et par une boutade propre à son style caustique qu'il conclut cet

⁵⁶⁴ Philbert, *op.cit.*, p. 97.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 79.

⁵⁶⁶ G.D en fait mention dans sa préface d'un article de Diderot paru dans la *Correspondance littéraire*. Denis Diderot, « Mémoire à consulter et consultation pour un mari dont la femme s'est remariée en pays protestant et qui demande s'il peut se remarier de même en France (automne 1771) » dans *Œuvres complètes, op.cit.*, p. 638.

⁵⁶⁷ Voltaire, *Dictionnaire philosophique dans Œuvres complètes...*, Tome 37, p. 95.

⁵⁶⁸ *Ibid.*

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 96.

⁵⁷⁰ *Ibid.*

article: « Si moi alsacien dépends d'un prêtre qui demeure à Rome, si ce prêtre a la barbare puissance de me priver d'une femme, qu'il me fasse eunuque pour chanter des miserere dans sa chapelle. »⁵⁷¹ Ces remarques de Voltaire semblent avoir suscité beaucoup de réactions puisque Condorcet prend sa défense en 1779⁵⁷², ce qui nous paraît assez singulier puisque nous n'avons pas retracé d'autres oppositions à l'égard d'assertions favorables au divorce de la part des philosophes, outre les quelques commentaires de l'abbé Barruel dans son ouvrage critique de *De l'homme* d'Helvétius.

Le fait que le premier traité abordant directement et essentiellement le problème de l'indissolubilité du mariage en France et revendiquant pour des raisons personnelles une réforme de cette loi provienne d'un magistrat qui exerce sa profession aux confins de l'Alsace n'est peut être pas accidentel. La ville de Landau était en effet passée à la Réforme et, malgré la Contre-Réforme catholique du XVII^e siècle qui a enrayé l'exercice du culte protestant, il y avait encore sans doute bon nombre de citoyens qui l'exerçaient. Landau se trouve d'autre part à la proximité du Palatinat, passé en majeure partie au calvinisme, et constituait donc la porte d'entrée de la France pour les gens en provenance de l'Allemagne. Or, les luthériens et les calvinistes allemands admettaient la dissolution du mariage, particulièrement pour cause d'adultère. L'officier de justice fut donc peut-être influencé par ces pratiques, frustré de ne pas pouvoir en bénéficier dans sa propre patrie.

Sa situation a en tout cas touché plusieurs auteurs qui se servirent des arguments de Philbert pour légitimer leurs revendications.⁵⁷³ C'est particulièrement le cas du Chevalier de Cerfvol qui se lança dans une véritable campagne en faveur du rétablissement du

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² Dans Marie Jean Antoine Nicolas de caritat marquis de Condorcet, « Réponse au premier plaidoyer de M. D'Epresmenil dans l'affaire du comte de Lally [1779] » dans *Oeuvres de Condorcet*, Tome VII, Stuttgart-Bad Cannstatt, Friedrich Frommann Verlag, 1968 [1847], p.42. Voici ce que Condorcet déclare : « Croyez-vous que quelques plaisanteries sur l'adultère les alarmeront beaucoup? Non, Monsieur, dans un pays où le divorce n'est point permis, où l'on ne considère dans le mariage que des convenances d'état et de fortune, où les époux ne se voient qu'un moment avant de s'unir pour toujours, où l'inégalité des fortunes offre tant de facilités aux hommes voluptueux, dans un tel pays l'adultère est nécessairement un crime très commun. (...) Cette jalousie conjugale, née de l'orgueil et de l'austérité plutôt que de l'amour, peut devenir une source de crimes. Voilà ce qu'un excès de sévérité pourrait empêcher, voilà ce que M. de Voltaire voulait conserver, voilà l'objet de ces articles sur le divorce, sur l'adultère, dont les plaisanteries vous ont alarmé. Mais de bonne grâce, Monsieur, voulez-vous que tous ceux qui ont commis des adultères, hommes ou femmes, fussent déshonorés ou pendus? » *Ibid.* Voltaire avait en effet ridiculisé les peines pour adultère imposées aux femmes et dénoncé cette injustice puisque les hommes n'encourent pour leur part aucune peine. Il revendiquait au contraire la dissolution du mariage dans de tels cas.

⁵⁷³ Alfred Naquet lui-même se sert de l'ouvrage de Philbert pour sa campagne en faveur du rétablissement du divorce à la fin du XIX^e siècle. Il fait ainsi la préface d'une nouvelle réédition de l'ouvrage en 1879.

divorce. Nous avons en effet retrouvé quatre écrits signés de cet auteur abordant la question de l'indissolubilité du mariage.

3.1.2 Les écrits du chevalier de Cerfvol, juriconsulte et démographe

3.1.2.1 Le *Mémoire sur la population*, ouvrage de démographie

Le chevalier de Cerfvol est lui aussi un personnage méconnu et ce nom de Cerfvol est d'ailleurs sans aucun doute un pseudonyme. On sait que cet auteur a eu une formation juridique et Spengler classe également ce juriconsulte parmi les démographes inconnus du XVIII^e siècle.⁵⁷⁴ Son principal ouvrage est en effet un traité de démographie paru à Londres en 1768 : *Mémoire sur la population dans lequel on indique le moyen de la rétablir et de procurer un corps militaire toujours subsistant et peuplant*.⁵⁷⁵ Pourquoi ce juriconsulte démographe n'a-t-il pas fait publier son ouvrage de démographie en France? C'est que le moyen proposé par Cerfvol pour accroître la population, qu'il croit lui aussi déclinante, est peu orthodoxe : il faut selon lui à tout prix permettre aux époux de divorcer. Son traité de démographie s'avère en effet un ouvrage en faveur du rétablissement du divorce en France et la saisie de même que l'autodafé de son ouvrage indiquent le rejet par les autorités françaises d'une telle réforme en matière matrimoniale.⁵⁷⁶

Comme Montesquieu, le Maréchal de Saxe et Lavie avant lui, ce démographe est convaincu que la baisse de la population française est essentiellement à attribuer à l'impossibilité de divorcer : « Ne nous arrêtons pas à chercher la vraie cause de notre dépopulation ailleurs que dans l'indissolubilité des mariages. Toutes les autres causes sont dérivées de celle-ci. C'est elle qui a donné naissance au célibat, & par une filiation naturelle, à la corruption des mœurs. »⁵⁷⁷

C'est en effet après avoir démontré, à l'instar de Lavie et de Toussaint, les conséquences désastreuses du libertinage qui sévit alors en France qu'il en vient à cette

⁵⁷⁴ Spengler, *op.cit.*, p. 364.

⁵⁷⁵ Cerfvol, de, *Mémoire sur la population dans lequel on indique le moyen de la rétablir et de se procurer un corps militaire toujours subsistant et peuplant*, Londres, 1768, 115 pages. Cet ouvrage fut réédité à Genève en 1770 sous le titre *De l'utilité civile et politique du divorce*. Spengler lui attribue également deux autres ouvrages que nous n'avons pas retrouvés : *Le cri d'une honnête femme qui réclame le divorce, conformément aux lois de la primitive Église* (Londres, 1770) qui serait suivi selon lui d'une *Réflexion sur l'intérêt des enfants au divorce*. Spengler, *op.cit.*, p. 368.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ Cerfvol, *Mémoire sur la population...*, p. 27.

conclusion. Les maladies vénériennes qu'entraîne la débauche mène en effet selon lui à la « déprédation » de l'espèce, à la baisse de la fécondité et donc de la population et, conséquemment, à la hausse des impôts puisque moins de citoyens y contribuent.⁵⁷⁸ Or, la principale cause de ce libertinage est selon lui l'indissolubilité du mariage puisqu'elle augmente le nombre de célibataires craignant de s'engager dans des liens éternels et préférant recourir à la débauche ou solliciter les faveurs des femmes mariées.⁵⁷⁹ Il ajoute par ailleurs : « Cette indissolubilité qui nous prive de beaucoup d'unions n'influe pas médiocrement sur celles qui sont déjà formées. »⁵⁸⁰ La mauvaise entente des ménages est en effet pour lui une autre cause de libertinage, tout comme le laissait entendre Toussaint dans *Les Mœurs*. La « pureté des mœurs », Cerfvol le note dès le départ, est en effet le principal objet de son ouvrage puisqu'elle est selon lui la seule qui « peut rendre à la Population sa première vigueur. »⁵⁸¹

Cerfvol partage la même conception de la nature humaine que la plupart des intellectuels des *Lumières*, particulièrement en ce qui a trait à l'homme français. Il qualifie en effet sa nation d'instable, traite du libertinage comme d'un « vice national » et, pour cette raison, il trouve que « l'indissolubilité des engagements contraste parfaitement avec la légèreté et l'inconstance nationale. »⁵⁸² L'homme est de toute façon imparfait, et on ne devrait pas le punir selon lui de s'être trompé en s'engageant dans les liens du mariage :

L'homme est avide de perfection ; il suffit de la lui montrer pour qu'il tâche de la saisir ; mais doit-on lui faire un crime de ses efforts, ni punir son erreur par l'esclavage le plus dur ; surtout lorsque la durée de ses peines, loin de contribuer au bonheur de la Société, en aggrave les maux ?⁵⁸³

Comme l'a remarqué Ariès, ce n'est pourtant pas tant à l'erreur qu'à l'impossible durée du sentiment que devrait remédier le divorce et l'homme est aussi pour Cerfvol naturellement porté au changement et à la satisfaction de ses désirs physiques : « La Loi Religieuse qui défend le Divorce n'a point de coaction sur les corps ; elle est, par conséquent, un moyen bien foible pour servir d'entrave aux penchans de la nature. »⁵⁸⁴

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 16.

⁵⁷⁹ « Si l'on demande à cette multitude de Célibataires qui existent au milieu de nous, pourquoi ils ne prennent point d'engagements, c'est vous répondent-ils, parce qu'ils sont indissolubles ». *Ibid.*, p. 27.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 5. Il souligne un peu plus loin que les mœurs sont la « vraie source de population ». *Ibid.*, p. 13.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 26.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 95.

Si Cerfvol se préoccupe avant tout du bien-être de la société toute entière, il laisse paraître sa compassion face au sort d'époux contraints de vivre ensemble : « L'objet du mariage est d'avoir des enfans ; mais contraindre des personnes qui se haissent non-seulement à vivre ensemble, mais encore à s'aimer, par la seule raison qu'il a été un temps où elles se convenoient, c'est exiger d'un Athlète qu'il recommence éternellement sa carrière. »⁵⁸⁵ Il n'en reste pas moins que son discours demeure avant tout rationnel et pragmatique. C'est d'abord par un « Calcul estimatif de la Dépopulation en France depuis 1700 » et par la présentation en tableaux chiffrés de ces données qu'il nous prouve le bien-fondé de ses assertions quant à la baisse de la population française. Le chevalier de Cerfvol en vient finalement à la conclusion que la corruption⁵⁸⁶ a fait perdre en vingt-trois ans à la France deux millions trois cents vingt mille être producteurs alors que les populations anglaise et prussienne ne cessent selon lui de progresser.

Les arguments théologiques et historiques prennent également une place non négligeable dans sa démonstration de la légitimité du rétablissement du divorce comme le « moyen le plus propre à rétablir la Population. »⁵⁸⁷ Tout comme Philbert, le chevalier de Cerfvol se déclare attaché à la religion et il conçoit même le mariage comme un sacrement, contrairement au premier qui rejetait toute intervention ecclésiastique dans ce domaine :

Il ne s'agit ici ni de discuter la nature du mariage, que nous regardons comme un Sacrement, ni de censurer les usages actuellement reçus. Le seul but est de faire voir que la liberté rendue au mariage supprimerait les mauvais effets qui semblent suivre de sa perpétuité (...), Je crois que lorsqu'après l'adoption du Christianisme, nous attachâmes la perpétuité au lien du mariage, nous ne fîmes que le ramener à sa pureté originelle ; mais que les hommes abusant des meilleures choses, des plus saintes mêmes, sans que ces choses changent par l'abus qu'on en fait, il vaut mieux néanmoins, quand on le peut, adoucir la rigueur de la Loi, pour en faciliter l'exécution.⁵⁸⁸

Cette prudence et cet appel à un adoucissement de la loi de l'indissolubilité, on les a retrouvés chez Toussaint et surtout chez Linguet qui se disait lui aussi un fervent adepte de la religion catholique. Le chevalier de Cerfvol ne prétend donc pas tant revendiquer une réforme de cette loi que « rappeler un Peuple à ses anciens usages, à ses institutions

⁵⁸⁵ *Ibid.*, pp. 26-27.

⁵⁸⁶ Plusieurs données entrent dans cette catégorie. Cerfvol traite en effet du libertinage et de tout ce qui s'ensuit : célibat, maladies, abandon d'enfants, contraception, mauvaise éducation des enfants. Il inclut même dans cette catégorie la stérilité invoquée par Montesquieu et Lavie : « D'où vient me priver du bonheur & du plaisir de me donner une postérité légitime avec une autre femme qui en ait la puissance ? » *Ibid.*, p. 53.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 63.

primitives. »⁵⁸⁹ L'ancienneté de l'institution sert en effet, tout comme chez Philbert, de justification à son rétablissement puisque non seulement il prouve que le divorce est inhérent à la nature humaine, mais surtout qu'il se concilie avec la religion chrétienne. Cerfvol rappelle en effet que le divorce⁵⁹⁰ existait avant la venue du christianisme, entre autres chez les juifs et les Romains, et surtout, qu'il a continué d'exister après la conversion de ces derniers et des tribus germaniques à la religion chrétienne.⁵⁹¹ Le chevalier de Cerfvol réfute par ailleurs l'idée que l'autorité ecclésiastique n'était pas assez forte pour imposer sa vision du mariage et traite plutôt d'une tolérance volontaire, tout en rappelant que le mariage a relevé de la puissance civile avant et même après l'adoption du christianisme :

(..) Le point essentiel est de montrer que, quelque solemnité qu'on ait donnée au mariage, ce contrat, comme tous les autres actes de la Société, a été subordonné à la Puissance Civile, & susceptible de dissolution en certains cas, bien postérieurement au tems où nous avons adopté le Christianisme. Qu'on ne dise point que cet usage existoit parmi nous, malgré l'Église, & les souverains Pontifes. Le Divorce étoit un droit dont ont usé ceux de nos Princes qui ont témoigné le plus de soumission aux SS. Canons, & que chaque particulier reclamoit lorsqu'il se trouvoit dans les circonstances qui l'admettent, sans que, pour cela, les prétentions de la Cour Romaine fussent choquées, ni l'union entre elle & nous rompue.⁵⁹²

Cerfvol ne se limite cependant pas à ce précédent historique puisque, tout comme Jean-Charles Lavie dont il cite d'ailleurs l'ouvrage, il insiste sur la compatibilité du divorce et de la religion chrétienne en invoquant l'exemple de la Pologne. Il nuance cependant la portée du terme « divorce » employé par l'avocat de Bordeaux puisqu'il admet qu'il s'agit en fait d'un certain laxisme des ecclésiastiques polonais en matière de causes et de procédures d'annulation de mariage. Il croit cependant que les effets étant les mêmes, on peut facilement les assimiler. Respectueux de l'autorité ecclésiastique en la matière, Cerfvol croit que ce serait à l'Église de rétablir le divorce, puisque c'est elle qui en a interdit l'usage, mais il considère également qu'il serait plus simple et plus rapide de s'en remettre à l'État ou au clergé national plutôt que de s'adresser au souverain pontife.⁵⁹³

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 64

⁵⁹⁰ Il prend la peine de bien le définir pour le distinguer de l'annulation de mariage. *Ibid.*, p. 66.

⁵⁹¹ « On ne sauroit nier que l'Empire Romain, & ensuite le Royaume de France, conserverent l'usage du divorce long-tems après leur conversion au christianisme. » *Ibid.*, p. 72.

⁵⁹² *Ibid.*, pp. 77-78.

⁵⁹³ « Le fait dont il s'agit étant purement Ecclésiastique, & l'indissolubilité du mariage étant prescrite par l'Église, c'est à elle à en permettre ou refuser la dissolution. Mais pour abréger des procédures toujours longues lorsqu'elles sont portées à un Tribunal Étranger, il seroit à désirer que l'exercice du pouvoir de dissoudre les unions mal formées, fût abandonnée à la Souveraineté dans les Etats qui en jouiroient, ou au moins au Clergé de ces Etats. » *Ibid.*, p. 72.

Outre ces aspects rationnels de la question de l'indissolubilité, Cerfvol n'en néglige pas moins, nous l'avons déjà souligné, l'avantage que peuvent directement en tirer les deux conjoints et tout particulièrement la femme. Ce n'est cependant pas, comme le prétend plus tard le baron d'Holbach, pour protéger les femmes du pouvoir tyrannique de leurs époux que Cerfvol revendique la dissolution du mariage, mais au contraire parce que le divorce leur « prescrit d'une manière simple la conduite qu'elles doivent tenir », c'est à dire la retenue et la vertu.⁵⁹⁴ Le soin et l'éducation des enfants est aussi une préoccupation du chevalier de Cerfvol qui croit, comme le curé Meslier, que les malheureux époux liés perpétuellement les négligent nécessairement.⁵⁹⁵

Cerfvol se montre d'autre part très réaliste puisqu'il reconnaît les abus auxquels pourrait tout d'abord donner lieu cette soudaine permission. Comme le démographe Moheau, il croit que la débauche des Français les amènerait sans doute à abuser du divorce, mais il pense que cette réaction ne serait que passagère et qu'elle serait de toute façon le prix à payer pour voir ensuite apparaître tous les effets positifs de cette institution. Le divorce est en effet pour lui le miracle suprême qui permettrait à la France de résoudre la majeure partie de ses problèmes. Il entraînerait « l'extirpation totale des maladies secrètes qui causent en partie l'Énervement d'une Nation », la baisse du célibat et le renforcement de l'affection conjugale et même, et il s'agit là de sa dernière démonstration des avantages du divorce, il permettrait de « se procurer un corps militaire toujours subsistant et peuplant. »⁵⁹⁶

Cerfvol est en effet convaincu que la frustration des soldats cocus les incite à désertter et donc, à renforcer les armées étrangères. Le divorce leur permettrait au contraire de se remarier à des femmes plus vertueuses qui seraient par le fait même dissuadées de tromper leurs maris partis en campagne. Il croit également que l'existence du divorce dans les autres contrées attire les soldats français souffrant des liens perpétuels que leur impose leur patrie et dissuade par le fait même les soldats étrangers de venir s'installer en France et donc, de renforcer l'armée française.⁵⁹⁷ Enfin, l'autorisation du divorce encouragerait le mariage des soldats, améliorerait par le fait même leurs mœurs, et leur permettrait surtout de se reproduire sainement et de créer ainsi un corps d'armée professionnel toujours en renouvelle-

⁵⁹⁴ « Elle leur dit : il faut être honnête fille, ou honnête femme ; c'est à vous de choisir ; mais point de milieu entre ces deux Etats, si ce n'est l'infamie. » *Ibid.*, p. 85.

⁵⁹⁵ Il ajoute que l'incertitude quant à la paternité entraîne la haine du père face aux enfants de sa femme. *Ibid.*

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 97.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 100.

ment. Ces soldats engendreraient en effet des fils nécessairement plus forts et vigoureux que la moyenne et qui, par le fait même, deviendraient eux-mêmes soldats et permettraient d'éviter l'enrôlement d'une milice paysanne. Partisan des théories physiocratiques en vigueur à cette époque, Cerfvol croit en effet qu'il faut laisser les paysans à leur fonction naturelle qui est de labourer la terre, principale richesse du royaume français.⁵⁹⁸

La conclusion de tout ce traité démographique en faveur du rétablissement du divorce est que « le divorce procure donc, entr'autres avantages, celui d'être défendus par des Citoyens, sans en diminuer effectivement la masse. »⁵⁹⁹ Le divorce s'avère ainsi être une stratégie militaire non négligeable et il s'agit là d'un argument qui n'avait pas encore été exploité par les partisans du divorce ayant pourtant suggéré que la dissolution du mariage permet une augmentation de la population et donc, par le fait même, une meilleure défense du territoire.

L'originalité du chevalier de Cerfvol est, tout comme Philbert avant lui, d'avoir rédigé un traité entièrement consacré à cette question; un traité cependant essentiellement rationnel et pragmatique puisqu'il n'y fait aucunement mention de sa situation personnelle. Il l'écrit d'ailleurs lui-même au début de son ouvrage : « Au reste, je n'envisage cette matière que sous un point de vue purement politique, mettant à l'écart toute autre considération. »⁶⁰⁰ Spengler prétend pourtant que l'insistance dans ce traité de démographie sur l'établissement du divorce n'est pas étrangère à des motivations personnelles. Il va même jusqu'à affirmer que ce serait « l'impossibilité personnelle de divorcer qui l'aurait conduit aux études de population ». ⁶⁰¹ Une autre hypothèse évoquée par Spengler serait que le juriconsulte Cerfvol aurait été chargé de démontrer la légitimité du divorce pour permettre à Louis XV de se remarier à la Du Barry.⁶⁰² La campagne de Cerfvol en faveur du divorce serait-elle donc une revendication commandée par des autorités personnellement intéressées ? C'est une donnée qui nous paraît indémontrable, mais il est cependant évident que Cerfvol ne s'intéresse qu'aux hautes couches de la société. Tout comme d'Holbach, il considère en effet que le divorce serait rare parmi les campagnards et qu'il remédierait bien plutôt aux haines des couples nobles.⁶⁰³

⁵⁹⁸ « Des que le nouveau Corps Militaire aura acquis consistance, vous laissez ces vingt mille hommes à la culture des terres ; ils continueront de fouiller la mine de la richesse publique. » *Ibid.*, p. 102.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 115.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 6.

⁶⁰¹ Spengler, *op.cit.*, p. 371.

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ Cerfvol, *Mémoire sur la population...*, p. 97.

Ce qui distingue tout particulièrement Cerfvol du préteur de Landau, et de ceux qui se sont prononcés avant lui en faveur du rétablissement du divorce, est qu'il multiplie les références aux ouvrages de ses contemporains. Montesquieu, le maréchal de Saxe, Toussaint et Lavie ne se souciaient pas tellement de sonder les opinions des auteurs du XVIII^e siècle alors que Cerfvol cite au contraire fréquemment leurs ouvrages : Montesquieu et le Maréchal de Saxe pour la question de la dépopulation, Jean-Charles Lavie pour le problème des mœurs. On peut donc dire que le discours en faveur du divorce semble avoir suscité davantage de réactions dans la seconde moitié du siècle puisque Dèmeunier fit référence à un débat sur cette question. Pierre Le Ridant a par ailleurs réagi au traité de Cerfvol et il en fait mention dans son *Code matrimonial*. Dans sa partie sur la dissolution du mariage, le juriste rejette et ridiculise en effet les assertions de ce mémoire d'un auteur qu'il qualifie d'anonyme.⁶⁰⁴ Le Ridant, qui dissocie pourtant radicalement sacrement et contrat, est un fervent défenseur de l'indissolubilité du mariage et réfute en outre la croyance populaire en l'existence du divorce en Pologne.⁶⁰⁵ Le juriste souligne d'autre part les éclats suscités par ce traité en rappelant la condamnation de celui-ci par l'avocat général Séguier⁶⁰⁶ et l'inutile réfutation d'un tel ouvrage, aucun écrit n'étant en effet paru pour contredire les assertions de Cerfvol.

La sensibilité qui a remplacé le rationalisme pur et dur des premiers temps des *Lumières* n'est sans doute pas étrangère à l'intérêt porté aux malheurs conjugaux, mais on voit tout de même que les arguments rationnels ne sont jamais très loin, comme si les peines personnelles ne justifiaient pas à elles seules cette revendication et qu'il fallait au contraire appuyer cette demande par des visées plus générales. Cerfvol est pourtant de ceux qui furent touchés par la revendication de Philbert puisqu'il fait rééditer l'ouvrage de celui-ci et y ajoute une législation de son cru.

⁶⁰⁴ « Les calculs de ce mémoire sont alarmans. En l'année 1838, au plus tard, il ne doit plus y avoir un seul homme en France ; néanmoins l'auteur écarte les causes que l'on assigne communément à la dépopulation. La principale cause de ce mal parmi nous, est, dit-il, l'indissolubilité du mariage. Sa preuve n'est pas proposée d'une manière bien honnête. Que l'homme prenne une femme plus jeune et voilà la population qui augmente. (...) » Le Ridant, *op.cit.*, p.448. Il critique par ailleurs les arguments théologiques de Cerfvol qu'il prétend manipulés de toute pièce.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ « Par arrêt du 28 février 1769 il a été ordonné que le Mémoire sur la population seroit lacéré et brûlé, comme tendant à établir un système contraire à la raison, à la religion et à l'indissolubilité du mariage, et comme renfermant d'ailleurs des choses également pernicieuses aux bonnes mœurs, au bon ordre, et conséquemment à la tranquillité publique. » *Ibid.*, p.449.

3.1.2.2 Législation du divorce

Cerfvol fait paraître à Londres en 1769 une *Législation du divorce, précédée du Cri d'un honnête homme qui se croit fondé...*⁶⁰⁷ À la suite du traité du magistrat de Landau, Cerfvol propose une loi du divorce dont la pertinence a tout d'abord été démontrée.⁶⁰⁸ Il commence en effet par établir les buts du « divorce légal », en démontrant tout d'abord que « la suppression du divorce n'est qu'une innovation ».⁶⁰⁹ Cerfvol refait en effet l'histoire du divorce de façon encore plus détaillée que dans son *Mémoire sur la population*. Il reprend de cette façon l'idée que le « divorce a été la coutume de tous les peuples, que toutes les Églises l'ont adopté » et qu'il été « pratiqué dans tous les États chrétiens pendant les dix premiers siècles ».⁶¹⁰

Ce juriconsulte se montre dans cet ouvrage beaucoup plus sévère envers l'autorité ecclésiastique puisqu'il traite en fait d'usurpation dans un domaine qui ne concerne selon lui que le temporel et il tente de démontrer les dangers d'une double juridiction dans un domaine aussi important pour l'État. Sa position envers les institutions ecclésiastiques se radicalise donc puisque, loin de préconiser leur intervention dans ce domaine comme il le faisait dans son traité de démographie, il va jusqu'à affirmer que la théorie de l'indissolubilité n'a été instituée que par ambition des papes qui désiraient dominer les souverains en se réservant le pouvoir de leur accorder ou de leur refuser le divorce.⁶¹¹ La position fluctuante des papes et des conciles est elle aussi rappelée et lorsqu'il traite du divorce en Pologne, Cerfvol ne fait plus même de distinction entre divorce et annulation de mariage, donnant même des preuves historiques de l'existence du divorce dans cette contrée.⁶¹² Il se demande alors, tout comme Lavie, : « Pourquoi les autres n'obtiendroient pas la même liberté ? »⁶¹³ Ce que Cerfvol tente en fait de démontrer, c'est que l'indissolubilité n'est qu'une question de discipline ecclésiastique, non de dogme, et donc, que la théorie de l'indissolubilité est révisable. Pour légitimer son propos, il se base sur l'ouvrage juridique de Le Ridant, *Traité du mariage*, dans lequel il est fait mention que l'essence du mariage n'est pas le sacrement, mais le contrat.

⁶⁰⁷ Spengler fait état d'une réédition de cet ouvrage en 1772. Spengler, *op.cit.*, p. 368.

⁶⁰⁸ Cerfvol, *Législation du divorce...*, pp. 1-151.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁶¹⁰ *Ibid.*

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 8.

⁶¹² Il propose en effet au lecteur de se référer au livre de l'abbé Coyer sur l'histoire de Jean Sobieski, à celui d'un certain La Combe sur les Royaumes du Nord et à celui de Jean-Charles Lavie. *Ibid.*, p. 18.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 32.

Le but de sa seconde partie est par contre moins clair et ce, même s'il l'intitule « Motifs qui déterminent à l'admission du divorce légal ». ⁶¹⁴ Il discourt en effet sur le pouvoir politique et commente quelques maximes politiques générales avant de finalement aborder la concrète question de la dépopulation française. Il y cite d'ailleurs son propre ouvrage de démographie et apostrophe cette fois directement les auteurs ayant déjà souligné le problème : « L'indissolubilité absolue du mariage porte atteinte à la splendeur de la monarchie française, la mine sourdement. C'est une vérité qui a été sentie par le célèbre Maréchal de Saxe, par l'auteur des *Corps politiques* et par Montesquieu dans *L'Esprit des Loix*. » ⁶¹⁵ Le poids de l'argumentation est donc ici la référence à des auteurs estimés, comme le firent d'ailleurs la plupart des révolutionnaires en faveur du divorce. Cerfvol y traite ainsi de l'hypothétique invasion du Nord ⁶¹⁶, comme l'avait fait Lavie dans son traité politique, de même qu'il reprend le discours de celui-ci quant à la nocivité du mariage indissoluble pour les mœurs et à la nécessité de rétablir le divorce pour les purifier. L'encouragement au mariage; l'élimination du libertinage; le renforcement de l'affection conjugale et de la fécondité qui s'ensuit nécessairement; une meilleure éducation des enfants; une plus grande vertu féminine; la destruction du luxe; la baisse des impôts; la formation d'un corps militaire; l'incitation à l'immigration; une meilleure répartition des fortunes; le renvoi des nobles, des bourgeois et des paysans à leurs fonctions premières sont pour lui les conséquences indirectes du rétablissement du divorce. ⁶¹⁷

Tout comme dans son *Mémoire sur la population*, Cerfvol ne néglige pas l'aspect sentimental de la question, il y insiste même plus longuement dans la troisième partie de son pamphlet. Le divorce est selon lui conforme à la nature humaine et nécessaire au bonheur des familles qui ne peuvent que souffrir d'une contrainte telle que l'indissolubilité du mariage. Il traite en effet du mariage indissoluble comme d'un « absurde despotisme » qui « harcèle le cœur humain, l'irrite et le corrompt ». ⁶¹⁸ Comme Montaigne, Bodin, Montesquieu et Lavie, il croit en effet que la contrainte de vivre ensemble attise la haine des époux et les empêche de s'aimer véritablement alors que la peur de perdre l'autre oblige à plus d'égards. Le divorce est cependant avant tout perçu par Cerfvol comme une

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 42.

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ Une section de l'ouvrage s'intitule : « Raison d'admettre le divorce, tirée de la comparaison des forces du Nord avec celles du Midi. » Il y déclare, à l'instar de Lavie, que le midi a un système matrimonial dépeuplant et que ses troupes s'affaiblissent à cause des maladies vénériennes répandues dans le Sud. *Ibid.*, p. 47.

⁶¹⁷ *Ibid.*, pp. 49-77.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 88.

punition, comme un « moyen de rétablir l'ordre et la justice »⁶¹⁹, même s'il est aussi une façon « de procurer le bonheur à ceux qui le désirent et qui en sont privés par la loi contraire de l'indissolubilité. »⁶²⁰

Toutes ces remarques de Cerfvol n'ont en fait rien d'original si on les compare avec celles des autres penseurs du XVIII^e siècle. L'originalité de ce traité entièrement consacré au divorce réside dans le fait que, contrairement à ceux-ci, Cerfvol est convaincu de la réelle possibilité de rétablir le divorce. Nous l'avons déjà souligné, les philosophes des *Lumières* critiquaient l'ensemble des institutions françaises et aucun ne pensait réellement que l'institution du mariage était susceptible d'être réformée. Le chevalier de Cerfvol croit pour sa part que ces auteurs ont tort de considérer l'interdiction du divorce comme tenant « à des points capitaux de religion » et il estime que le « siècle de la philosophie étant celui de la vérité, on verra dans peu renaître ce bonheur, et s'anéantir cette foule bizarre de loix, d'usages anti-naturels inventés par la cupidité pour tenir l'humanité aux fers. »⁶²¹

Voici comment il introduit sa quatrième et dernière partie : « En vain le maréchal de Saxe, Montesquieu et l'auteur des *Corps politiques* ont réclamé le droit de la nature. On ne supposait pas la possibilité du divorce, donc on était éloigné de songer à le régir. »⁶²² Cerfvol propose, lui, une législation du divorce, un *Essai sur la manière de régir le divorce*⁶²³, qu'il croit désormais absolument nécessaire étant donné que le divorce est devenu « matière commune des conversations », ce qui sous-entend sans doute que plusieurs le réclament.⁶²⁴ Cette observation ajoutée à celle de Dêmeunier quant au débat de certains intellectuels sur cette question permet de croire à l'existence d'un mouvement favorable à l'établissement du divorce avant la Révolution, parmi bien sûr les intellectuels et sans doute quelques gens aisés. Les traités en faveur du divorce qui se multiplièrent après la doléance de Philbert prouvent en tout cas que plusieurs étaient sensibles à cette question et qu'ils y avaient sans doute auparavant réfléchi, n'osant peut-être pas s'exprimer par écrit avant la parution de cet ouvrage. Le juriconsulte Cerfvol, lui, va jusqu'à proposer, tout comme Morelly dans son *Code de la nature*, une législation du divorce en 25 articles.

⁶¹⁹ « L'effet du divorce est non seulement de retenir dans les bornes du devoir, de faire résister aux appas du désordre, d'étouffer des passions vagues dans leur naissance ; mais encore de séparer l'innocent du coupable. » *Ibid.*

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 100.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 114.

⁶²² *Ibid.*, p. 123.

⁶²³ *Ibid.*, pp. 131-151.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 126.

Prudent, Cerfvol commence par spécifier dans le premier article que le mariage « continuera d'être comme avant, un lien sacré perpétuel et indissoluble, hormis dans ces cas cy après déterminés. »⁶²⁵ Le divorce est donc pour lui un cas d'exception, une mesure à prendre lorsque le contrat de mariage a été violé et non une liberté de l'homme comme le réclamèrent certains *divorciaires* de la Révolution. Sa perception du divorce abonde alors dans le même sens que les théologies protestantes et n'est donc pas novatrice. Les causes légitimes de divorce sont pour Cerfvol l'adultère de la femme, la condamnation aux Galères (au fouet ou au bannissement), la fureur et la démence, l'inimitié entre les conjoints prouvée par sévices, les diffamations, la dissipation de la fortune et le libertinage. Il prévoit par la suite les procédures et les modalités du divorce, ses effets, les restrictions quant au remariage de même que les mesures à prendre en ce qui a trait aux pensions alimentaires et à la garde des enfants.⁶²⁶

Au traité de Philbert et à la *Législation du divorce* de Cerfvol vient s'ajouter une autre doléance intitulée *Le divorce réclamé par Madame la Comtesse de ****.⁶²⁷ On ne sait cependant pas s'il s'agit d'une réelle plainte ou d'une invention du chevalier de Cerfvol pour appuyer ses positions.⁶²⁸ À ses récriminations personnelles de femme enchaînée à un époux adultère, cette soi-disant Comtesse joint en tous les cas des arguments en tous points identiques à ceux du magistrat : antériorité du divorce, légitimité théologique, pratiques polonaises, régénération des mœurs. On peut d'autant plus douter de l'authenticité de ce témoignage que Cerfvol publie l'année suivante une oeuvre de fiction mettant en scène deux femmes aristocrates qui usent exactement des mêmes arguments pour légitimer le rétablissement du divorce.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 131.

⁶²⁶ Soit les enfants demeurent avec le parent innocent, soit les filles demeurent avec la femme de même que les garçons de moins de 6 ans et les fils demeurent avec le père. *Ibid.*, p. 136.

⁶²⁷ *Ibid.*, pp. 152-170.

⁶²⁸ Il s'agit peut-être du *Cri d'une honnête femme* que Spengler attribue à Cerfvol.

3.1.2.3 Une œuvre de fiction : *Le parloir de l'Abbaye de ****

En 1770, paraît en effet à Genève un opuscule intitulé *Le parloir de l'Abbaye de *** ou Entretiens sur le divorce*⁶²⁹ dans lequel Cerfvol imagine trois différents dialogues sur cette question. Le premier entretien implique précisément une comtesse et une marquise victimes des infidélités de leurs maris. Les deux aristocrates se plaignent en effet de leur triste sort et de l'injustice des lois qui ne font rien pour les femmes malheureuses alors qu'elles vivent pourtant à une époque si éclairée. La marquise fait ainsi la remarque suivante : « Mais aujourd'hui que la nature reprend ses droits, & qu'on fait consister avec raison, le bonheur du genre humain dans l'observation des loix domestiques, pourquoi ne réfléchit-on pas aux moyens d'en faciliter l'observance ? »⁶³⁰ Cette observation fait dire à la comtesse que « si on rétablissait le divorce... », au grand étonnement de la marquise qui ne savait pas que celui-ci avait déjà existé, ce que la comtesse prend plaisir à lui apprendre en lui faisant un court historique de cette institution. Les remarques désobligeantes de la comtesse sur les institutions ecclésiastiques rappellent celles émises par Cefvol dans la *Législation du divorce*.⁶³¹

Dans le second entretien, les deux femmes du monde, une certaine Madame de *** et le Président de B. confrontent leurs positions avec celles d'un abbé peu convaincant. Celui-ci ne trouve en effet rien de substantiel à répliquer aux arguments de ces partisans du rétablissement du divorce. Les raisonnements des cocues et du Président ont en effet plus de poids et ridiculisent par le fait même les raisons alléguées par le clergé pour le maintien de l'indissolubilité du mariage. La partie la plus intéressante du dialogue est celle où les personnages discutent du livre de Philbert. Ce renvoi à un ouvrage contemporain est une méthode fréquemment utilisée au XVIII^e siècle par les auteurs de romans libertins qui décrivent le plus souvent une scène où les protagonistes lisent des ouvrages érotiques connus. Ce schème populaire utilisé par Cerfvol est donc sans doute un indice supplémentaire de l'importance qu'a pu avoir l'ouvrage du préteur de Landau. La référence à des auteurs aussi estimés que Montaigne et Montesquieu est également ici de mise et, ce

⁶²⁹ Cerfvol de, *Le parloir de l'Abbaye de *** ou Entretiens sur le divorce*, Genève, 1770, 43 pages.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 6.

⁶³¹ La comtesse de R. « Les lois civiles ne l'ont point proscrit : c'est un Pape (Nicolas I) qui régnoit a Rome, & donnoit des fers a toute l'Europe chrétienne; qui occupoit la Chaire de Saint Pierre, & qui établissoit une morale opposée à celle que J.C avoit enseignée, & que les Apotres avoient prêchée ». La Marquise de L.: « Et les prêtres se sont avisés d'innover dans ce qui ne regarde que le civil ? » La Comtesse de R. « Oui, Madame; & uniquement pour mettre le désordre dans les sociétés; pour faire régner la zizanie dans les ménages; pour éterniser les guerres domestiques, & troubler le repos des États. » *Ibid.*, p. 8.

qui est révélateur de l'évolution de la pensée de ce jurisconsulte, la Comtesse de R. va même jusqu'à définir ce qu'est pour elle le mariage :

C'est un pacte civil, confirmé par les sermens mutuels que font deux personnes de sexe différent, de se conserver une fidélité réciproque. Ainsi tout acte contraire à ce serment entraîne la destruction du contrat, puisqu'il en est la base, puisqu'il est le pacte lui-même.⁶³²

Cerfvol n'avait jusqu'alors jamais aussi clairement établi sa conception du mariage qui semble d'ailleurs tout droit sortie de l'ouvrage d'un juriste de droit naturel. Ce droit de la nature est précisément invoqué, le divorce étant, selon ces partisans, de droit naturel⁶³³, en plus de n'être pas contraire à l'Évangile, d'avoir été antérieurement toléré et d'être toujours en vigueur dans le royaume de Pologne.⁶³⁴ L'abbé n'a alors plus rien à opposer à cet argument péremptoire : « Ce n'est point un privilège, encore un coup : c'est un droit. »⁶³⁵ Le divorce semble être ici présenté comme un droit et non pas comme la sanction d'une faute, ce qui par ailleurs n'est pas forcément contradictoire puisque l'on peut très bien faire usage de ce droit uniquement dans le cas où l'on a été lésé. Nous croyons que c'est probablement ce qu'envisageait Cerfvol puisque dans tous ses écrits, le divorce est avant tout envisagé comme la sanction soit d'une faute, soit des sentiments haineux entre les conjoints.

Les considérations sociales ne sont d'ailleurs pas négligées dans cet ouvrage puisque cette Madame de ***, point cocue et même heureuse en ménage, croit que du rétablissement du divorce « résulteroit un grand bien pour la société » et que « loin de porter quel-qu'atteinte aux unions bien assorties, il ne feroit que les cimenter. »⁶³⁶ Cette idée, on l'a vu, fut celle de Montaigne, de Montesquieu, de Lavie et de Linguet. Le dernier dialogue, enfin, fait également état de considérations morales et sentimentales, mais il est

⁶³² *Ibid.*, p. 16.

⁶³³ La Comtesse de R. « Mais quand vos théologiens porteront des Jugemens contraires au droit naturel, aux lois, aux mœurs & aux coutumes des nations, on ne les écouterà pas : on les regardera comme des insensés qui ont la folle ambition de vouloir établir leur despotisme sur tous les peuples. » *Ibid.*, p. 25.; « (...) la nature ne peut jamais perdre ses droits (...) » *Ibid.*, p. 27.

⁶³⁴ Résumé établi par l'abbé qui s'avère alors convaincu par ces arguments. *Ibid.*, p. 31. Le Président de B. avait auparavant ridiculisé les positions de l'abbé qui invoquait les lois du Concile de Trente en matière de mariage : « Vous ne devez pas nous rapporter, à nous François, très jaloux de nos droits, les décrets du Concile de Trente, pour constater la loi de l'indissolubilité du mariage. On annule tous les jours, quoique le dernier Concile oecuménique les ratifie, les mariages qui ont été contractés par des mineurs, sans l'aveu de leurs parens. Le Sacrement est donc soumis à la loi ? » *Ibid.*, p. 25. Cette remarque est tout à fait juste en ce qui concerne les annulations de mariage pour cause de rapt qui sont une invention des juristes français pour contourner le droit ecclésiastique qui ne l'entendait pas de cette façon.

⁶³⁵ Citation de la Comtesse de R. *Ibid.*, p. 31.

⁶³⁶ Citation de Madame de***. *Ibid.*, p. 32.

surtout un prétexte pour introduire d'autres arguments déjà donnés par Cerfvol dans ses trois premiers écrits sur le sujet. Le Président de B. traite en effet de l'importance du divorce pour la population, les mœurs et la criminalité et il cite pour ce faire les écrits de Montaigne, de Montesquieu, du Maréchal de Saxe et de l'avocat Lavie qui « ont regardé le divorce comme restaurateur des bonnes mœurs. »⁶³⁷ Bien sûr, le cas de la Pologne est évoqué et celui des pays protestants épargnés par la menace de dépopulation n'est pas passé sous silence. Le Président de B. va jusqu'à conclure : « Je crois qu'il ne seroit pas impossible de déterminer dans combien d'années le protestantisme engloutira la masse totale du catholicisme, si on ne rétablit le divorce qui est le vrai moyen de multiplier les mariages & de les rendre féconds. »⁶³⁸

Du reste, ce Président ajoute que ni l'éducation des enfants ni les bons ménages n'en souffriront et que, de toute façon, tous les pays européens qui admettent le divorce ont bien trouvé un moyen de le régir et d'en gérer les effets : « Comment fait-on dans les deux tiers de l'Allemagne, en Suède, en Danemark, en Hollande, en Angleterre, en Russie, en Prusse; & sur-tout, comment fait-on en Pologne? »⁶³⁹ Telle est la conclusion finale de cet écrit dialogique imaginé par le Chevalier de Cerfvol.

Il ne restait plus, à ce fervent partisan du rétablissement du divorce, qu'à évoquer le dernier argument mis à la mode par les philosophes de la fin du XVIII^e siècle : le bonheur de la femme.

3.1.2.4 *L'intérêt des femmes au rétablissement du divorce*

Dans un pamphlet anonyme paru à Amsterdam la même année que *Le Parloir de l'Abbaye*, Cerfvol expose quel serait *L'intérêt des femmes au rétablissement du divorce*.⁶⁴⁰ Ce n'est cependant pas tant en termes de droit de la femme qu'il traite de l'avantage du

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 34.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 38.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 40.

⁶⁴⁰ Cerfvol, de, *L'intérêt des femmes au rétablissement du divorce*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1770, 55 pages. Spengler a pour sa part consulté l'édition de 1771 qui s'intitule *L'intérêt des femmes et celui des enfants au rétablissement du divorce*. Damas lui attribue également un autre ouvrage paru en 1770 : *Cri d'une honnête femme qui réclame le divorce conformément aux lois de la primitive Église, à l'usage actuel du Royaume catholique de Pologne et à celui de tous les peuples de la terre qui existent ou qui ont existé, excepté nous*. Damas, *op.cit.*, p.66. Nous n'avons malheureusement pas eu accès à ce document bel et bien répertorié, sans nom d'auteur, par le catalogue de la BNF. Le contenu de cet ouvrage résumé par Damas ressemble énormément au *Parloir de l'Abbaye de ****.

divorce, mais en termes de protection du sexe le plus faible. Cerfvol considère en effet que la femme vit le plus souvent un « esclavage intolérable » et il décrit pour le prouver le sort malheureux des femmes qui ont un mari tyrannique. De même, l'obligation de demeurer au couvent jusqu'à leur mariage avec un inconnu choisi par leurs parents lui fait déplorer l'abus de la puissance paternelle en ce domaine. Cerfvol propose alors en premier lieu de protéger les jeunes filles contre une puissance paternelle abusive qui leur interdit de se choisir elles-mêmes un époux.⁶⁴¹ Il ne critique cependant pas tant la puissance paternelle que l'indissolubilité du mariage qui vient ajouter au poids de leur malheur. Le divorce s'avère dans ce cas être l'un des meilleurs moyens pour contrebalancer les pressions parentales en ce domaine : « Tous les peuples policés ont admis le divorce comme un correctif nécessaire au pouvoir paternel ou plutôt à ses abus et comme un moyen légitime de se restituer contre un engagement téméraire, dans lequel on a promis plus qu'il n'était en foi de tenir. »⁶⁴² Il souligne que si les parents avaient alors bien le droit de leur imposer un joug marital, ils n'avaient pas celui de le rendre éternel.⁶⁴³

Cerfvol croit de toute façon que quand bien même la femme choisirait son mari, « ce n'est pas une raison pour le rendre éternel car elle peut se tromper, surtout elle qui n'est pas éclairée et n'a pas le jugement d'un homme. »⁶⁴⁴ On voit bien que sa conception de la femme comme être fragile, peu raisonnable et limité intellectuellement est des plus traditionnelles et que ce n'est pas en tant que féministe à la Condorcet qu'il revendique pour elle la liberté de divorcer. Sa conception de la femme se rapproche en effet davantage de celle de Rousseau et il ne la considère donc qu'en tant qu'épouse, mère et ménagère. Les idées conservatrices de Cerfvol sur le rôle de la femme sont d'ailleurs abondamment exposées dans un volumineux ouvrage épistolaire qu'il publie à Paris en 1772 : *La gamologie ou de l'éducation des filles destinées au mariage*.⁶⁴⁵ Cerfvol écrit en effet à sa nièce pour l'éclairer sur l'importance du mariage, du choix d'un époux et surtout, sur la conduite à tenir pour être une bonne épouse et une bonne mère. La question de la

⁶⁴¹ « Si des parens ont contraint leur fille à former des engagemens indissolubles, à prononcer des vœux perpétuels, c'est un abus. » *Ibid.*, p. 14.

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ « Pourquoi punir sur un innocent le mauvais choix d'un tiers autorisé à l'y contraindre ? » *Ibid.*, p. 18.

⁶⁴⁴ « Quand on supposerait qu'une femme s'est mariée librement, la perpétuité du nœud n'en serait pas plus raisonnable. Si les hommes les plus réfléchis se trompent tous les jours, pourquoi exiger d'une fille qu'elle soit infailible dans son choix ? » *Ibid.*, p. 22.

⁶⁴⁵ Cerfvol, de, *La gamologie ou de l'éducation des femmes destinées au mariage : ouvrage dans lequel on traite de l'excellence du mariage, de son utilité politique et de sa fin et des causes qui le rendent heureux ou malheureux*, Paris, Chez la veuve Duchesne, 1772, 447 pages.

dissolution n'est dans cet ouvrage que brièvement abordée puisque Cerfvol précise simplement que le divorce, d'ailleurs inexistant en France, ne devrait être envisagé qu'en tant que « remède violent » étant donnée l'importance du mariage.⁶⁴⁶

Ce magistrat démographe se soucie cependant réellement du bien-être de la femme dans son traité sur *L'intérêt des femmes au rétablissement du divorce* puisqu'il croit que celui-ci lui permettrait non seulement de recouvrer « le pouvoir de disposer d'elle-même que lui a enlevé la tyrannique loi religieuse », mais serait également le garant de son bonheur puisqu'il obligerait son époux à plus d'égards envers elle, rendrait celui-ci plus fidèle et exclurait la haine entre les conjoints.⁶⁴⁷ Cerfvol ajoute également à ce traité une section où il est question des bienfaits que retireraient les enfants de parents divorcés : meilleure éducation, davantage de tendresse, d'affection et d'égalité entre les enfants puis, une plus grande justice testamentaire étant donné que l'enfant adultérin est le plus souvent déshérité. Ce souci des enfants, déjà succinctement abordé dans son *Mémoire sur la population* avait nettement progressé chez les intellectuels français de la seconde moitié du XVIII^e siècle. Les arguments historiques et théologiques, le cas de la Pologne et les avantages du divorce sur la population sont une fois de plus répétés, les propres travaux de Cerfvol à ce sujet étant mis en référence. L'argument du contrat résiliable est cette fois exposé puisqu'il considère que le divorce empêcherait l'abus paternel car cela ne servirait à rien d'imposer un lien que la fille pourrait révoquer, « comme on aurait le droit de le faire de toute autre convention. »⁶⁴⁸ Ce commentaire suggère que ce juriconsulte croit en la révocation volontaire du contrat de mariage soumis aux mêmes modalités que les autres contrats, mais dans aucun de ses précédents écrits il n'en fait mention, le divorce étant au contraire toujours par lui considéré comme la sanction d'une faute. Cette conception toute protestante est donc bien éloignée de celle véhiculée par certains *jusnaturalistes* qui vont parfois jusqu'à prétendre que les époux sont libres de fixer la durée de leur contrat.

Les arguments du chevalier de Cerfvol, le plus prolifique auteur en faveur du rétablissement du divorce avant la Révolution, demeurent donc somme toute assez conservateurs et ce, malgré les remarques désobligeantes sur les usurpations du clergé en matière matrimoniale et même sur les institutions ecclésiastiques en général. Cet homme de

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁶⁴⁷ Cerfvol, *L'intérêt des femmes...*, p. 21

⁶⁴⁸ « Une fois le divorce établi, des parens avarés ne sacrifieront plus leur fille dans l'âge le plus tendre ». *Ibid.*, p. 17.

loi ne va pas jusqu'à revendiquer la dissolution du contrat de mariage du fait que ce contrat devrait être soumis aux modalités de toute convention puisque cet aspect est à peine évoqué dans *L'intérêt des femmes au rétablissement du divorce*. Cerfvol ne peut donc être considéré comme un des précurseurs de l'évolution de la pensée juridique française en ce sens. Qu'en est-il du fameux avocat Linguet qui s'est lui aussi fortement intéressé au cas du préteur de Landau?

3.1.3 Un avocat rebelle : Nicolas-Simon Henri Linguet

Une succincte biographie de « l'irrépérable »⁶⁴⁹ Linguet a déjà été donnée dans une note précédente, nous ne retracerons donc pas les péripéties de l'existence de ce singulier avocat.⁶⁵⁰ Il est par contre sans doute utile de noter que Linguet a passé plusieurs années en Pologne, où de soi-disant divorces auraient lieu et qu'à partir de 1769, il exerce dans la ville de Louveciennes en Île-de-France. C'est donc dans cette ville qu'il aurait reçu la requête d'un charpentier de Landau désireux de se remarier et qui l'incite à publier en 1771 un ouvrage faisant état des problèmes posés à la justice française par ce cas particulier : *Mémoire à consulter pour un mari dont la femme s'est remariée en pays protestant et qui demande s'il peut se remarier de même en France*.⁶⁵¹

Plusieurs auteurs doutent cependant de l'authenticité de cette demande d'un catholique alsacien, Simon Sommer, résident tout comme Philbert de la ville de Landau, puisque son cas s'apparente beaucoup trop à celui du préteur. G.D, qui introduit le commentaire de Diderot dans la *Correspondance Littéraire* de 1771 au sujet de cet opuscule, rapporte pourtant que l'éditeur des *Mémoires et plaidoyers de M. Linguet* affirme au contraire que le cas est tout à fait authentique et que Simon Sommer avait été référé à Linguet par Philbert lui-même.⁶⁵²

Quoiqu'il en soit, la ressemblance avec le cas du préteur est frappante. Non seulement Simon Sommer habite lui-aussi à Landau, mais il a épousé en 1761 une fille originaire d'Obersbach, Elisabeth Ultine, qui était gouvernante du curé du lieu alors que la

⁶⁴⁹ D'après le titre d'un ouvrage de D. Baruch : *Simon Nicolas Henri Linguet ou l'irrépérable*, Paris, Bourin, 1991, 413 pages.

⁶⁵⁰ Sa requête de 1776 répertoriée par le catalogue de la Bibliothèque nationale de France permet de supposer que Linguet a été rayé du barreau en 1775 et qu'il s'est alors exilé à Bruxelles : Linguet, Me., *Très-humbles, très-respectueuses Représentations adressés à sa majesté par Me Linguet, sur la défense à lui faite d'imprimer sa Requête en cassation contre les Arrêts des 4 février et 29 mars 1775*. À Bruxelles, 1775.

⁶⁵¹ Linguet, *Mémoire à consulter et consultation...*, *op.cit.*

⁶⁵² G.D dans Denis Diderot, « Mémoire à consulter et Consultation... », p. 640.

femme de Philbert a justement été débauchée par un curé avant leur mariage. Après avoir tout d'abord refusé de consommer le mariage, l'épouse du charpentier voulut par la suite « être la femme de tout le monde »⁶⁵³ et, tout comme l'épouse de Philbert, elle eut plusieurs amants et viola ainsi le serment de fidélité conjugale fait devant l'autel. La suite de l'histoire de Simon Sommer est cependant plus piquante puisque, après trois ans de débauche, la femme de ce charpentier s'est finalement enfuie en Prusse avec un militaire suisse avant, dit-on, de l'épouser devant un pasteur protestant.⁶⁵⁴

Linguet demande alors s'il est juste qu'un honnête citoyen, abandonné par sa femme adultère et même remariée à un autre dans un pays où le mariage n'est pas indissoluble, soit de son côté contraint à rester enchaîné par le lien conjugal alors qu'il ne jouit même pas des avantages du mariage : « Est-il condamné sans ressource à ne pouvoir plus accomplir les vues de la nature que par des voies que le politique redoute, et que la religion proscrie ? Doit-il passer le reste de ses jours dans le supplice de la privation ou dans le remords d'une jouissance illégitime ? »⁶⁵⁵ Le charpentier, tout comme le préteur, se refuse en effet à être libertin et à vivre dans la débauche; il veut pouvoir se remarier à une femme honnête et vertueuse et jouir des plaisirs innocents du mariage.

Linguet demande aux Jurisconsultes, à qui il s'adresse dans cette brochure, dans quelle mesure on doit imposer l'indissolubilité du mariage et s'il n'est pas plus juste de permettre une pratique recommandée par les juifs et pratiquée antérieurement par les Chrétiens :

En deux mots, le divorce recommandé par la loi des Juifs, toléré sous la loi de grâce, appuyé, autorisé si longtemps par les Réglemens civils et ecclésiastiques, est-il aujourd'hui tellement réprouvé, que dans le cas que l'on vient d'exposer, un mari outragé, abandonné sans retour, resté veuf à la fleur de l'âge, ne puisse en implorer le secours et chercher dans la douceur d'un nouvel engagement quelque indemnité de l'amertume de l'ancien ?⁶⁵⁶

Pour cet avocat qui s'était auparavant intéressé au cas d'un juif empêché par la justice française de dissoudre son mariage selon les coutumes de sa religion⁶⁵⁷, la cause de

⁶⁵³ Linguet, *Mémoire...*, p. 1.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 5.

⁶⁵⁷ Linguet a en effet publié à Paris en 1761 un *Recueil sur la question de savoir si un juif marié dans sa religion peut se remarier après son bathème lorsque sa femme juive refuse de le suivre et d'habiter avec lui*. Nous n'avons malheureusement pas eu accès à ce document, mais nous sommes tout de même convaincus que cet ouvrage fait référence au cas Borach Lévy dont l'affaire a été conclue en 1758. (Voir la toute dernière partie de ce travail)

ce malheureux catholique est une question de droit public de la plus haute importance puisqu'il en va du bon ordre de la société et de la dépravation des mœurs à laquelle on doit remédier. Le divorce est pour lui un remède d'exception d'ailleurs utilisé chaque jour par les autres nations européennes éclairées. On le voit, il utilise en somme le même type d'argumentation que les autres partisans du rétablissement du divorce. Il pousse cependant beaucoup plus loin l'argumentation religieuse puisque sa démonstration, dans ce traité, se situe avant tout sur le terrain théologique. L'avocat rebelle prétend en effet être très religieux et se soucie avant tout de prouver que le divorce est compatible avec les Saintes Écritures et la religion catholique, procédé qu'il reprend intégralement dans son traité en faveur du divorce paru en 1789.⁶⁵⁸

Il souligne, bien sûr, que les catholiques grecs et polonais jouissent du droit de divorcer et se demande si les autres catholiques ne pourraient pas eux aussi réclamer « les adoucissements apportés à une loi que la pureté des mœurs anciennes avoit mitigée et que la corruption des mœurs actuelles rend peut-être dangereuse. »⁶⁵⁹ St-Jérôme ayant écrit que le divorce fut accordé aux juifs « à cause de la dureté de leurs cœurs »⁶⁶⁰, il croit, tout comme Lavie, que puisque le cœur des Français est devenu presque aussi corrompu, il serait sans doute bon que ceux-ci puissent aussi jouir d'une telle indulgence. À tout le moins, lorsqu'un époux est trahi et trompé par un conjoint adultère comme c'est le cas pour Simon Sommer qui, loin d'être dépravé comme les juifs est tout au contraire des plus vertueux, il devrait avoir le droit de se remarier avec une conjointe honnête. Linguet rappelle que ce sont là les paroles de Jésus-Christ lui-même telles qu'elles sont rapportées par Matthieu dans le Nouveau Testament.⁶⁶¹

Il ajoute que les maximes générales telles que « ils ne seront qu'une seule chair » ou « que l'homme ne sépare pas ce que Dieu a uni » ne signifient pas que l'indissolubilité du mariage ne puisse souffrir aucune exception, mais seulement que le lien du mariage doit tendre à durer le plus longtemps possible. Il souligne par ailleurs que plusieurs docteurs et pères de l'église l'ont entendu comme tel et permis, pour des raisons graves, aux conjoints chrétiens de se séparer et de se remarier ; ce qui montre que ces axiomes sont susceptibles d'interprétations pouvant changer au cours des siècles. D'autre part, Linguet ne croit pas

⁶⁵⁸ Simon-Nicolas-Henri Linguet, *Légitimité du divorce, justifiée par les Saintes Écritures, par les Pères, par les Conciles, etc aux États généraux de 1789*, Bruxelles, 1789, 40 pages.

⁶⁵⁹ Linguet, *Mémoire à consulter...*, p. 10.

⁶⁶⁰ *Ibid.*

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 20.

que la loi des juifs à propos du divorce a été abolie par l'Église chrétienne comme la plupart des anciennes pratiques. Tout prouve selon lui qu'elle a au contraire été maintenue et transmise dans les nouvelles lois comme en témoignent les écrits des apôtres. Origène, St-Épiphane, Lactance, Saint-Ambroise, Saint-Augustin même, St-Chrysostome, l'Évêque de Tyr, St-Astere, les Conciles des premiers siècles reconnaissent tous selon lui la dissolution du mariage pour cause d'adultère.⁶⁶² Cette énumération prouve que l'indissolubilité n'est pas un « point de doctrine incontestable »⁶⁶³, que le divorce n'est « contraire ni à la loi des Juifs, ni à celle du christianisme », qu'il « ne choque ni l'Ancien ni le Nouveau testament ».⁶⁶⁴

L'avocat Linguet ne néglige cependant pas le côté politique et pratique du divorce tel qu'utilisé par les autres *divorciaires* puisque, en bon populationniste, il prétend que cette faculté « attirerait dans le Royaume une foule de fugitifs qui préfèrent l'exil éternel à des fers que leur cœur ne peut supporter. »⁶⁶⁵ Il donne alors comme exemple la Prusse et les autres parties protestantes de l'Allemagne où s'exilent les Français opprimés par la loi de l'indissolubilité en vigueur dans leur pays et qui, de cette façon, enrichissent et peuplent une autre patrie que la leur. Ces exilés représentent en effet pour Linguet une perte immense pour la France puisque, comme les physiocrates, il croit que le nombre des hommes est ce qui fait la richesse d'un pays. Les justifications de Linguet ressemblent donc beaucoup à celles du chevalier de Cerfvol et il est fort probable que l'avocat de Louveciennes s'en inspire.

Tout comme Cerfvol l'avait exprimé dans son *Mémoire sur la population*, Linguet croit que le rétablissement du divorce donnerait tout d'abord lieu à quelques abus puisque, sans doute, « un flot d'époux mécontents (...) se hateraient d'user de cette liberté si chère, dont l'espece humaine auroit été si longtemps privée dans nos contrées. »⁶⁶⁶ Il pense tout de même qu'après ce premier enthousiasme, « fruit de la nouveauté », le divorce serait au contraire beaucoup plus rare que ne le sont les séparations de corps. Les raisons qu'il donne de la rareté probable de l'utilisation du divorce semblent par contre beaucoup plus réalistes que l'attachement soudain des époux proposé par les autres partisans du divorce : c'est la crainte de blesser des enfants qu'on chérit, la peur de ne pas trouver un meilleur conjoint, la

⁶⁶² *Ibid.*, p. 26.

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 50.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 59.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 54.

répugnance à remettre la dot ou à verser une pension, la honte, les regrets et même la crainte de se faire des ennemis dans la famille du conjoint délaissé.⁶⁶⁷

Ce qui surprend dans ce traité est que cet homme de loi français, loin de prôner des doctrines gallicanes, croit que le lien conjugal, d'origine divine et sacramentelle, ne peut être dissous que par l'Église et, depuis que les conciles ont été subordonnés à l'infaillibilité du pape, par le souverain pontife lui-même. De ce fait, il propose à Simon Sommer d'envoyer une requête à Rome et, dans le cas d'une réponse positive (ce qui est absolument irréaliste, surtout pour un simple charpentier) de faire valoir cette acceptation devant les tribunaux civils de la France.

Cette proposition inattendue ne manque d'ailleurs pas d'être ridiculisée par un autre avocat, Desnoyers, qui rejette complètement les thèses de Linguet. Dans un succinct ouvrage de 34 pages rédigé la même année que le *Mémoire à consulter*, Desnoyers réfute le « Système » proposé par Linguet au sujet du divorce.⁶⁶⁸ L'ouvrage, qui réplique essentiellement aux arguments théologiques utilisés par Linguet, est très ennuyeux et n'a d'intérêt que comme témoignage d'une réaction en défaveur d'un ouvrage revendiquant le rétablissement du divorce. D'autre part, l'auteur y souligne l'écho qu'a eu le *Mémoire à consulter* de Linguet et la popularité dont l'écrit a bénéficié auprès de plusieurs lecteurs qui, selon lui, en ont adopté les points de vue.⁶⁶⁹

Desnoyers invoque quant à lui le témoignage de la *Genèse* pour prouver que le mariage, créé par Dieu, est par sa nature indissoluble et que Jésus ne l'a point changé en en faisant un sacrement. Il répète sans cesse que le mariage est une société de corps « dans laquelle les contractans ne peuvent reprendre ce qu'ils y ont mis. »⁶⁷⁰ et donc, que c'est un lien qu'on ne peut rompre. Le divorce est, selon lui, « contraire à la nature du mariage et à la volonté du Créateur. »⁶⁷¹ Par ailleurs, il souligne que ce n'est pas parce que le mariage est un sacrement qu'il est perpétuel, on l'a au contraire élevé à la dignité de sacrement pour

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 55

⁶⁶⁸ Desnoyers, *Réfutation du Système porté en la Consultation faite à Lucienne le 16 aout 1771, qui établit que le mari que sa femme a quitté et s'est allée marier en pays étranger peut obtenir le divorce et la liberté de se remarier en France*, Paris, d'Houry, 1771, 34 pages. (Louveciennes était auparavant désignée sous le nom de Lucienne)

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 4.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 15.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 17.

en faire le symbole de l'alliance de Jésus-Christ avec son Église à cause justement de cette indissolubilité originelle attribuée au lien conjugal.⁶⁷²

Desnoyers apporte par contre une idée tout à fait nouvelle à laquelle même les théologiens n'avaient pas pensé, à savoir que Moïse n'a pas permis le divorce aux juifs mais simplement la séparation d'habitation, la séparation de corps, donc, instituée par l'Église au Moyen Âge... Les juifs ont alors fait « ce que la loi ne permettait pas »⁶⁷³, c'est à dire se remarier à d'autres femmes du vivant de leur première épouse. Les théologiens ont toujours affirmé, à propos de l'incise matthéenne, que l'apôtre n'envisageait pas le divorce pour adultère de la femme mais simplement la séparation de corps, mais jamais ils ne sont allés jusqu'à dire que c'est également tout ce qu'autorisait la loi de Moïse puisqu'ils ont constamment soutenu que, pour éviter de plus grands maux, celui-ci a été obligé de le tolérer et non de le recommander comme l'avancent certains *divorciaires*.

Cette discussion théologique entre avocats montre que ces questions d'interprétation biblique n'étaient plus au XVIII^e siècle l'apanage des hommes d'Église puisque tout un chacun semble désormais se permettre l'usage de ce type d'argumentation pour défendre sa cause. Les positions de l'avocat Desnoyers ne semblent pourtant pas bien étoffées et Linguet allait rencontrer une plus solide opposition en la personne de l'abbé Guillaume André René Baston. Celui-ci réplique en effet au *Mémoire* de Linguet dans un volumineux ouvrage paru à Paris l'année suivante.⁶⁷⁴ Les arguments théologiques apportés par l'avocat n'ont en effet pas convaincu cet homme d'Église qui considère que Linguet fait un piètre théologien et même, un piètre juriste. C'est en effet dans un style ironique que l'abbé s'engage à démontrer que les assertions de Linguet sont erronées et qu'elles ne font pas le poids face à ses démonstrations de la nature divine du mariage indissoluble.

Fort sceptique quant à l'authenticité de la demande de Simon Sommer, l'abbé soutient que personne n'a été dupe du procédé de Linguet et qu'on a bien compris que ce cas particulier n'est qu'un prétexte pour critiquer la nature indissoluble du mariage et faire croire aux Français qu'ils pourraient légitimement réclamer ce que Linguet nomme le

⁶⁷² Desnoyers reprend ici exactement la même argumentation que les avocats ayant refusé la demande d'annulation de mariage d'un juif converti dont nous traiterons dans le dernier chapitre.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁷⁴ Guillaume-André-René Baston, *Réponse au mémoire et à la consultation de M. Linguet touchant l'indissolubilité du mariage*, Paris, Imprimerie de M. Lambert, 1772, 134 pages. Baston (1741-1825) exerçait son ministère dans la ville de Rouen.

« rétablissement » du divorce.⁶⁷⁵ L'abbé Baston rapporte en effet l'intérêt « qu'on prend à cette affaire dans un certain monde »⁶⁷⁶ et craint les espoirs que le traité de Linguet a fait naître chez plusieurs d'entre eux et en particulier chez les dames.⁶⁷⁷

Les remarques de Baston à propos des discussions sur les causes possibles de divorce nous informent sur l'existence d'un débat sur cette question avant la Révolution :

« On compare déjà l'absence physique avec l'absence morale, un mariage adultère avec la simple infidélité, les rebuts et la maladie. »⁶⁷⁸ De même, le devoir que prétend avoir cet abbé d'informer ses concitoyens du crime que commettrait Simon Sommer en se remariant et de les avertir des dangers d'une telle révolution dans les pratiques du mariage indique clairement que l'Église se sentait alors menacée par le traité du fameux avocat. Il n'y a en effet pas eu d'ouvrages, à notre connaissance, qui ont réfuté le pamphlet de Philbert ou les nombreux écrits de Cerfvol. Ceux-ci ont certes été condamnés au feu, mais les hommes d'Église n'ont pas cru bon dénier les assertions de ces auteurs inconnus et ne représentant probablement pas pour eux une bien grande menace. Par contre, et l'abbé Baston en avise justement ses lecteurs, la réputation et la popularité de l'avocat Nicolas-Simon Henri Linguet osant publiquement se prononcer en faveur de la dissolution du mariage ont davantage impressionné l'opinion publique qui, comme l'avait déjà souligné Desnoyers, a embrassé bon nombre de ses idées.⁶⁷⁹

L'abbé Baston s'étonne par ailleurs que ce Simon Sommer se soit adressé à un juriste et non pas à un théologien puisque, et Linguet l'a lui-même démontré en abordant la question presque essentiellement d'un point de vue religieux, son cas relève des lois divines et ecclésiastiques. Baston s'efforce ainsi de démontrer dans la première partie de son

⁶⁷⁵ « Ce n'est donc point l'affaire d'un particulier que M. Linguet a mise sous les yeux du public; c'est, on ose le dire, l'affaire de tous les hommes; et quoiqu'il paroisse appuyer fortement sur la singularité de la position de Sommer, il ne peut s'empêcher de prévoir lui-même la fécondité de la grâce qu'il voudroit impêtrer ». *Ibid.*, p. 3.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 2.

⁶⁷⁷ « Les femmes applaudissent comme les maris au Mémoire de Sommer. Elles ne sont point effrayées de la révolution qui menace leurs hyménées parce qu'elles se flattent de recouvrer proportionnellement les heureux débris des franchises de leur sexe. » *Ibid.*

⁶⁷⁸ *Ibid.*

⁶⁷⁹ « Ce savant s'est distingué par tant de belles productions que son suffrage ne peut manquer de faire beaucoup d'impression sur une foule d'esprits qui ne sauroient absolument contredire un homme illustre; il falloit encourager leur timidité en faisant toucher du doigt que souvent les grands hommes ne diffèrent des autres que parce qu'ils embrassent de grandes erreurs et qu'ils les soutiennent avec tout l'appareil de l'érudition, toute la force du génie, tout le feu, tout le brillant de l'éloquence. Si le dessein du Mémoire a été de prouver qu'avec des talens supérieurs on peut répandre sur une vérité incontestable des nuages qui l'obscurcissent aux yeux de certaines personnes, il a réussi. Trop de gens désirent qu'il ait dit vrai, pour que quelques-uns ne le croient pas. S'il a voulu ébranler la croyance de l'Église et préparer une révolution dans sa discipline, il a porté ses prétentions trop loin, et perdu ses peines. » *Ibid.*, p. 130.

ouvrage que le mariage du charpentier est indissoluble de droit divin. Pour ce faire, il reprend point par point l'argumentation théologique de Linguet. L'Abbé Baston admet en premier lieu que le divorce a bel et bien existé chez les juifs et qu'il rompait effectivement les liens du mariage.⁶⁸⁰ Par contre, il trouve ridicule de considérer qu'il s'agissait là d'un ordre de Dieu et non pas seulement d'une permission de sa part. Pourquoi Dieu aurait-il obligé un mari à répudier sa femme si celui-ci consentait à lui pardonner sa faute? Baston croit en effet que le divorce judaïque sanctionnait d'abord et avant tout la découverte de la défloration de la femme avant son mariage. Il reproche alors à Linguet de confondre l'expression « défaut honteux » avec de légères imperfections et de simples dégoûts de la part du mari. S'il admet que la fornication de la femme n'était probablement pas la seule cause de divorce chez les juifs, l'abbé croit qu'il fallait tout de même de graves raisons pour faire accepter l'acte de divorce et il s'étonne que Linguet ne se soit pas contenté de ces « maximes » modérées pour sa démonstration de l'existence du divorce chez les juifs.⁶⁸¹

De toute façon, Baston ne considère pas que le divorce judaïque soit un argument raisonnable pour introduire cette pratique en France. Si on devait rétablir le divorce à la façon des juifs, seuls les hommes auraient selon lui le droit de répudier leurs femmes et celles-ci n'ont alors pas de raison de se réjouir du retour de cette loi.⁶⁸² L'idée que la loi du divorce n'aurait pas été abolie par Jésus-Christ est par ailleurs ridiculisée par l'abbé Baston qui s'étonne que personne ne connaissait l'existence de cette loi et le droit d'en faire usage avant le traité de Linguet. Baston estime en tous les cas que les chrétiens ne sont pas les enfants d'Abraham et que ce sont les lois du Nouveau Testament qu'ils doivent suivre.⁶⁸³

Il s'applique alors à rejeter les interprétations de Linguet en ce qui a trait à l'incise matthéenne en lui reprochant tout d'abord de négliger le témoignage des autres évangélistes. Baston suppose même qu'il n'y a jamais eu d'exception faite par Jésus-Christ à l'indissolubilité du mariage et qu'il faut considérer les différents contextes dans lesquels le sauveur s'est exprimé à ce sujet. Il émet en effet l'hypothèse que les propos rapportés par Matthieu ont été prononcés en public, alors que Jésus ne voulait pas trop froisser la sensibilité des juifs qui lui reprochaient de rejeter complètement les anciennes lois. Au contraire, les trois autres évangélistes rapportent ce que Jésus a dit à ses apôtres, alors qu'il pouvait librement exprimer toute la sévérité de la loi. Baston trouve de toute façon

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁸¹ Linguet a en effet écrit que les juifs divorçaient pour des raisons futiles.

⁶⁸² *Ibid.*, p. 21.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 26.

inconcevable que les autres évangélistes aient négligé d'enseigner une si importante exception, d'autant plus que dans les premières années de la diffusion des actes des apôtres, plusieurs régions ne pouvaient lire qu'un seul évangéliste et étaient donc dans l'ignorance des propos de Matthieu à ce sujet.⁶⁸⁴ Baston a cependant le souci de démontrer qu'il est honnête et modéré et il avoue donc qu'il n'y a aucune preuve de ce qu'il avance, mais que c'est tout de même l'hypothèse qui lui semble la plus logique.⁶⁸⁵

En ce qui a trait à la Tradition à laquelle Linguet fait appel, l'abbé Baston considère également qu'elle est de son côté, qu'elle est aussi « funeste » à Linguet que l'écriture.⁶⁸⁶ Il prétend en effet que l'avocat tire de fausses conséquences des écrits des saints pères, qu'il extrapole leurs propos et surtout, que non seulement il utilise le plus souvent des auteurs moins connus mais que ceux qui, effectivement, se sont prononcés en faveur de la dissolution du mariage ont versé dans l'hérésie (Tertullien) ou avaient des mœurs douteuses alors que tous les grands et saints Pères de l'Église se sont prononcés pour l'indissolubilité absolue du mariage.⁶⁸⁷ Pour renforcer ses positions, l'abbé présente une série de lettres de différents papes qui se sont prononcés en défaveur du divorce et ce, tout en rappelant que les exemples donnés par Linguet de la tolérance du divorce viennent d'empereurs chrétiens qui ont conservé des restes de paganisme.⁶⁸⁸ Il en conclut ainsi que les « évêques de Rome ont parlé pour nous et les empereurs de Constantinople ont parlé pour lui. »⁶⁸⁹ L'abbé Baston estime alors avoir suffisamment prouvé que le mariage est indissoluble de droit divin et que Simon Sommer commettrait un grand crime en ne respectant pas son engagement sacré et en suivant les conseils de cet avocat inconscient.⁶⁹⁰

Quant à la soi-disant dispense que le pape pourrait accorder à ce charpentier, Baston trouve cette idée tout à fait incongrue puisque « pareille dispense n'a jamais été

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁶⁸⁵ « Je lui accorde que rien de tout ce que nous venons de dire n'est démontré, que rien n'est prouvé. Ce ne sont que des suppositions, mais une bonne possibilité. » *Ibid.*, p. 37.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 112.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 67.

⁶⁸⁸ « Pour achever de convaincre le monde de notre conformité avec la Tradition, nous acquitterons ici la promesse que nous avons faite de montrer que les souverains Pontifes qui ont traité la question, l'ont décidée de la même manière que nous la décidons. M. Linguet n'a point osé invoquer cette autorité sainte ». *Ibid.*, p. 82.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 91.

⁶⁹⁰ « Que les hommes privés s'en fassent accroire tant qu'il leur plaira, qu'ils s'évanouissent dans la vanité de leurs pensées et de leurs désirs : il demeurera toujours constant que ce seroit pour Sommer, charpentier de Landau, la plus insigne témérité, la plus haute folie, de préférer la voix de M. Linguet à celle d'un concile général [Concile de Trente], qui lui crie que l'Église a toujours enseigné l'indissolubilité de son mariage avec Ultine, et que cet enseignement est la pure doctrine de Jésus-Christ et des apôtres. » *Ibid.*, p. 109.

accordée »⁶⁹¹ et que se serait nier dix-huit siècles de tradition ecclésiastique. L'abbé Baston ne juge cependant pas nécessaire de discuter longuement de cette question puisqu'il ne considère pas que Linguet envisageait avec sérieux cette possibilité.⁶⁹² Il est par contre considéré que l'avocat ait réellement pu faire croire à Sommer qu'une dispense du pape serait reconnue par les tribunaux civils français. Il le somme de revoir la jurisprudence française et d'y chercher un seul exemple où celle-ci a pu prononcer une dissolution du mariage « sous l'unique point de vue de la discipline gallicane ». ⁶⁹³ Nous avons en effet démontré que l'indissolubilité du mariage était fermement maintenue par les autorités civiles du Royaume de France qui rejetèrent même des causes d'annulation de mariage admises par le droit canonique (*privilège paulin*).

L'abbé Baston réproouve finalement les motifs allégués par Linguet pour rétablir le divorce; soit la sauvegarde des mœurs et l'augmentation de la population qui ne sont pour lui que des chimères politiques.⁶⁹⁴ De même, il ne fait pas confiance aux prédictions de Linguet quant à la soi-disant rareté de l'utilisation du divorce après une première vague d'enthousiasme. Baston en appelle en effet à l'expérience romaine qui prouve tout le contraire puisqu'il considère que les Français du XVIII^e siècle ressemblent davantage aux Romains de la fin de l'Empire, débauchés et enclins à divorcer, qu'aux Romains cultivateurs et guerriers qui usèrent plus rarement de ce droit selon certains témoignages.⁶⁹⁵

Baston reproche finalement à Linguet de se servir de la théologie pour avoir l'air de respecter la religion, comme le font d'ailleurs plusieurs philosophes qui feignent le respect des institutions religieuses :

Parce qu'il respecte le Seigneur, Linguet seroit théologien. Cependant, il ne me paroît à moi que Philosophe : mais un de ces Philosophes décens qui s'écartent des sentimens de l'Église sans lui témoigner de mépris, qui disent le saint Concile de Trente en combattant ses décisions, qui appuient une partie de leurs opinions sur les divines écritures, et qui franchissent les limites que le doigt de Dieu y a marquées. (...) À ces traits on reconnoît le Philosophe, qui pour avoir entrée par-tout, s'est couvert à moitié de la fourrure théologique.⁶⁹⁶

Le plaidoyer de l'avocat Linguet ne tient donc pas la route pour l'abbé Baston qui considère que le sien devrait convaincre tous ceux qui se sont laissés prendre au piège de

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 114.

⁶⁹² « Je me serois étendu davantage sur cette seconde partie de ma réponse, si j'avois pu me persuader que M. Linguet attendit sérieusement de l'indulgence du Pape la grace qu'il a fait demander ». *Ibid.*, p. 116.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 118.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 124.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 128.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, pp. 132-133.

Linguet. Diderot, qui avait auparavant fait un compte-rendu du *Mémoire* dans la *Correspondance littéraire* d'automne 1771, avait pourtant trouvé l'ouvrage de Linguet des plus convaincants et des mieux argumentés.⁶⁹⁷ Le directeur de l'*Encyclopédie* se méprend par contre quant à l'auteur de ce traité puisqu'il croit qu'il est de Philbert, celui-là même qui avait rédigé le *Cri d'un honnête homme* trois ans auparavant et que Diderot prétend avoir personnellement connu. La ressemblance, comme on l'a vu, est en effet trop frappante et le philosophe fait d'ailleurs partie de ceux qui croient qu'il ne s'agit là que d'une fiction. Il félicite pourtant l'auteur de la profondeur de l'ouvrage, sans se priver d'émettre quelques remarques ironiques sur le sort du charpentier qui, en voulant se remarier, risque à nouveau d'être cocu :

Il est difficile de lire un mémoire mieux raisonné et plus fortement écrit, il serait même pathétique si nous pouvions nous attendrir sur le sort des maris trompés. La demande du préteur, conforme aux bonnes mœurs, à la raison et à l'utilité publique, et nullement contraire à l'esprit de l'Évangile, sera pourtant rejetée, parce qu'il n'y a pas d'innovation plus difficile à faire que dans la jurisprudence : toutes les sciences ont fait des progrès, la jurisprudence est restée gothique.⁶⁹⁸

Les cas personnels d'un préteur et d'un charpentier de Landau semblent donc bien avoir suscité l'intérêt au début des années 1770. La situation de Simon Sommer a même provoqué le questionnement d'un autre homme dans la même position, dans la mesure où le titre que nous avons trouvé à ce sujet est bien réel et non ironique et où il ne s'agit pas d'une requête fictive imaginée pour se moquer de Linguet.⁶⁹⁹ Hilaire-Joseph Hubert de Matigny a en effet publié un essai intitulé *Consultation sur le divorce, pour un mari (Le Sr de Crosane) qui se trouve dans le même cas que Simon Sommer, et qui demande si, d'après son mémoire à consulter, et la consultation de M. Linguet, il peut également requérir du S. Père une dispense de se remarier.*⁷⁰⁰ Cet auteur fut par ailleurs sollicité par le duc d'Orléans pour faire valoir aux États généraux les positions de celui-ci en faveur du divorce et rédigea ainsi en 1789 un ouvrage sur cette question.⁷⁰¹ Matigny s'avère donc être un partisan de cette loi du divorce et donc, soit il voulait émettre un autre point de vue sur

⁶⁹⁷ Diderot. « Mémoire à consulter ... », pp. 640-642.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 641.

⁶⁹⁹ Nous n'avons malheureusement pas eu accès à ce document pour le vérifier.

⁷⁰⁰ Répertoire par le catalogue de la Bibliothèque nationale de France. Paru à Paris en 1771.

⁷⁰¹ Hilaire-Joseph Hubert de Matigny, *Traité philosophique, théologique et politique de la loi du divorce, demandée aux États-Généraux par S.A.S Mgr Louis-Philippe-Joseph d'Orléans, premier Prince du sang, où l'on traite la question du célibat des deux sexes, et des causes morales de l'adultère*, Paris, 1789.

cette question en 1771, soit il se moquait des positions de Linguet quant au monopole pontifical de dissoudre le lien conjugal.

L'irréplicable Linguet se montre donc assez conservateur en matière de dissolution du mariage, s'éloignant une fois de plus de la pensée des philosophes qui émirent des idées beaucoup plus libérales sur ce sujet et rejetèrent pour la plupart toute prérogative ecclésiastique dans le domaine matrimonial.⁷⁰² Cette dernière position est d'ailleurs celle adoptée par la plupart des auteurs plus ou moins connus qui critiquèrent la loi de l'indissolubilité du mariage en vigueur dans le Royaume de France. Outre Philbert, Cerfvol et Linguet dont les ouvrages semblent avoir été l'objet d'une grande popularité, d'autres intellectuels ont en effet publié des ouvrages sur cette question dans les années 1780.

3.1.4 Derniers traités en faveur du divorce à la veille de la Révolution

3.1.4.1 *Le contrat conjugal* de Jacques Lescène des Maisons

Ce ne sont pas que des juristes, des avocats et des hommes d'Église qui ont exprimé leurs vues sur la question du mariage indissoluble. Un certain Jacques Lescène des Maisons, qualifié d'historien dans le *Dictionnaire des lettres françaises*⁷⁰³, a en effet rédigé en 1781 un ouvrage sur le mariage en général, mais dont les trois quarts sont en fait consacrés aux questions de l'indissolubilité du mariage, de la répudiation et du divorce.⁷⁰⁴ Ce traité ressemble beaucoup aux ouvrages du chevalier de Cerfvol dans la mesure où l'auteur utilise en fait les mêmes arguments, mais il nous paraît beaucoup plus étoffé car beaucoup plus structuré. Alors que les écrits de Cerfvol sont des essais où se retrouvent pêle-mêle les différentes idées légitimant le rétablissement du divorce, l'auteur du *Contrat conjugal* divise son argumentation en sections bien précises qui annoncent d'emblée le procédé de sa démonstration et affichent sans ambiguïté ce qu'il cherche à éclaircir ou à réprouver.

⁷⁰² Linguet était en effet un critique intempestif des philosophes contre lesquels il sollicitait « l'appui du pape Clément XII ». Je. L. « Linguet », dans François Moureau dir. *Dictionnaire des lettres françaises. Le XVIII^e siècle*, Paris, Fayard, 1995, p. 772.

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 756.

⁷⁰⁴ Jacques Lescène des Maisons, *Le contrat conjugal, ou loix du mariage, de la répudiation et du divorce avec une dissertation sur l'origine et le droit des dispenses*, (S.L.), 1781, 208 pages. C'est l'édition que nous avons consultée cependant, le *Dictionnaire des lettres françaises* lui attribue bien cet ouvrage mais il serait selon lui daté de 1785 et serait paru à Neuchâtel.

Jacques Lescène des Maisons introduit son propos en dénonçant de prime abord l'attitude de bon nombre de Français qui n'osent pas selon lui exprimer ouvertement leur condamnation de la loi qui rend le mariage indissoluble :

Nous seuls enveloppés du manteau de l'erreur, nous refusons de dévoiler nos maux. Ce n'est pas qu'on ne le sente, qu'on ne les avoue, qu'on ne les déteste quand ils deviennent personnels. Mais par une contradiction hypocrite on désavoue en public ce qu'on confesse en secret.⁷⁰⁵

L'auteur s'engage donc à prendre pour eux la parole et à illustrer ce qu'est le mariage et la façon dont il devrait être régi. Dans son premier livre, il traite de la situation de l'homme dans l'état de nature afin de rappeler le contrat originel entre les hommes et surtout, entre les deux sexes.⁷⁰⁶ On sait que cet historien a été précepteur en Angleterre⁷⁰⁷ et donc, qu'il a dû être fortement influencé par les théories anglaises du contrat social et du mariage comme contrat civil. L'auteur insiste en effet longuement sur ce point et considère le mariage comme un contrat de la plus grande importance qui ne saurait faire partie des compétences d'une quelconque institution religieuse. Pour lui, en effet, le contrat de mariage ne regarde que le législateur civil puisqu'il a été « établi par les hommes pour le meilleur ordre de la communauté et leur bonheur particulier »⁷⁰⁸ et il affirme d'emblée qu'il est temps que le souverain reprenne un droit qu'une Église catholique ambitieuse a usurpé à ses dépens. Lescène des Maisons ajoute même que l'ingérence de toute autre juridiction dans ce domaine est une « infraction du contrat social »⁷⁰⁹ et représente, de surcroît, un conflit de puissance. Cet historien se veut en effet un fervent défenseur des prérogatives royales dans tout ce qui concerne les causes matrimoniales et il demande dans cette première partie la séparation totale du temporel et du spirituel:

Il est temps de séparer des choses qui n'auraient jamais dû être confondues : ce qui appartient au système politique et ce qui est du culte dû à l'être suprême. De toutes les lois qui ont été mal conçues, dénaturées ou perverties, il n'en est point de si opposées à leur but, que celles qui regardent le mariage.⁷¹⁰

Curieusement, cet historien ridiculise le culte de l'Antiquité, l'idée que les institutions anciennes seraient les meilleures et il pense comme Diderot que les lois françaises sont des plus archaïques. Il considère en effet que la France est l'État qui réforme

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁷⁰⁶ « Les deux sexes s'associèrent par contrats qu'on a appelés mariages ». *Ibid.*, p. 11.

⁷⁰⁷ Mouret, *op.cit.*, p. 756.

⁷⁰⁸ Lescène des Maisons, *op.cit.*, p. 15.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 20.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 7.

le moins ses lois et la plus grande preuve selon lui de l'injustice d'une loi est « la multiplicité de ses infractions ».⁷¹¹ La multiplication des séparations de corps et des adultères est sans doute visée par cette assertion.

Dans son second livre, l'auteur définit ce qu'est le mariage : une « institution de la société » et non pas un sacrement ni même une « loi de la nature ». ⁷¹² Il considère par ailleurs que cette institution ne doit subir aucune entrave. Pour cette raison, il consacre presque entièrement cette partie de son ouvrage à la critique des empêchements de mariage établis par le droit canon et du consentement des parents imposé par le droit civil français. L'auteur, populationniste et moraliste, croit que le mariage doit être entièrement libre et il loue de ce fait la sagesse des Grecs, des Gaulois et des Bretons qui admettaient le divorce.⁷¹³ Il considère, comme la plupart des partisans du divorce, que le mariage forcé est un « obstacle à la population et une source de corruption pour les mœurs. »⁷¹⁴

Son troisième livre traite essentiellement de la question de l'indissolubilité du mariage et se divise en quinze parties relatant les interrogations de l'auteur à ce sujet. Il se demande entre autres s'il « était de l'essence du mariage d'être indissoluble »⁷¹⁵, « s'il était utile à la société qu'il le fût »⁷¹⁶, quels en sont les inconvénients, quelle est la raison pour laquelle la religion s'est immiscée dans ce contrat, quelle était originellement la position de l'Église sur cette question et quelle est-elle dans le monde actuel.

On s'en doute, pour ce défenseur du mariage libre, cette institution ne peut être de nature indissoluble. Il croit que cette façon d'envisager le mariage réduit l'homme à la qualité d'animal puisqu'elle ne lui suppose que des besoins physiques et néglige l'aspect sentimental du lien conjugal. L'homme ne peut en effet pas être sûr qu'il éprouvera toujours les mêmes sentiments envers la personne avec laquelle il s'engage et l'obliger à se lier éternellement avec elle est un « esclavage physique et moral, une injure à la nature, le plus monstrueux de tous les contrats. »⁷¹⁷ Comme tous ceux qui, jusqu'alors, ont écrit sur l'indissolubilité du mariage, Lescène des Maisons est convaincu que celle-ci entraîne la

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 44.

⁷¹² *Ibid.*, p. 56.

⁷¹³ *Ibid.*, p. 20

⁷¹⁴ Il désapprouve pour cette raison l'acte de 1753 imposé par le gouvernement anglais puisque celui-ci mettait fin à la liberté totale des mariages qui était jusqu'alors en vigueur en Angleterre. *Ibid.*

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 52.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 56.

⁷¹⁷ *Ibid.*, p. 54. Il ajoute : « Il est sans doute des mariages heureux jusqu'à la mort, mais c'est le petit nombre. Parcourez les maisons d'une grande ville, interrogez chaque ménage, combien s'ils pensaient tout haut, entendrez-vous maudire la chaîne qui les lie. » *Ibid.*

débauche et l'adultère. Il soutient par ailleurs que le mariage a été institué en vue de la procréation du genre humain et on ne saurait donc obliger un conjoint à demeurer avec un partenaire stérile ou pour lequel il éprouverait du dégoût.⁷¹⁸

S'étant auparavant moqué du culte du passé, cet historien ne peut tout de même s'empêcher de rappeler que le mariage existait bien avant les religions et que celles-ci n'ont été appelées que pour le sanctifier, « le rendre plus respectable ».⁷¹⁹ Tout comme Cerfvol et, en fait, la totalité des *divorciaires*, l'auteur du *Contrat conjugal* refait l'historique des lois régissant le mariage dans l'Antiquité chrétienne et au Moyen Âge. Il remarque que le divorce y était alors permis et se demande: « Si le mariage est indissoluble par son essence, si le Christ lui-même imprima un caractère ineffaçable, pourquoi ne s'en doutait-on pas au tems de l'instituteur et pendant les premiers siècles de l'Église ? »⁷²⁰ Il reprend à son compte et ce, malgré la contre-attaque de l'abbé Baston, la démonstration de la fluctuation des conciles sur cette question et de la tolérance du divorce dans les premiers siècles. L'imposition finale de la théorie du mariage comme sacrement indissoluble est pour lui tout à fait « contraire à la nature, à la société et aux usages primitifs des chrétiens. »⁷²¹ Lescène des Maisons va même jusqu'à approuver la Réforme protestante qui a enlevé au mariage son caractère de sacrement et fait de cette institution un contrat civil, ce qu'il aurait d'ailleurs toujours dû demeurer.⁷²²

Contrairement à Jean-Charles Lavie, cet historien rejette la répudiation qui est selon lui injuste pour la femme et c'est donc le rétablissement du divorce qu'il revendique. Il considère en outre que la répudiation suppose une faute de la part du conjoint alors qu'il pense qu'on devrait pouvoir se séparer et se remarier avec quelqu'un d'autre tout simplement lorsqu'on ne désire plus demeurer ensemble.⁷²³ Il trouve d'autre part inadmissible pour la société et les mœurs de punir le conjoint fautif et de l'empêcher de se remarier.⁷²⁴ Quant à la séparation de corps alors en vigueur dans le Royaume de France, il estime qu'il s'agit là d'un être hermaphrodite qui a été « inventé pour concilier les intérêts des hommes et du clergé ».⁷²⁵

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 58.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 61.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 63.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 73.

⁷²² *Ibid.*, p. 75.

⁷²³ *Ibid.*, p. 135.

⁷²⁴ « Défendre à l'infracteur de se remarier est contraire au bien public, aux droits des citoyens et aux mœurs. » *Ibid.*

⁷²⁵ *Ibid.*

Jacques Lescène des Maisons est avant tout un partisan du mariage comme contrat volontaire, fait et défait par le consentement des conjoints tout comme en droit romain et en droit naturel selon certains *jusnaturalistes*. Il soutient, tout comme plusieurs philosophes et penseurs du XVIII^e siècle, que le divorce est naturel car on ne peut promettre d'être constant dans ses sentiments.⁷²⁶ Le divorce devrait donc selon lui être permis d'abord et avant tout pour incompatibilité d'humeur. Cet historien, devenu officier municipal à Paris en 1789⁷²⁷, prône donc des idées très proches de celles des révolutionnaires et il s'avère bel et bien un partisan des théories des juristes de droit naturel.

À l'inverse des hommes de loi tels que Cerfvol et Linguet, l'axiome *jusnaturaliste* du mariage-contrat donc dissoluble est chez cet auteur pré-révolutionnaire bien intériorisé et revendiqué. Sans doute, les premiers étaient-ils trop attachés en tant que juristes au système juridique français qui considère, nous l'avons déjà souligné, que le mariage est un contrat d'une autre nature et que cette convention est trop importante pour être laissée au bon vouloir de ses contractants. Pour cette raison, peut-être, ces deux partisans du divorce ont surtout insisté sur l'aspect répressif de cette institution. Lescène des Maisons considère au contraire que le divorce est d'abord et avant tout un droit des citoyens, une liberté que ceux-ci devraient pouvoir exercer, exactement comme le firent valoir les *divorciaires* pendant la Révolution.

Pourtant, pour convaincre davantage ses lecteurs, l'auteur du *Contrat conjugal* juge bon de prouver les avantages sociaux du divorce, comme si les intérêts privés n'étaient pas encore une valeur assez importante et que les intérêts nationaux primaient toujours sur le bonheur individuel. Il refait ainsi l'énumération des bienfaits du divorce déjà soulignés par les autres partisans : amélioration des mœurs, augmentation de la population, renforcement du lien conjugal⁷²⁸, élimination de la criminalité conjugale.⁷²⁹ Ce défenseur des lois civiles use lui aussi de l'argument de l'existence du divorce en Pologne et de sa compatibilité avec la religion, comme si ces motifs étaient devenus des leitmotivs indispensables dans tout écrit en faveur du rétablissement du divorce. Rien de nouveau donc par rapport aux autres auteurs favorables au divorce à cette époque.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 141.

⁷²⁷ Mouret, *op.cit.*, p. 756.

⁷²⁸ « La chaîne du mariage ne serait plus ce fardeau qui les accable et les tue ; ce serait un tissu de fleurs, qui ne procurerait que des sensations agréables. Plus de ces chaînes conjugales, de ces querelles amères, de ces antipathies invincibles qui s'enveniment à jamais par le désespoir de les voir finir.... on se quitterait avant se haïr. » *Ibid.*, p. 163.

⁷²⁹ C'est peut-être dans cet ouvrage de Lescène des Maisons que Louis-Sébastien Mercier a pris les statistiques de la Tournelle de Paris car cet écrit est paru avant le *Tableau de Paris*.

Cette partie de l'ouvrage n'est en fait originale que par son opposition aux raisons que le philosophe David Hume avait émises quarante ans auparavant en défaveur du divorce.⁷³⁰ Il est curieux qu'aucun auteur n'avait jusqu'alors fait mention des assertions de Hume sur cette question, préférant sans doute offrir en exemple le divorce en vigueur en Angleterre que de présenter les auteurs anglais dénonçant cette pratique.⁷³¹ Cette réaction aux positions d'un auteur étranger, quoique Hume ait passé la majeure partie de sa vie à Paris, montre en tout cas l'intérêt que portaient les intellectuels français à tous les écrits qui abordèrent ce problème.

Lescène des Maisons fait donc un « Examen des raisons de M. Hume contre le divorce ». ⁷³² Il commence tout d'abord par s'opposer à la conviction du philosophe anglais quant à l'habitude que prend l'homme aux maux qu'il ne peut changer et donc, de l'inutilité du divorce. L'auteur du *Contrat conjugal* s'attendrit pour sa part sur le sort des époux qui, selon lui, se révoltent au contraire toujours contre les injustices qu'on leur impose. Quant aux désavantages que retireraient les enfants des divorcés allégués par Hume, Lescène des Maisons est à l'inverse convaincu que les enfants souffrent davantage des querelles de leurs malheureux parents qui ne leur donnent de toute façon que de mauvais exemples.⁷³³ Enfin, la croyance de Hume en un danger pour la société d'unir des personnes qui pourraient se quitter à leur gré et ainsi créer des désordres et des divisions au sein du couple lui semble absurde car l'exemple de Rome montre au contraire qu'il est possible d'user modérément de cette institution. Lescène des Maisons croit lui aussi à la rareté de l'utilisation du divorce et il est convaincu que c'est la dépravation qui amène les abus et que le divorce resserre au contraire les liens conjugaux en obligeant les conjoints à plus d'égards.⁷³⁴ Il estime en outre que les mariages ne peuvent pas être plus corrompus qu'ils ne le sont déjà en France et que le divorce obligerait les époux à être plus prudents avant de s'engager.⁷³⁵

⁷³⁰ En 1741, en effet, l'anglais David Hume a écrit un *Essai sur la polygamie et le divorce (Of Polygamy and Divorce)* dans lequel il exprime son rejet de ces deux pratiques.

⁷³¹ Le *Dictionnaire de Trévoux* mentionne cependant l'ouvrage de Milton en faveur du divorce. Il spécifie en effet que celui-ci a rédigé « un traité de la doctrine et de la discipline du divorce, où il soutient que le divorce doit être permis pour la seule incompatibilité d'humeurs. » *Dictionnaire universel françois et latin...*, 1752, Tome 3, p. 206. Hennet fait cependant lui aussi référence à l'ouvrage de Hume dans *Du Divorce*.

⁷³² *Ibid.*, p. 171.

⁷³³ *Ibid.*, p. 179.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 182.

⁷³⁵ « Le mariage est actuellement un commerce de supercherie. Le divorce mettrait fin à tout cet artifice : on aurait un intérêt si grand à laisser lire dans son cœur, à exposer son âme toute nue à l'objet qu'on désire ; le tromper serait se tromper soi-même. » *Ibid.*, p. 184.

Pour conclure ce long traité en faveur de la dissolution du mariage, Lescène des Maisons y ajoute, tout comme Cerfvol, une proposition de loi régissant les modalités du divorce.⁷³⁶ Sa législation du divorce, qu'il revendiquait pourtant comme un droit du citoyen, s'avère presque aussi restrictive que celle du magistrat car l'auteur du *Contrat conjugal* ne souhaite pas que la dissolution se fasse à la légère. Pour ce faire, il propose un temps de réflexion de trois mois après une première demande de divorce à un magistrat public.⁷³⁷ La condition des enfants demeure la même que celle proposée par Cerfvol : chaque enfant ira habiter avec le parent de son sexe. Lescène des Maisons ajoute cependant une nouvelle restriction puisqu'il souhaite que le divorce soit plus difficilement accessible aux parents de nombreux enfants.⁷³⁸

Cette troisième proposition de législation faite quelques années avant la Révolution, après celles de Morelly et du chevalier de Cerfvol, révèle peut-être que l'on commençait alors à croire en une réelle possibilité de réformer l'institution matrimoniale. Le fait que des penseurs réfléchissent de plus en plus à ce problème et cherchent sérieusement des solutions est en tous cas un indice important de l'évolution de la pensée à ce propos à la veille des événements révolutionnaires. De plus, certains auteurs commencent à s'exprimer non plus anonymement, mais au sein même des institutions en place. L'avocat Jérôme Pétion de Villeneuve⁷³⁹ s'est en effet exprimé sur le sujet dans le cadre d'une question posée par l'Académie de Châlons-sur-Marne en 1785.

3.1.4.2 Un *Essai sur le mariage* par l'avocat Pétion de Villeneuve

Le concours de l'Académie de Châlons-sur-Marne pour l'année 1785 demandait aux participants de réfléchir aux moyens de contrer le célibat et d'inciter les Français à se marier. L'avocat Pétion de Villeneuve s'enthousiasma pour cette question et décida donc de participer au concours, mais son essai fut rejeté par l'Académie qui le jugea trop *dangereux*. C'est en effet ce que l'auteur rapporte en avant-propos de son ouvrage

⁷³⁶ *Ibid.*, pp. 186-188.

⁷³⁷ Ce temps d'attente est aussi proposé par Hennet et il a été adopté dans la première loi légitimant le divorce en 1792.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 188.

⁷³⁹ Jérôme Pétion de Villeneuve (1756-1794) était avocat à Chartres et il fut élu aux États généraux. Il fut notamment nommé maire de Paris durant la Révolution.

finalement publié à Genève cette même année.⁷⁴⁰ Tout comme Cerfvol recommandait de rétablir le divorce pour augmenter la population, Pétion de Villeneuve soutient qu'il faut abolir l'indissolubilité du mariage si l'on désire encourager les mariages en France.

Comme le soutenaient avant lui plusieurs partisans de l'établissement du divorce, cet avocat de Chartres croit que la pérennité des liens conjugaux effraie les célibataires qui sont en outre témoins des malheurs d'époux enchaînés perpétuellement l'un à l'autre. La loi qui rend les mariages indissolubles fait en outre partie selon lui des nombreuses causes expliquant les désordres sociaux et moraux dont souffre la France d'alors.⁷⁴¹ En fait, la question de la fréquence du célibat en France à laquelle semblait tout d'abord vouloir répondre Pétion de Villeneuve n'est qu'un prétexte pour exposer ses vues en faveur du divorce. Celles-ci ne sont d'ailleurs pas originales puisqu'il ne fait que résumer les arguments de tous les auteurs étudiés jusqu'à maintenant⁷⁴², l'existence du divorce dans les temps passés dominant sa démonstration de la légitimité de cette pratique. On n'est pas surpris que cet avocat défende la puissance séculière en matière de mariage, mais ses accusations contre l'Église accusée d'avoir usurpé ce pouvoir civil semblent bien radicales comparées aux assertions du rebelle avocat Linguet.

Pétion de Villeneuve inclut dans cet essai sur le mariage et la façon de limiter le célibat un plaidoyer en faveur du mariage des protestants. La question du mariage des Français non-catholiques, nous le verrons, préoccupait de plus en plus les intellectuels français de la seconde moitié du XVIII^e siècle et ce problème était alors fréquemment associé aux intellections sur le mariage et son indissolubilité.

Enfin, cet avocat propose lui aussi une législation du divorce. Celle-ci semble par ailleurs directement tirée de l'ouvrage de Lescène des Maisons puisqu'elle est en tous points semblable à celle exposée par celui-ci. Ainsi, bien que Pétion de Villeneuve estime indispensable la liberté de divorcer lorsque les conjoints ne se conviennent plus, il ne souhaite pas non plus que cette pratique devienne abusive et désire également la rendre moins accessible aux parents de plusieurs enfants.

⁷⁴⁰ Jérôme Pétion de Villeneuve, *Essai sur le mariage, considéré sous des rapports naturels, moraux et politiques, ou Moyens de faciliter et d'encourager les mariages en France*, Genève, 1785, 159 pages.

⁷⁴¹ Pétion de Villeneuve donne en tout 13 causes de désordres dont le luxe, les dots, les obstacles aux mariages des protestants et à la naturalisation des étrangers, l'inégalité des fortunes. *Ibid.*, p. 6.

⁷⁴² Pétion de Villeneuve reprend même l'exemple des assassinats enregistrés par la tournelle criminelle du Parlement de Paris et il cite Linguet afin d'appuyer ses assertions quant à la rareté de l'utilisation du divorce par les Romains. *Ibid.*, pp.118-119.

Ces positions de la part d'un avocat établi restent cependant un cas isolé puisque la majorité des hommes de loi tenaient l'indissolubilité du mariage pour indispensable. Un avocat au conseil d'Artois, M. Legay, a même cru bon de défendre cette institution dans le cadre d'un discours qu'il prononça devant l'Académie d'Arras en 1787.⁷⁴³ Discutant tout d'abord du problème de la montée du célibat en France à cette époque, il rejette les assertions des écrivains qui ont attribué ce phénomène à l'indissolubilité du mariage et semble par le fait même vouloir réfuter la réponse de Pétion de Villeneuve quant aux causes du célibat et à la façon d'encourager les mariages. Legay estime en effet nécessaire de démontrer aux partisans de cette théorie, qu'il estime nombreux, toute la fausseté de ce postulat.⁷⁴⁴ Cette remarque indique une fois de plus que cette question faisait alors l'objet d'une polémique et que le divorce avait au XVIII^e siècle et ses défenseurs, et ses opposants.

Cet avocat d'Arras réfute donc les positions des auteurs qui « prétendent que le Divorce opérerait une révolution qui rendrait heureux et multiplierait les époux. »⁷⁴⁵ Il réagit tout d'abord à une note introduite à la fin d'un poème de Roucher, *Les mois*, dans lequel le poète plaint le sort d'époux unis malgré eux et forcés de vivre ensemble jusqu'à la mort de l'un d'eux.⁷⁴⁶ Un certain Garat, jeune avocat selon Damas, ajoute en effet à cette oeuvre un commentaire favorable au divorce. Legay juge pour sa part l'idée que « l'inconciliabilité du caractère »⁷⁴⁷ ou qu'un nouvel amour seraient des motifs suffisants de divorce bien séduisante et que la première entraîne sans doute les légitimes enthousiasmes de plusieurs malheureux. Cependant, il considère que la personne répudiée, dans le cas d'un

⁷⁴³ M. Legay, *Du célibat et du divorce. Discours prononcé en 1787, à une Séance publique de l'Académie d'Arras*. Douai, Carpentier imprimeur de la Sous-Préfecture et de l'Académie, 1816, 30 pages. Cette édition n'est sans doute pas un hasard puisqu'il s'agit de l'année même de la Restauration et de l'abolition du divorce

⁷⁴⁴ « Cette opinion me semble mériter d'être discutée, vu surtout le grand nombre des partisans que lui a faits l'éloquence de ses défenseurs. » *Ibid.*, p. 9.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁷⁴⁶ Ah ! permettons du moins la plainte à la douleur,
 Ou plutôt si la loi sagement paternelle
 N'opprimait pas l'hymen d'une chaîne éternelle
 Plus de fiel, plus d'aigreur ; son front pur et serein
 Ne se noircirait pas des ombres du chagrin ;
 On oserait punir le furtif adultère.
 O vous donc qui devez le bonheur à la terre,
 Rois et Législateurs ! ouvrez enfin les yeux :
 Assez l'homme a gémi sous un joug odieux :
 Que ce joug soit brisé ; qu'une loi plus féconde
 Invite les mortels à réparer le monde
 Et que la liberté soit le lien des cœurs :
 L'amour même à l'hymen enviera ses douceurs
 Poème retracé par Pierre Damas, *op.cit.*, p.24.

⁷⁴⁷ Legay, *op.cit.*, p. 10.

divorce de par la volonté d'un seul, « n'a point mérité de perdre son affection ».⁷⁴⁸ Ainsi donc, parce qu'une femme serait devenue vieille et pour cette raison moins aimée par son mari, celui-ci aurait le droit de la quitter pour une femme plus jeune? Legay considère donc que l'indissolubilité du mariage sécurise l'épouse puisque celle-ci est alors certaine de ne pas être délaissée à cause de la perte de sa beauté, « sacrifiée à la satisfaction des désirs passagers d'un époux. »⁷⁴⁹ Mme de Necker, on l'a vu, entretient les mêmes inquiétudes. L'avocat d'Arras demande alors aux *divorciaires*, qui prétendent ne recommander la dissolution du mariage que par zèle pour l'humanité, si une telle situation serait bien juste ou si, au contraire, « l'Humanité et l'Équité ne seraient pas cruellement blessées dans cette circonstance? »⁷⁵⁰ Legay est en effet convaincu que le divorce ne favoriserait que l'époux le moins estimable et que les hommes, surtout, en abuseraient nécessairement.

Contrairement au baron d'Holbach, l'avocat se préoccupe des couples moins bien nantis puis-qu'il souligne que « dans la dernière classe de la société »⁷⁵¹, le mari ne serait pas en mesure de payer une pension alimentaire à la femme et aux enfants. Il estime en outre que la subsistance des ménages moins aisés dépend de leur travail commun et que les époux n'auraient donc pas intérêt à se quitter. Legay considère d'autre part que ces sortes de compensations sont inadmissibles puisqu'elles ne peuvent compenser la perte de l'être aimé et que seules les mauvaises femmes qui préféreraient l'argent à l'amour de leur conjoint en bénéficieraient.⁷⁵²

Cet avocat estime en outre qu'une considération essentielle a échappé aux adversaires du mariage indissoluble; le fait que le consentement à former un nœud indissoluble est une preuve que l'on tiendra le serment, une preuve du sérieux qu'on y met et de la confiance que les époux ont en leur amour. La loi du divorce admettrait déjà au contraire la possibilité du changement des sentiments et mettrait en doute la durée de l'amour qu'on promet puisqu'elle prévoirait l'inconstance qui serait de ce fait légitimée, excusée d'avance.⁷⁵³ Ayant une conception traditionnelle de l'amour, Legay considère que le mariage doit relever avant tout de l'amitié, d'une amitié paisible et réconfortante et il trouve donc insensé de proposer d'éterniser par le divorce le « délire des amans ».⁷⁵⁴

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 14.

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 15.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 16.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 18.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 19.

Ennemi de la passion tumultueuse qui « fatigue le cœur », l'avocat estime que l'indissolubilité est le préservatif le plus efficace contre l'inconstance qui elle seule est à craindre.⁷⁵⁵ Tout comme David Hume, Legay croit que l'homme s'habitue aux maux qu'il ne peut changer alors que la possibilité du changement l'empêche au contraire d'apprécier ce dont il jouit dans le présent. Il utilise un exemple peu flatteur pour le mariage afin d'illustrer son propos : « Attachez deux forçats à la même chaîne, en leur ôtant tout espoir d'être jamais séparés, ils s'accorderont dans tous leurs mouvements. »⁷⁵⁶ Cet avocat artésien soutient en outre que ce qui peut paraître une tyrannie de la loi s'avère en fait une protection pour la société car bien souvent, « l'homme se trompe lui-même ». ⁷⁵⁷ Il estime en effet que si la loi de l'indissolubilité peut effectivement être difficile pour certaines personnes, injuste même, elle est profitable à la majorité et donc, au bien commun. Legay utilise ainsi le même type d'argument que les partisans du divorce puisqu'il décrit ici les avantages sociaux du maintien de l'indissolubilité du mariage.

Legay croit de plus que les secondes nocces seraient très néfastes puisqu'elles amèneraient beaucoup de jalousies qui seraient dommageables pour les enfants.⁷⁵⁸ Quant à la croyance en la rareté du divorce, il ne pense pas sérieusement à une telle chimère et il considère en outre, exactement comme l'abbé Baston, que les Français du XVIII^e siècle ressemblent aux Romains décadents. Il cite donc en exemple les désordres de la fin de l'Empire.⁷⁵⁹ Telle est d'ailleurs la conclusion finale de ce discours en défaveur du divorce : « Nous sommes au même degré de civilisation que les Romains de son siècle [celui d'Auguste], et l'on assure que le Divorce rendra les époux plus heureux, encouragera au mariage, en conservera la pureté, détournera des liaisons illicites, sera très-rare, enfin avantageux à la société! »⁷⁶⁰

Cette contrepartie à l'essai de Pétion de Villeneuve illustre à notre avis qu'il y avait bel et bien un débat sur le divorce à la veille des États généraux. Nous n'avons certainement pas retracé tous les écrits qui abordèrent cette question au XVIII^e siècle, d'autant plus que le divorce semble avoir fait l'objet de plusieurs genres littéraires. Sujet de poésie avec

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 20.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 21.

⁷⁵⁷ « L'inconstance de nos desirs en amour ne nuit pas moins à nous-mêmes qu'aux autres. L'homme ne sait pas être heureux; il troque la réalité d'un plaisir contre l'espérance incertaine d'un autre plaisir qu'embellit l'éloignement dans lequel il l'aperçoit. » *Ibid.*, p. 22.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 27.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 29.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 30.

le poème de Roucher, il le fut aussi du théâtre puisque Daniel Mornet mentionne qu'une pièce intitulée *On ne s'y attendait pas* [1773] revendiqua la légalisation du divorce.⁷⁶¹

En lutte contre toute forme de despotisme, les hommes du XVIII^e siècle aspiraient à davantage de liberté et donc, une plus grande liberté dans le mariage ne pouvait qu'être elle-aussi souhaitée. La liberté, thème qui s'imposait de plus en plus à la fin du XVIII^e siècle, fut cependant avant tout le leitmotiv des révolutionnaires et c'est surtout la tolérance qui fut revendiquée par les penseurs des *Lumières*. La question pratique de la situation des minorités religieuses dans le royaume de France a grandement préoccupé les philosophes qui n'entretenaient pas que des idées abstraites de réformes sociales et politiques à grande échelle. L'absence d'un état civil pour les protestants inquiéta de plus en plus les administrateurs de même que les intellectuels compatissants à la dure réalité des familles non-catholiques. Ceux-ci estimaient alors que la France devait trouver une solution concrète à ce problème et repenser de par le fait même la conception du mariage comme sacrement. De même, le concept de mariage indissoluble était mis à rude épreuve par les pratiques d'une minorité religieuse qui jouissait du droit de culte en territoire français : les juifs. La question du divorce fut donc également introduite dans les discussions sur la tolérance religieuse dans la France des *Lumières*.

3.2 Le problème de la dissolution du mariage chez les Français non catholiques

3.2.1 Les juifs

Il y avait en France, à la veille de la Révolution, environ 40 000 juifs dont la moitié habitaient l'Alsace, surtout la Basse-Alsace et la ville d'Haguenau où il y avait une importante communauté.⁷⁶² Les autres familles juives se situaient en Lorraine, dans le Sud-Ouest et le Midi, à Bordeaux et quelques unes, environ 500, demeuraient à Paris.⁷⁶³

La situation des juifs dans le royaume de France était assez complexe puisqu'ils ne jouissaient pas des mêmes droits et n'étaient pas soumis aux mêmes restrictions selon les régions dans lesquelles ils demeuraient. En général, ils jouissaient de la liberté de culte et étaient considérés comme des citoyens, c'est à dire qu'ils avaient en principe les mêmes

⁷⁶¹ Mornet, *op.cit.*, p.68.

⁷⁶² Bernhard Blumenkranz dir. *Histoire des Juifs en France*, Toulouse, Édouard Privat, 1972, p. 266.

⁷⁶³ Godechot, *op.cit.*, pp. 52-53.

droits civils que les autres français, particulièrement en ce qui a trait à la légitimité de leurs enfants et à la transmission de leurs fortunes.⁷⁶⁴ Les juifs portugais installés à Bordeaux étaient les mieux assimilés à la société française, les plus tolérés et ils jouissaient de l'ensemble des droits accordés aux Français. Les juifs de l'Est, au contraire, plus récemment intégrés à la France depuis les traités de Westphalie, qui ne faisaient même pas référence à eux, et le rattachement de la Lorraine, étaient moins bien intégrés au royaume en plus de souffrir de l'hostilité séculaire des autres Lorrains et Alsaciens. Pour cette raison, les juifs de ces régions avaient des droits beaucoup plus limités, payaient de fortes taxes, ne pouvaient pas résider dans certaines villes et avaient presque le statut de serfs dans d'autres.⁷⁶⁵

Tous les juifs, cependant, avaient un état civil qu'ils devaient le plus souvent déposer au bailliage de leur région.⁷⁶⁶ De même, l'autorité de leur tribunal religieux était reconnue par l'État français et cette communauté était donc sous la juridiction d'un droit privé juif, jouissant alors d'un « vrai statut personnel ».⁷⁶⁷ La compétence du tribunal rabbinique fut cependant de plus en plus restreinte au droit civil, les autorités françaises empiétant en effet toujours de plus en plus sur ses pouvoirs. Le *Bet din* s'occupait ainsi des litiges entre juifs et plus particulièrement des questions pratiques telles que les successions, les tutelles et les divorces.⁷⁶⁸

Les mariages juifs se pratiquaient en effet librement au XVIII^e siècle et ce, selon leurs rites⁷⁶⁹, avec cependant des restrictions en Alsace puisque les seigneurs devaient consentir à ces unions. En 1784, le roi de France se réserva ce droit et, sous la pression des autorités locales, restreignit les mariages des juifs de façon à limiter leur multiplication dans la région.⁷⁷⁰ Le divorce, cependant, leur fut permis car il faisait partie intégrante de leurs coutumes religieuses et les juifs étaient donc les seuls, après la révocation de l'Édit de

⁷⁶⁴ Et ce, depuis leur retour dans le royaume en 1315. Les juifs avaient en effet été chassés par Philippe le Bel. Blumenkranz, *op.cit.*, p. 45.

⁷⁶⁵ Sagnac, *op.cit.*, p. 249.

⁷⁶⁶ Notamment en Lorraine. Des lettres patentes du 10 juillet 1784 rendirent obligatoire la déclaration des actes d'état civil. Blumenkranz, *op.cit.*, p. 96.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 241.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 96.

⁷⁶⁹ À Bordeaux, les juifs portugais devaient tout d'abord feindre de pratiquer la religion catholique et se marier à l'église, mais après la révocation de l'édit de Nantes, ils acquirent de plus en plus de droits. Ainsi, à partir de 1707, ils furent libres de se marier selon leurs rites uniquement, en autant que la cérémonie se fasse en privé et en l'absence de chrétiens. *Ibid.*, p. 234. Le Ridant précise pour sa part que les juifs d'Alsace se mariaient devant leurs rabbins. Le Ridant, *op.cit.*, p.689.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 158.

Nantes et l'arrêt de 1722, à pouvoir dissoudre leur union.⁷⁷¹ D'autre part, il était de pratique courante en Alsace de permettre aux juifs convertis de se remarier avec un conjoint catholique, comme l'autorise le droit canon selon les principes du *privilège paulin*. Il s'agissait en effet d'une coutume ancienne de la région autorisée par les Habsbourg et qui a continué à se pratiquer sous le régime français. La demande faite en ce sens en 1754 par le juif converti Borach Lévy n'est donc en rien de singulière, si ce n'est que la justice civile avait alors décidé de ne plus tolérer les infractions à la loi de l'indissolubilité du mariage imposée alors à tous les Français.

Le jurisconsulte Nicholas Lemoyne Desessarts rapporte en effet que les juristes se sont questionnés à savoir si l'hérésie, comme dans le droit canon, « pouvait donner lieu à la dissolution du mariage » et il souligne que « cette question a été décidée négativement le 2 janvier 1758, dans la célèbre affaire de Borach Lévi, juif converti au christianisme. »⁷⁷² Il semble donc y avoir eu, dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, une réaction juridique contre tout divorce en terre française et ce, avant même l'écrit de Philbert, les traités de Cerfvol et le *Mémoire* de Linguet par lesquels, on suppose, la justice française aurait pu se sentir menacée, davantage en tout cas que par les critiques générales des philosophes. Célèbre, selon Desessarts, l'affaire Borach Lévy semble en effet avoir suscité beaucoup de remous puisque Voltaire en fait mention dans son *Dictionnaire philosophique* et que le cas est rapporté par tous les dictionnaires de droit français.

Joseph Jean-François-Elie Lévy était un juif alsacien originaire d'Haguenau, ville du diocèse de Strasbourg. Il avait épousé en 1737, à l'âge de 17 ans, une juive de la même ville nommée Mendel-Cerf et dut, pour ses affaires, se rendre à Paris au cours de l'année 1751.⁷⁷³ Il décida la même année de se convertir au catholicisme et de faire baptiser les deux filles issues de son mariage avec Mendel-Cerf.⁷⁷⁴ Denisart rapporte que le converti aurait connu une catholique et qu'un prêtre lui aurait affirmé qu'en France, le baptême rompt le lien conjugal fait dans son ancienne religion et que cela se fait régulièrement en Allemagne.⁷⁷⁵ Selon le juriste, Borach Lévy aurait fait la connaissance de cette femme après sa conversion, mais il se pourrait également que la rencontre de cette catholique ait pu

⁷⁷¹ *Ibid.*, p.161. Il est d'ailleurs curieux que les *divorciaires* aient toujours allégué la pratique antique du divorce chez les juifs et non pas celle de leur temps.

⁷⁷² Nicholas Lemoyne Desessarts, « De l'indissolubilité du Mariage » dans Joseph Nicolas Guyot prés., *op.cit.*, p. 341.

⁷⁷³ L'affaire et le plaidoyer de la couronne sont entièrement rapportés par Denisart, *op.cit.*, pp. 569-588.

⁷⁷⁴ Desessarts date ce baptême de 1742 alors que Denisart le date de 1751.

⁷⁷⁵ Denisart, *op.cit.*, p. 569.

influencer sa décision. Quoiqu'il en soit, le converti somma trois fois sa femme de venir le rejoindre à Paris et de renoncer à la religion juive, comme l'avait prescrit saint Paul. En effet, son épouse avait refusé catégoriquement la première sommation et avait demandé elle-même à son mari de lui envoyer un acte de divorce comme il est coutume de le faire dans la religion juive. En principe, Borach Lévy aurait dû aisément obtenir, après la dissolution de son mariage, le droit de se remarier avec cette catholique puisque, comme le rapporte lui-même Desessarts :

De tout temps il a été permis, dans le diocèse de Strasbourg, aux juifs baptisés de se remarier avec des catholiques, lorsque leurs femmes juives ont refusé de cohabiter avec eux depuis leur baptême, & (...) cet usage a été reconnu constamment par le conseil souverain de Colmar.⁷⁷⁶

Ce même conseil avait pourtant interdit, en 1722, toute prononciation de divorce par les consistoires protestants, sous la pression il est vrai de l'autorité royale française désireuse de faire respecter la loi de l'indissolubilité dans cette nouvelle province. L'officialité de Strasbourg accepta donc, selon son habitude, la demande de Borach Lévy et lui signifia la liberté qu'il avait de se remarier.⁷⁷⁷ Ce qui complique cette affaire qui aurait pu se terminer là si le tribunal ecclésiastique n'avait pas tant perdu de ses prérogatives est que le cas se retrouva devant les tribunaux civils. D'abord, il est vrai, à cause du refus du curé de la paroisse de la fille en question, Anne Thévert, de publier les bans et donc, de les marier. L'officialité de Soissons à laquelle Lévy eut recours confirma le refus et l'obligea ainsi à interjeter appel comme d'abus de cette sentence au Parlement de Paris. Cette demande, devenue chose courante depuis que les tribunaux civils avaient repris la juridiction des causes matrimoniales, se retourna contre le juif converti.

Pour sa défense, Borach Lévy en appela au droit canon qui reconnaît un tel droit, à la tradition même de l'Église qui a toujours permis ces remariages, aux permissions récentes du pape Benoit XIV, au juriste de droit canon d'Héricourt qui approuve selon lui ces remariages et, enfin, à ce qui s'était toujours pratiqué en Lorraine et en Alsace, à ce qui se pratiquait alors dans les autres pays européens et à deux cas récents de juifs remariés en France.⁷⁷⁸ Les ecclésiastiques qui avaient refusé sa demande en avaient appelé quant à eux

⁷⁷⁶ Desessarts, *op.cit.*, p. 342.

⁷⁷⁷ Car si le tribunal rabbinique a autorité pour prononcer le divorce des juifs, leur remariage avec des catholiques ne le concerne pas et doit être autorisé par les instances religieuses et/ou civiles de la France.

⁷⁷⁸ Selon son avocat, un juif se serait remarié à Paris en 1720 et un autre, à Colmar même en 1749. Denisart, *op.cit.*, p. 570. Borach Lévy fut défendu par Alexandre-Jérôme Loiseau de Mauléon (1728-1771), celui-là même qui défendra les Calas cinq ans plus tard. Le plaidoyer de cet avocat au Parlement de Paris parut sous le

au droit naturel, au fait que le mariage est indissoluble par son essence, faisant ainsi montre d'une modernité assez étonnante de la part d'hommes d'église de cette époque. La nature du mariage est en effet le premier aspect étudié par l'avocat chargé de défendre la loi de l'indissolubilité. L'avocat-général, Me Séguier⁷⁷⁹, qui défendit l'Évêque de Soissons et le curé de Villeneuve divise en effet son plaidoyer en quatre points qui exposent à la barre du tribunal des questionnements propres aux théologiens et, surtout, aux philosophes qui les utilisèrent pour prouver, à l'inverse de Séguier, la légitimité du divorce. Celui-ci s'interroge en effet à savoir si le mariage est indissoluble de sa nature, s'il est indissoluble dans la loi naturelle, s'il l'est dans la loi divine et, enfin, si son indissolubilité est également prononcée par le droit civil, « qui doit tenir également & du droit naturel, & du droit divin. »⁷⁸⁰ Évidemment, Séguier répond par l'affirmative à chacune de ces questions. Pour prouver le caractère indissoluble du mariage en droit divin, il fait lui aussi oeuvre de théologien, commentant la bible et prouvant qu'il n'y a là aucune exception à cette règle.⁷⁸¹

La dernière démonstration de Séguier est la plus intéressante car elle traite du mariage en droit civil français et nous éclaire donc sur les positions d'un avocat de la seconde moitié du siècle. Celui-ci considère qu'il faut, pour bien peser la question, penser à la fois comme jurisconsulte, comme canoniste et comme théologien et pour cette raison, il fait un résumé des principes précédents en les appliquant au mariage civil français. Il rappelle, en bon juriste gallican, que le mariage est un contrat civil, le plus important des contrats pour la société et que, pour cette raison, il devrait durer toute la vie. Il ajoute d'autre part que « l'unité & l'indissolubilité du mariage est aussi ancienne que le mariage lui-même »⁷⁸², affirmant alors tout le contraire des partisans du divorce qui prétendaient que tous les peuples ont tenu le mariage pour dissoluble. À l'inverse, Séguier soutient que « tous les lieux, tous les temps, tous les peuples, toutes les loix, se réunissent pour déposer en faveur de l'indissolubilité d'un nœud aussi respectable qu'intéressant pour l'univers entier, puisqu'il est le premier fondement de la société. »⁷⁸³ Son discours s'aligne ainsi entièrement sur les positions de la jurisprudence française en cette matière. Séguier va ainsi

titre *Plaidoyer pour Joseph-Jean-François Élie Lévi ci-devant Borach Lévi, appelant comme d'abus, contre M. L'Évêque de Soissons...intimé*. Paris, imp. De C-A Jombert, 1758. (Catalogue de la BNF).

⁷⁷⁹ Antoine Louis Séguier (1726-1792) fut avocat général au parlement de Paris à partir de 1755. Il fut un avocat célèbre qui combattit avec virulence les philosophes et qui condamna nombre de leurs écrits. Le *Dictionnaire des lettres françaises* le qualifie de « défenseur de la religion ». Moureau, *op.cit.*, p. 1235.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 573.

⁷⁸¹ *Ibid.*, pp. 582-583.

⁷⁸² *Ibid.*, p. 584.

⁷⁸³ *Ibid.*

jusqu'à prétendre que le mariage tient encore plus à l'État qu'à la religion, qu'il était un contrat avant d'être un sacrement et donc, c'est en dissociant le mariage de la religion qu'il justifie son indissolubilité. Il affirme ainsi : « Ce n'est pas parce que le Mariage des fidèles a été élevé à la dignité de sacrement, qu'il est indissoluble, au contraire, c'est parce qu'il est indissoluble qu'il a été élevé à la dignité de sacrement, le caractère d'indissolubilité qui se trouve dans le Mariage étant propre à être la figure de l'indissolubilité de l'union que Jésus-Christ a contractée avec son église. »⁷⁸⁴

Pothier tint exactement le même discours dans son *Traité du contrat de mariage* paru dix ans plus tard. L'indissolubilité est donc, selon Séguier, de l'essence même du mariage, comme l'avait allégué le curé qui refusa la demande de Lévy. Le procureur général soutient par ailleurs que ce n'est pas parce que certaines décrétales, la plupart fausses, se sont trompées; parce quelques théologiens et canonistes ont pu se prononcer en faveur d'une telle dissolution que la justice civile devrait admettre une telle pratique.⁷⁸⁵ Comme il déjà été souligné, la justice civile française se montrait alors encore plus sévère que la justice ecclésiastique en matière d'indissolubilité du mariage. Ce sont les arguments de Séguier qui convainquirent le juge de cette affaire puisque celui-ci rejeta l'appel de Joseph Jean-François-Élie Lévy le 2 janvier 1758.⁷⁸⁶ Ce verdict, comme bien d'autres, fut l'objet des railleries de Voltaire qui s'étonna qu'on reconnût pour une fois un juif comme un Français à part entière puisqu'on le soumettait aux lois des citoyens français : « Devant la loi de l'indissolubilité, tout le monde est égal, tout le monde est français (...) »⁷⁸⁷

Cependant, ce jugement de 1758 ne constituait en rien une loi définitive de l'État français en cette matière. Dans un cas semblable, un autre curé, un autre avocat, un autre juge auraient très bien pu émettre un jugement contraire. Desessarts lui-même admet cette équivoque : « Cet arrêt n'a point empêché qu'il ne se soit élevé de très grandes difficultés sur le mariage des juifs en France. Devons-nous les astreindre aux lois de l'indissolubilité, ou leur laisser pratiquer le divorce ? »⁷⁸⁸ De fait, un litige similaire se retrouva devant les

⁷⁸⁴ Desessarts, *op.cit.*, p. 343.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 344.

⁷⁸⁶ Curieusement, Abensour prétend que la femme juive avait plus de liberté que la femme française et donne comme exemple la permission que la femme de Borach Lévy aurait eu de se remarier avec un juif. Abensour, *La femme et le féminisme...*, p. 13. Nous n'avons pourtant rien retracé de tel dans les ouvrages juridiques du XVIII^e siècle. Une seconde consultation contre Lévy a même été faite par Pierre Le Ridant : *Observations historiques et dogmatiques touchant l'indissolubilité du mariage, par rapport à la loi de J-C.* Le Ridant, *op.cit.*, p.455.

⁷⁸⁷ Voltaire, *Dictionnaire philosophique dans Œuvres complètes...*, Tome 38, p. 207.

⁷⁸⁸ Desessarts, *op.cit.*, p.344.

tribunaux vingt ans plus tard. Il concernait cette fois un juif portugais résident à Bordeaux, Samuel Peixotto, qui s'était marié dans la synagogue de Londres avec Sara Mendès d'Acosta, soeur de banquiers faisant affaire avec la famille Peixotto.⁷⁸⁹

Après avoir eu trois enfants, le couple décida de se séparer et Peixotto alla s'installer à Paris où, en 1775, il décida de faire déclarer nul son mariage, menaçant ainsi d'illégitimité sa progéniture. Sans doute a-t-il choisi ce procédé afin d'être jugé selon les règles du droit civil français et d'avoir ainsi la possibilité de se remarier selon les modalités de ce même droit puisqu'il prétendit que son mariage n'avait pas été conclu « dans les formes prescrites par les lois françaises ».⁷⁹⁰ Indignée, sa femme exigea d'être jugée selon les lois juives car « les rois ont donné un État aux juifs portugais » par les lettres patentes de 1656, 1723 et 1776, et leur ont permis de résider en France « suivant leurs usages ».⁷⁹¹ L'affaire, qui aurait dû selon Sara Mendès d'Acosta être présentée au parlement de Bordeaux, est finalement renvoyée au Châtelet de Paris en 1777.

Alléguant pour sa défense qu'une telle demande de divorce serait rejetée par le tribunal rabbinique car « non fondée sur des motifs honnêtes »⁷⁹², Sara Mendès d'Acosta amène ses avocats à discuter devant ce tribunal civil des pratiques juives, ce qui nous semble assez singulier.⁷⁹³ Ceux-ci soutiennent en effet, à l'instar de la plupart des ecclésiastiques en défaveur du divorce, que le divorce judaïque ne constitue pas une loi précise, mais seulement une tolérance de Dieu « pour éviter de plus grands maux » et qu'il n'est donc permis par la jurisprudence juive que pour des raisons graves.⁷⁹⁴ De plus, ils soulignent que la demande de Peixotto n'a pas été faite selon les formes prescrites par le

⁷⁸⁹ Cas rapporté par Denisart. *op.cit.*, pp. 586-588. Il est également mentionné par Blumenkranz dans son histoire des juifs en France. Blumenkranz, *op.cit.*, p.241. Celui-ci souligne, en outre, que la France était souvent une escale pour les juifs portugais. Bordeaux, surtout, était un arrêt obligé pour les commerçants se déplaçant entre la France et l'Angleterre. *Ibid.*, p. 227.

⁷⁹⁰ Denisart, *op.cit.*, p. 586.

⁷⁹¹ *Ibid.*

⁷⁹² *Ibid.*, p. 587.

⁷⁹³ Elle fut défendue par Me Duvergier et Me Target. Ce dernier rédigea, entre autres, un traité en faveur des protestants, *Mémoire sur l'état des protestants en France*, et contribua d'ailleurs à l'acceptation de l'édit de 1787 qui leur rendit leurs droits civils. Quant à Duvergier, il fit paraître en 1778 le plaidoyer de la défense sous le titre *Mémoire pour la dame Sara Mendès d'Acosta, épouse du Sieur Samuel Peixotto, sur une demande en nullité de mariage et sur le divorce judaïque*. Paris, L.Jorry, 1778. (Catalogue de la BNF)

⁷⁹⁴ On retrouve la même idée dans le dictionnaire de Merlin de Douai : « Une loi qui n'est accordée qu'à la dureté du cœur d'un peuple (...), que peut-elle être autre chose qu'un règlement de police, qui ne légitime pas l'usage du Divorce, mais qui se borne à le tolérer. » Merlin de Douai (Philippe Antoine comte de Merlin dit) prés., « Divorce » dans *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Tome IV, 4^e éd., Paris, Garnery, 1827, p. 633. Ce répertoire est en fait la réédition du répertoire de Guyot paru en 1784, avec des ajouts concernant les modifications apportées à la loi, comme la loi du divorce de 1792. Nous l'avons utilisé car il nous a été plus facile d'accès pour cette partie.

droit judaïque. De toute façon, et là est leur argument majeur, « quand bien même il seroit permis par la loi juive, il devroit être rejeté par nos tribunaux. »⁷⁹⁵ Ils considèrent en effet que ce n'est pas parce qu'on accepte que les juifs vivent en France selon leurs usages qu'ils devraient nécessairement avoir le droit d'exercer tout ce qu'ils pratiquaient dans l'Antiquité comme, par exemple, la lapidation de la femme : « C'est à l'autorité sous laquelle ils vivent, à considérer leurs usages sous le point de vue de l'intérêt public, à les borner, les modifier, & les souffrir, suivant qu'ils répugnent ou qu'ils s'allient aux moeurs & aux constitutions du pays qui les admet. »⁷⁹⁶ Estimant que la dépravation des juifs n'est plus ce qu'elle était, les avocats affirment qu'il n'y a plus de raison de tolérer en France la dissolution du lien conjugal.

Nous ne connaissons malheureusement pas l'issue de ce procès puisque Denisart stipule simplement que le mari s'est désisté et que l'avocat-général Séguier, encore lui, a renvoyé la cause.⁷⁹⁷ Bernhard Blumenkranz mentionne pour sa part que les juges s'en sont remis à l'opinion du tribunal juif de Bordeaux, sans spécifier ce que ce dernier a statué.⁷⁹⁸

Les positions de la justice française en matière d'indissolubilité du mariage n'avaient donc pas changé à la fin des années 1770. Celles-ci s'avéraient même des plus strictes, allant jusqu'à remettre en cause le divorce judaïque toléré jusqu'alors.⁷⁹⁹ Cette question était cependant complexe, comme le souligne lui-même le Dictionnaire de Douai⁸⁰⁰, et l'État français n'avait donc pas de législation définitivement arrêtée à ce propos

⁷⁹⁵ Denisart. *op.cit.*, p. 588.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ *Ibid.* Phillips stipule que Péixotto aurait quitté la France pour s'installer en Espagne. Phillips, *op.cit.*, p. 164.

⁷⁹⁸ Blumenkranz, *op.cit.*, p.241. Le dictionnaire de Douai stipule pour sa part que le « châtelet a donc jugé que le Divorce n'a parmi les Juifs d'autres règles que leurs lois et leurs usages. » Douai, *op.cit.*, p. 649.

⁷⁹⁹ Le dictionnaire de Douai se prononce cependant en faveur de la tolérance du divorce juif. C'est avec une verve énergique qu'il défend en effet la liberté des pratiques juives en ce domaine : « Laissons leurs mariages se former par leurs lois, laissons-les se dissoudre suivant leurs lois; et que leurs lois, d'après lesquelles il leur est permis d'exister et de vivre en France, soient aussi les lois d'après lesquelles ils soient jugés en France. (...) Qu'ils se présentent, ceux qui oseront soutenir plus long-temps que c'est offenser la religion et troubler son culte, que de laisser aux Juifs la faculté d'exercer leur Divorce. Qu'ils conviennent donc que le Divorce peut être pratiqué par des Juifs en pays chrétien, sans que la religion du pays soit offensée ou troublée pour cela. (...) Hé! Ne faisons pas cette injure aux chrétiens. Ils savent que leur loi est bien différente de la loi juive; ils savent que leur sacrement de mariage est d'une autre nature à laquelle ne peut être comparé le lien purement civil des Juifs ». *Ibid.*, pp. 645-646. Nous n'avons cependant pas retracé d'autres auteurs se prononçant en faveur du divorce juif, ce qui aurait pu s'assimiler au mouvement *divorciaire* en vigueur à ce moment. Il existe cependant un ouvrage intitulé *Lettres de quelques juifs portugais, allemands et polonais, à M. de Voltaire*. Le dictionnaire de Merlin de Douai en fait en effet mention à l'article « Divorce ». *Ibid.*, p. 637.

⁸⁰⁰ Douai, *op.cit.*, p. 641.

à la veille de la Révolution. Le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* s'interroge en outre à savoir si on devrait s'en tenir à l'égard des juifs « comme on le fait envers les protestans, à la rigueur sacrée de la loi du christianisme, qui interdit absolument le divorce. »⁸⁰¹ La question du divorce protestant avait en effet déjà été réglée au début du XVIII^e siècle. La précarité de leur statut civil suscitait par contre des polémiques dans la seconde moitié du siècle puisque plusieurs juristes et intellectuels trouvaient injuste que les juifs soient reconnus comme citoyens alors que les protestants ne bénéficiaient d'aucun droit civil. Il y eut alors une véritable campagne en faveur d'un état civil pour les Français protestants et ce débat se confondit avec celui qui revendiquait le rétablissement du divorce en France.

3.2.2 Les Luthériens et les Calvinistes

Depuis la révocation de l'Édit de Nantes et la loi de 1724 qui les obligeait à se marier devant un prêtre catholique, les protestants n'avaient plus d'état civil en France au XVIII^e siècle.⁸⁰² Ceux-ci n'étaient donc pas considérés comme des citoyens et les enfants de ceux qui persistaient à se marier « au désert », c'est à dire devant un pasteur protestant, étaient tenus comme illégitimes et ne pouvaient alors hériter de leurs parents.⁸⁰³ Cette précaire situation ne touchait cependant pas les protestants d'Alsace puisque leur statut religieux avait été garanti par les traités de Westphalie et qu'ils jouissaient donc de tous les droits civils et politiques reconnus aux Français.⁸⁰⁴ Par contre, cette liberté de culte accordée aux protestants alsaciens ne leur donnait pas le droit, au XVIII^e siècle, de dissoudre leur mariage dans les cas admis par les catéchismes calviniste et luthérien. C'est ce que rapporte en effet Jean-Baptiste Denisart lorsqu'il rappelle dans ses *Collections de*

⁸⁰¹ *Ibid.*

⁸⁰² Godechot, *op.cit.*, p. 51; Sagnac, *op.cit.*, p. 248.

⁸⁰³ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 379. Selon les écrits du chancelier d'Aguesseau, ces sortes de mariages étaient nombreux dans le sud de la France. EX : Lettre du 9 mars 1739 : « Les Religionnaires du Périgord, contractent journellement des mariages également contraires aux loix de l'Église et de l'état »; Lettre du 17 août 1739 : « (...) multitude des mauvais mariages qui se font entre les Religionnaires mal convertis ». D'Aguesseau, *op.cit.*, pp. 408-409. Garaud et Szramkiewicz soutiennent eux-aussi que ces sortes de mariages étaient fréquents, la plupart des protestants refusant de s'épouser devant un prêtre catholique. Garaud et Szramkiewicz, *op.cit.*, p. 22.

⁸⁰⁴ Dans les faits, les protestants alsaciens étaient souvent exclus de certaines fonctions militaires et sociales et étaient victimes de discrimination. Selon Michel Richard, sept huitièmes des protestants d'Alsace étaient luthériens. Ceux-ci se trouvaient surtout en Basse-Alsace : à Strasbourg et ses possessions; à Colmar, Mulhouse et Landau; à Bouxwiller; à Lichtenberg; à Riquewihr. Chacun de ces territoires, donc, possédait un consistoire avec des fonctionnaires civils et ecclésiastiques. Michel Richard, *La vie quotidienne des protestants français sous l'Ancien Régime*, Paris, Hachette, 1966, pp. 265-272.

décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence que le divorce, autorisé dans quelques États européens de religion protestante, n'est pas permis en France :

Le divorce n'a plus lieu en Alsace, même entre les Protestans de la confession d'Augsbourg, parce que le roi ne le permet point. C'est ce qui résulte d'une lettre ministérielle du 14 février 1692, rapportée dans le recueil des ordonnances d'Alsace, tom. 2, pag. 576, & d'un arrêt du conseil souverain de Colmar rapporté au même endroit. Par arrêt rendu le 27 juin 1722, le conseil a fait defenses au consistoire de Landau, & a tous autres du ressort, de procéder à la dissolution du lien du mariage, ni d'y donner atteinte.⁸⁰⁵

La lettre de 1692 concernait uniquement le consistoire de Strasbourg alors que l'arrêt de 1722 élargissait l'interdiction à tous les consistoires alsaciens dont le plus important, celui de Landau. Cet arrêt sous-entend donc que les protestants de Landau ont pu jouir de ce droit entre 1648 et 1722 et il est curieux que ce privilège n'ait pas été allégué par les partisans du divorce. Ceux-ci auraient également pu rappeler que tous les calvinistes français ont pu faire une demande de divorce à leur consistoire puisque leur juridiction avait été reconnue par l'État français et ce, de l'Édit de Nantes à sa révocation en 1685.⁸⁰⁶ On peut dès lors supposer que la proximité de l'Allemagne protestante a pu rendre l'acceptation de cette interdiction plus difficile aux citoyens de Landau.⁸⁰⁷ Ce n'est peut-être pas non plus un hasard, comme nous l'avons déjà remarqué, si le premier traité en faveur du rétablissement du divorce est venu d'un magistrat, catholique il est vrai, qui représente l'autorité royale dans cette ville d'Alsace de tradition protestante. On peut

⁸⁰⁵ Denisart, *op.cit.*, p. 569. Il ajoute, probablement en réaction aux assertions des partisans du divorce : « Nous ne connaissons point d'états catholiques, où le divorce, proprement dit, ait lieu, sans en excepter la Pologne. » *Ibid.*, p. 568. Le problème est également abordé dans le dictionnaire de Douai. Celui-ci répond en effet négativement à cette question : « Les protestans qui existent encore en France, peuvent-ils, à l'exemple des sujets de ces états [états protestants d'Allemagne], rompre par le Divorce, les mariages qu'ils ont contractés? » Douai, *op.cit.*, p. 641. On y prétend que ce n'est pas possible puisque ceux-ci sont soumis aux lois françaises qui « décident formellement qu'un mari et une femme, unis légitimement, ne peuvent être séparés quant au lien, mais seulement quant à l'habitation. » Rappelant que les mariages protestants ne sont pas toujours reconnus, le dictionnaire stipule qu'une union honnête et publique devrait être « présumée » comme étant un mariage et donc, avoir « tous les caractères d'un mariage véritable; et l'on sait que rien ne tient plus à l'essence du mariage que l'indissolubilité. » *Ibid.*

⁸⁰⁶ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 378.

⁸⁰⁷ Louis Châtellier note d'autre part que la région alsacienne était rigoureusement surveillée par les missions catholiques soucieuses de faire respecter le sacrement de mariage. Les séparations de corps étaient donc très rares dans le diocèse de Strasbourg puisque le vicaire-général rejetait la plupart des requêtes afin de bien faire comprendre aux protestants, nombreux dans la région, que le mariage est en France un lien indissoluble. Châtellier est en effet certain que la présence protestante explique cette sévérité. C'est d'ailleurs parce que le gouvernement du vicaire entra en conflit avec le Tribunal matrimonial de Strasbourg que la lettre de 1692 fut par lui réclamée. Louis Châtellier, *Tradition chrétienne et renouveau catholique dans le cadre de l'ancien diocèse de Strasbourg (1665-1770)*, Paris, Éditions Ophrys, 1981, p. 252. Phillips argue pour sa part que cette réclamation fut provoquée par les protestations de la communauté catholique contre la demande de divorce d'un protestant à son consistoire pour cause d'adultère de son épouse. Phillips, *op.cit.*, p. 163. C'est aussi ce que rapporte Le Ridant dans son *Code matrimonial*. Le Ridant, *op.cit.*, p.449.

s'imaginer qu'un catholique cocu, séparé de corps d'avec sa femme et obligé donc de rester seul jusqu'à la fin de ses jours puisse se sentir frustré d'une loi religieuse qui lui impose la perpétuité de son mariage alors que l'outrage dont il est victime suffit à dissoudre les liens matrimoniaux des chrétiens habitant à quelques kilomètres de là.

Cette pénible soumission des protestants d'Alsace⁸⁰⁸ à un arrêt allant à l'encontre de leurs pratiques religieuses est en tout cas perceptible dans les réclamations qu'ils font au début de la Révolution. James F. Traer rapporte en effet que les Luthériens alsaciens, plus particulièrement ceux des villes de Strasbourg, Colmar, Wissembourg et Münster ont adressé une demande à l'Assemblée Nationale afin de recouvrer les droits accordés lors des Traités de Westphalie qui n'ont pas été respectés depuis et parmi lesquels figurait en tout premier lieu la faculté de divorcer.⁸⁰⁹ Pour notre part, nous avons retrouvé dans les cahiers de doléances de la Haute-Alsace présentés par Erich Pelzer⁸¹⁰ un cahier des magistrats et consistoires protestants des villes d'Alsace qui réclame le respect de tous les droits accordés par les Traités de Westphalie, l'accès à toutes les fonctions politiques et sociales et enfin, à l'article VIII, le droit pour le consistoire de prononcer le divorce, comme leur religion le leur permet :

Que la Chambre matrimoniale de Strasbourg et les consistoires de la Confession d'Augsbourg de la province, rentrent dans la faculté qui leur compète, d'après les principes invariables de nôtre religion, de prononcer en dissolution de lien de mariage ; faculté dont jouissent tous les consistoires protestans de l'Europe, et dont une simple lettre ministérielle a privé celui de Strasbourg, vers la fin du dernier siècle, et un arrêt du Conseil souverain du 27 juin 1722 les autres consistoires de la province.⁸¹¹

⁸⁰⁸ Châtellier doute cependant que tout le monde se soit conformé à ces prescriptions, « à cet idéal proclamé par les autorités religieuses ». *Ibid.*, p. 254.

⁸⁰⁹ *Très-Humble et très-respectueuse adresse, présentée à l'Assemblée Nationale par les habitants de la Confession d'Augsbourg (sic) des villes de Strasbourg, Colmar, Wissembourg et Munster en Alsace*, Paris, Société Typographique (n.d). Traer a retracé une autre demande semblable faite en 1790 par le maire de Colmar et un professeur de Strasbourg. Les luthériens des congrégations du Doubs et de la Haute-Saône ont également fait cette doléance dans une lettre intitulée *Très-humble et très respectueuse adresse présentée à l'Assemblée Nationale par les citoyens de la Confession d'Augsbourg, habitants des quatres Terres de Blamont, Clemont, Hericourt et Chatelot, départements du Doubs et de la Haute-Saône*. Traer, *op.cit.*, p. 112 Sagnac rapporte également cette demande et il y ajoute une « Adresse des citoyens de la baronnie de Fénéstrange ». Sagnac, *op.cit.*, p. 249.

⁸¹⁰ Erich Pelzer, *Les cahiers de plaintes et doléances de la Haute-Alsace. 1789*, Guebwiller, Publications de la société savante d'Alsace et des régions de l'Est, 1993, 461 pages.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 260. Cruppi fait brièvement mention de cette demande des Alsaciens et affirme que la Constituante a répondu favorablement à la plupart de leurs demandes, sans toutefois exprimer rien de précis en ce qui a trait à la liberté du divorce : « Les protestants des deux confessions d'Augsbourg et Helvétique, habitants d'Alsace, continueront à jouir des mêmes droits, libertés et avantages dont ils ont joui et ont droit de jouir, et que les atteintes qui peuvent y avoir été portées seront considérées comme nulles et non avenues. » Cité dans Cruppi, *op.cit.*, p. 44.

Traer trouve curieux qu'il n'y ait eu aucune demande similaire émise de la part de calvinistes français et suppose que ce silence est probablement dû aux restrictions plus grandes de la théologie calviniste quant à la dissolution du lien matrimonial.⁸¹² Nous avons pourtant retrouvé une mention à ce propos dans le « Projet de cahier de doléances des Réformés de la Province d'Alsace » qui, à l'instar des luthériens, revendiquent plus de tolérance, le respect des traités de Westphalie et de l'Édit de 1787, de même que le droit de dissoudre les mariages pour les raisons reconnues par leur religion :

Les communautés de la Religion réformées de la Province d'Alsace, admettant dans la pratique de leur culte religieux le Divorce et la Liberté de pouvoir se remarier dans certain cas, supplient S.M. de vouloir bien les maintenir dans cet ancien usage de la manière et suivant les loix exercée en Alsace d'après les Traités de Westphalie, du tems que cette province faisoit partie de l'Empire.⁸¹³

En fait, les calvinistes des autres régions françaises avaient parfois recours à un procédé artificieux pour rompre une union qu'ils ne désiraient plus maintenir. Comme leurs mariages faits devant un pasteur calviniste n'étaient pas reconnus par l'État, certains adeptes de la Religion soi-disant réformée se convertirent à la seule religion officielle afin de se remarier à une personne de foi catholique. Certains non catholiques ont ainsi pu dissoudre un mariage qu'ils ne désiraient plus maintenir afin de s'engager dans de nouveaux liens, cette fois totalement indissolubles. Dans un de ses ouvrages, Voltaire rapporte le cas d'un converti de Grenoble dont le premier mariage, scellé devant un pasteur calviniste, a été invalidé par le Parlement et qui a ainsi pu se remarier à une femme catholique.⁸¹⁴ Le philosophe trouve qu'il s'agit là d'une hypocrisie absurde et considère que le premier mariage de ce protestant était tout à fait valide. Il critique alors l'ambiguïté de l'Édit de Fontainebleau puisque celui-ci ne précise rien sur le mariage des protestants qui avait été officiellement reconnu par l'Édit d'Henri IV et il pense que si la législation royale considère que leur mariage n'est désormais plus valide, elle devrait dans ce cas émettre une loi précise annulant la loi précédente.⁸¹⁵

⁸¹² Traer, *op.cit.*, p. 112.

⁸¹³ Pelzer, *op.cit.* p. 264. (Article 5)

⁸¹⁴ Voltaire, *Réflexions d'un citoyen catholique sur les loix de France relatives aux Protestans*, Maestricht, 1778, p. 23. Le philosophe remarque : « Tout protestant peut violer impunément sa foi et la loi déclarera concubine l'épouse qu'il a trompée; tout père barbare peut ravir à ses enfants leur héritage et leur état ». David D. Bien rapporte un jugement semblable prononcé par le Parlement de Toulouse. David D. Bien, « Catholic Magistrates and Protestant Marriage in the French Enlightenment », *French Historical studies*, vol. II, no. 4 (Fall 1962), p. 413.

⁸¹⁵ « Cependant il semble que les mariages des protestants ayant été autorisés autrefois par une loi expresse, il faudrait aujourd'hui, pour les annuler, une loi expresse qui portât cette peine. Enfin, quand la loi civile est

Cette obscurité de la loi est également dénoncée par de nombreux juristes et intellectuels qui vont jusqu'à réclamer un état civil pour les protestants français.⁸¹⁶ On voit en effet dans la seconde moitié du XVIII^e siècle se multiplier nombre d'ouvrages en faveur de la régularisation de la situation des protestants en France. Portalis, Malesherbes, Lafayette, Turgot, Rulhières et Linguet furent entre autres de ces partisans qui tentèrent de prouver que le royaume n'avait rien à craindre de la reconnaissance de citoyens qui se sont montrés des plus fidèles à la couronne depuis la révocation de l'Édit de Nantes.⁸¹⁷

David D. Bien note par ailleurs un changement dans l'attitude des parlements de cette période face aux mariages des protestants. Il remarque en effet que dans les années 1740-1750, les Parlements annulaient fréquemment des mariages protestants et exhérédèrent leurs enfants, particulièrement ceux du sud de la France et du Dauphiné où on retrouve un nombre important de calvinistes, alors que les juges refusèrent de plus en plus, à partir des années 1760, de saisir les biens des héritiers de parents mariés devant un pasteur protestant et de séparer les conjoints d'une telle union.⁸¹⁸ Il croit en effet qu'après la guerre de Sept ans, les magistrats étaient sans doute touchés par le mouvement des *Lumières* qui prônait, surtout depuis l'affaire Calas⁸¹⁹, la tolérance religieuse dans le royaume de France.⁸²⁰ Bien estime de surcroît que les magistrats étaient davantage réalistes quant au nombre réel de protestants en France.⁸²¹ L'Édit de Fontainebleau prétendait en effet qu'il n'y en avait plus un seul alors qu'à la veille de la Révolution, ils étaient plus

obscur ou équivoque, les juges ne doivent-ils pas juger suivant le droit naturel et le droit des gens ? ». Voltaire, *Réflexions d'un citoyen catholique...*, p. 24.

⁸¹⁶ Le fameux Pierre Le Ridant avait abordé ce problème dans ses *Deux questions importantes sur le mariage*. Il proposait de limiter le mariage des protestants à la partie civile, sans être suivi de sacrement. Sa complète séparation de ces deux éléments explique l'aboutissement logique que le mariage existe même s'il n'est pas entaché de sacrement. Le Ridant, *op.cit.*, p. 864. Le dictionnaire de Douai lui-même exprime ses désolations à cet égard : « Il n'est pas un bon Français, pas un magistrat éclairé, qui ne gémit de voir les mariages des protestants frappés encore d'anathème et de nullité, parce qu'ils ne sont pas conformes aux lois et aux usages des catholiques. » Douai, *op.cit.*, p. 644.

⁸¹⁷ Portalis a écrit en 1770 un mémoire à ce propos, *Sur la validité du mariage des protestants*, Malesherbes a écrit en 1784 un *Mémoire sur le mariage des protestants*; de Rulhières, un *Mémoire sur le mariage et l'état des protestants* de même qu'un *Rapport général sur la situation des calvinistes en France* et un pasteur de Nîmes, P. Rabaut a également rédigé des motions en ce sens. Godechot, *op.cit.* Quant à Linguet, il avait déjà abordé cette question dans les *Annales* qu'il fit paraître à Londres. En 1777, en effet, il écrit : « C'est une mauvaise législation sans doute que celle qui ne laisse en pareille matière à des hommes honnêtes et utiles, que le choix de la stérilité, le désordre ou la profanation. » Linguet propose alors de revenir à la loi de 1685 qui permettait aux protestants de contracter mariage devant un juge civil. Nicolas-Simon Henri Linguet, *Annales politiques, civiles et littéraires du dix-huitième siècle*, Tome second, Londres, 1777, p. 22.

⁸¹⁸ Bien, *loc.cit.*, pp. 411-412.

⁸¹⁹ Calas était un calviniste de Toulouse accusé à tort en 1762 d'avoir tué son fils désireux de se convertir. Il fut condamné à être écartelé. Voltaire s'est passionné pour cette cause qui lui a servi de cheval de bataille contre l'intolérance. Michel Richard, *op.cit.*, p. 203.

⁸²⁰ Bien, *loc.cit.*, p. 413.

⁸²¹ *Ibid.*

d'un million.⁸²² La question de l'état civil des protestants en France intéressait sans doute l'administration royale davantage pour des raisons pratiques que pour des considérations humanistes. À une époque soucieuse des progrès de la science, on s'inquiétait en effet de l'absence de recensement des protestants. Les registres de catholicité ne donnaient en effet aucune information sur les mariages, les naissances et les décès des non catholiques qui échappaient de ce fait aux statistiques; les dénombrements demeuraient donc partiels et imparfaits.

Cette campagne en faveur de l'établissement d'un mariage civil pour les protestants semble avoir été déclenchée à la suite d'un plaidoyer de M. de Bretignères prononcé le 15 décembre 1778 à l'assemblée des chambres du Parlement de Paris. Ce dernier fit en effet une délibération en faveur de la création d'un état civil pour les protestants de France :

(...) il ne s'agit ni de favoriser l'exercice de la religion prétendue réformée, ni d'admettre aux charges ceux qui la professent, mais d'obtenir pour eux ce que l'on accorde aux Juifs dans toute l'étendue du royaume, ce que les princes protestants ne refusèrent jamais aux catholiques, ni les empereurs païens eux-mêmes aux chrétiens qu'ils persécutaient ; je veux dire un moyen légal d'assurer l'état de leurs enfants.⁸²³

Dans son *Recueil de pièces sur l'État des protestants en France* où se retrouvent une série de textes sur la question, Condorcet insère à la suite du plaidoyer de M. de Bretignères un traité anonyme d'un citoyen catholique qui exprime exactement les mêmes vœux.⁸²⁴ Il s'agit en fait du texte que Voltaire avait fait paraître à Maastricht en 1778. Celui-ci dénonce vivement l'injustice de la situation des protestants de l'ensemble du royaume par rapport à celle des Alsaciens protestants qui, eux, jouissent d'une reconnaissance civile.⁸²⁵

Pour appuyer leur argumentation, les partisans d'un état civil pour les protestants utilisèrent de plus en plus le discours des philosophes et des juristes du droit naturel en

⁸²² Les déclarations du 8 mars 1715 et la loi de 1724 réaffirmèrent que tous les sujets du roi étaient presumés catholiques, sauf en Alsace. Richard, *op.cit.*, p.203.

⁸²³ M. de Bretignères, « Récit de ce qui s'est passé le 15 décembre 1778, à l'assemblée des chambres du Parlement de Paris » dans Marie Jean Antoine Nicolas de caritat marquis de Condorcet, « Recueil de pièces sur l'état des protestans en France », *Œuvres de Condorcet*, Tome V, 2^e éd. Stuttgart-Bad Cannstatt, Friedrich Frommann, 1968 [1804], p. 399.

⁸²⁴ « Les protestants ne pourront-ils être ni citoyens, ni maris, ni pères sous le règne de Louis XVI, parce que le Jésuite Laynés a prouvé au Colloque de Poissy, sous le règne de Charles IX, qu'ils étoient des renards et des loups (...); Nous ne proposons pas de tolérer les dogmes de la religion réformée, mais de cesser d'opprimer ceux qui la professent. Nous ne demandons point que les protestants aient un culte et des ministres, nous demandons qu'ils puissent avoir des enfants. » *Ibid.*, p. 447.

⁸²⁵ « En France, les mariages des luthériens et des calvinistes d'Alsace n'ont-ils pas tous les effets civils ? La conscience de nos rois leur défendrait-elle de permettre en Languedoc ce qu'ils permettent en Alsace, d'accorder à leurs sujets chrétiens ce que le souverain pontife accorde à ses sujets juifs ? ». *Ibid.*, p. 423.

matière de mariage. Ainsi, dans l'affaire Marie Brest rapportée par Bien⁸²⁶, l'avocat Pierre-Firmin Lacroix allègue que le sacrement n'est pas l'essence du mariage, que celui-ci est un contrat. Il affirme que le mariage protestant est reconnu par la loi naturelle, comme Voltaire l'a insinué, ce qui suffit alors à le rendre légitime dans la société civile.⁸²⁷ Les autres auteurs présentés par Condorcet dans le *Recueil* ne s'expriment pas autrement. Ceux-ci prétendent en effet que le droit naturel régit toutes les nations et que le mariage est, pour ce droit, une convention civile à laquelle la religion ne devrait pas se mêler.⁸²⁸ Voltaire reconnaît que la théorie du mariage comme sacrement pose un problème à la création d'un état civil pour les protestants, mais il considère qu'obliger les protestants à se marier devant un prêtre catholique est une profanation de ce sacrement.⁸²⁹ Il ajoute par ailleurs que « la naissance et la mort d'un homme sont des faits purement physiques qui peuvent être constatés avec des formes prescrites par la loi civile. »⁸³⁰ Il estime donc que les protestants pourraient se marier devant un juge civil et que leur mariage ne pourrait être qu'un contrat puisqu'ils le tiennent pour tel.⁸³¹

Le discours en faveur de la reconnaissance du mariage des protestants s'inscrit donc dans un mouvement favorable à la laïcisation du mariage en France qui avait déjà cours avant la Révolution. Les propositions de Voltaire, comme celles des autres intellectuels qui convainquirent Louis XVI, furent finalement adoptées puisqu'un édit émis le 19 novembre 1787 accorda aux protestants un mariage civil, privilège dont ne purent profiter les Français catholiques qu'en 1791.⁸³² L'Édit de 1787 fut cependant difficile à imposer car ce n'est qu'après une vive opposition du Parlement de Paris qu'il fut finalement enregistré le 19 janvier 1788 et en mars seulement par celui de Toulouse. De même, plusieurs

⁸²⁶ Marie Brest était une veuve protestante, unique héritière de son défunt mari dont le testament fut contesté par sa belle-mère. Celle-ci alléguait en effet que leur mariage n'était pas reconnu par l'état français et le Parlement lui donna raison. Bien, *op.cit.*, p. 416.

⁸²⁷ *Ibid.*

⁸²⁸ Par exemple, M. *** : « Ainsi, dans un État où les citoyens ne professent pas la même religion, et où parmi ces différentes religions il y en a qui regardent l'assistance aux cérémonies des autres cultes comme un crime, les formalités nécessaires à la validité des mariages ne doivent pas être mêlés à des cérémonies religieuses. Le mariage n'est point de sa nature un acte religieux, il ne peut même être regardé comme tel par les Catholiques. Les mariages des autres religions doivent être regardés comme civils. » Condorcet, « Recueil sur l'état... », p. 497.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 452.

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ « Cette espèce de contrat aurait tous les effets civils du mariage sans être un sacrement, de même que les mariages de tous les peuples ou infidèles ou idolâtres qui ne sont pas non plus des sacrements ». *Ibid.*

⁸³² Godechot, *op.cit.*, p.51. .

ecclésiastiques protestèrent contre cet édit et réitérèrent leur opposition à cette reconnaissance civile du mariage protestant dans les cahiers de doléances de 1789.⁸³³

La reconnaissance d'un mariage civil, sans manifestations religieuses, n'est pourtant pas une spécificité française, loin de là. Déjà au XVI^e siècle, en Hollande, on avait dû établir un mariage civil pour les citoyens demeurés catholiques et dans l'Angleterre du XVII^e siècle, Cromwell avait substitué un mariage civil au mariage religieux.⁸³⁴ Au XVIII^e siècle, le pape Benoît XIV reconnut le mariage des protestants dans les Pays-Bas, où la présence de nombreux calvinistes faisait problème⁸³⁵, et le mariage civil de tous les citoyens fut même admis dans le royaume de Naples dès 1767.⁸³⁶ Enfin, l'Édit de tolérance de l'Empereur Joseph II donna le droit de culte aux protestants persécutés sous le règne de Marie-Thérèse, leur accorda un mariage civil et leur permit même d'user de la faculté du divorce tel que leur allouait leur religion.⁸³⁷ Les réformes introduites dans les États de la maison d'Autriche ont d'ailleurs suscité bon nombre de réactions de la part d'intellectuels français approuvant les modernisations de ce souverain éclairé. Voltaire, encore, ajoute à l'article « Divorce » de son *Dictionnaire philosophique* un éloge des mesures prises par Joseph II :

L'empereur Joseph vient de donner à ses peuples une nouvelle législation sur les mariages. Par cette législation le mariage devient ce qu'il doit être, un simple contrat civil. Il a également autorisé le divorce sans exiger d'autre motif que la volonté constante des deux époux. Sur ces deux objets plus importants qu'on croit pour la morale et la prospérité des États, il a donné un grand exemple qui sera suivi par les autres nations de l'Europe, quand elles commenceront à sentir qu'il n'est pas plus raisonnable de consulter sur la législation les théologiens que les danseurs de corde.⁸³⁸

La question de la reconnaissance du mariage protestant implique effectivement celle du divorce des adeptes de cette confession et c'est la raison pour laquelle nous avons insisté sur ce mouvement en faveur d'une laïcisation de leur union. La légitimation de leur union pose en effet le problème de la légitimation des pratiques qui l'encadrent. Le divorce protestant fait ainsi l'objet d'un traité rédigé par un docteur en droit canon de la faculté de Cahors, également présenté par Condorcet dans son recueil sur l'état des protestants en

⁸³³ On retrouve surtout les demandes d'abolition de cet édit dans les cahiers du clergé. *Ibid.*, p. 52.

⁸³⁴ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p. 376.

⁸³⁵ Reconnaissance allouée en 1741. Bien, *op.cit.*, p. 417.

⁸³⁶ Gaudemet, *Le mariage en Occident...*, p.377. Possession autrichienne depuis la fin de la Guerre de Succession d'Espagne, il s'agit sans doute d'une réforme apportée par Joseph II.

⁸³⁷ L'Édit de Tolérance (1781) fut suivi d'une *Ehepatent* en 1783 (1784 pour les Pays-Bas) qui précise que seul l'état s'occupe du contrat civil. Le divorce protestant est spécifiquement reconnu par une *Patent* de 1786. *Ibid.* Léopold II introduisit ces réformes en Toscane en 1786. Garaud, *op.cit.*, p. 38.

⁸³⁸ Voltaire, *Dictionnaire philosophique dans Œuvres complètes*, Tome 37, p. 108.

France.⁸³⁹ Après avoir prôné une plus grande tolérance pour les protestants, exposé les malheurs qu'a entraînés pour la France la révocation de l'Édit de Nantes et rappelé « qu'une loi qui empêche les citoyens de se marier est injuste »⁸⁴⁰, l'auteur propose une nouvelle loi divisée en articles qu'il a fait suivre d'un commentaire pour les légitimer. À la suite de l'exposition des modalités du mariage des protestants devant un juge civil, il affirme :

Les mariages contractés sous cette forme ne pourront être regardés comme sacrement, et ne devant point participer de son indissolubilité, les époux pourront demander le divorce par une requête présentée au juge, lequel convoquera une assemblée composée d'un égal nombre de parents de chacun des deux conjoints.⁸⁴¹

L'auteur ne propose donc pas la reconnaissance de la législation du consistoire protestant qui n'est même pas mentionné, mais le recours à la justice civile française et ce, selon une procédure qui ressemble beaucoup à celle des tribunaux de famille instaurés pendant la Révolution. Ce texte indique à notre avis la croyance réelle en une possible réforme des lois régissant le mariage. Cet auteur anonyme expose en outre, dans le commentaire qui suit cet article, une argumentation qui ressemble en tous points à celle des partisans du divorce et ce, même s'il se défend d'entrer dans le débat sur ses avantages ou ses désavantages.⁸⁴² Il tient cependant à rappeler le fait que « l'indissolubilité du mariage n'est ni un dogme, ni un point de morale de la religion catholique, que c'est seulement une loi de discipline ecclésiastique qui varie suivant les temps et les nations, et qui peut varier encore. »⁸⁴³ Il ajoute, comme ceux qui ont fait l'histoire du divorce, que s'il avait été contraire à la morale chrétienne, il n'aurait pas été toléré par les empereurs chrétiens, les ecclésiastiques des premiers siècles de l'Église et les premiers rois de France. Les exemples de la Grèce orthodoxe et de la Pologne catholique n'échappent pas non plus à sa démonstration.⁸⁴⁴ La

⁸³⁹ M. *** docteur en droit canon de la faculté de Cahors en Quercy, « Sur les moyens de traiter les protestants français comme des hommes, sans nuire à la religion catholique » dans Condorcet, « Recueil sur l'état... », pp. 458-536.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 459.

⁸⁴¹ « Article XX ». *Ibid.*, pp. 499-500.

⁸⁴² Son introduction indique cependant clairement les positions de l'auteur : « Nous n'entreprendrons pas d'examiner ici jusqu'à quel point l'indissolubilité du mariage peut être contraire à la saine politique, au maintien des mœurs, à la tranquillité des familles, au bonheur des citoyens; nous ne chercherons point à examiner si ce sacrifice de la liberté naturelle n'étant nécessaire, ni au maintien de la société, ni aux droits de ses membres, une loi positive peut sans injustice l'imposer aux citoyens. » *Ibid.*, p. 503. (Commentaire de l'Article XXX)

⁸⁴³ *Ibid.*, p. 504.

⁸⁴⁴ Condorcet introduit cependant une correction dans une note de bas de page qu'il insère dans cette édition. Il spécifie en effet qu'il ne s'agit pas, dans le cas de la Pologne, de divorces, mais d'annulations de mariage. *Ibid.*

logique de cette argumentation est donc que si le mariage catholique lui-même pourrait bien souffrir cette pratique sans contredire ses dogmes, il est d'autant plus légitime de le permettre à ceux dont la religion le prescrit et qui sont, de plus, régis par les lois civiles.⁸⁴⁵

Le canoniste va même plus loin dans son discours puisqu'il considère que si l'on venait à prouver qu'une telle liberté est utile à la société, on devrait l'étendre à tous les citoyens et non pas seulement aux protestants. Il élargit par ailleurs les causes admises par les consistoires calvinistes et luthériens pour dissoudre le mariage puisqu'il considère que des raisons telles que l'avarice du mari, les brutalités de sa part, les maladies, l'infirmité, l'impuissance, la stérilité et même l'incompatibilité de caractère légitimeraient la dissolution du lien. Le divorce par consentement mutuel lui semble être la procédure idéale car il permet d'éviter les scandales de la révélation des torts du conjoint et la fabrication de preuves qui a souvent lieu lors de procès en séparations de corps et des procédures de divorce dans les pays protestants.⁸⁴⁶ Il croit lui aussi que le divorce resserrerait le lien conjugal et qu'il serait de toute façon très rare, « surtout dans la classe des citoyens peu riches ».⁸⁴⁷ Quant aux citoyens aisés, il considère que le divorce vaut de toute façon mieux que la façon dont leur mariage est vécu, tout comme l'avait déjà exprimé Holbach avant lui.

On le voit, les principaux arguments des partisans du divorce se répètent inlassablement dans tous les ouvrages abordant cette question dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. Ils sont même utilisés pour légitimer la mise en place d'un mariage civil pour les protestants et le respect de leurs pratiques religieuses dont le divorce fait partie.⁸⁴⁸ Encore plus révélateur de l'influence de ce discours est son utilisation par les protestants eux-mêmes pour justifier leurs revendications quant au respect de leur liberté de culte. Voici en effet ce qu'écrivent les protestants d'Alsace dans leur cahier de doléances de 1789 :

Sa majesté daignera considérer, que cette faculté, dont on a toujours usé sobrement en Alsace, loin d'être nuisible aux mœurs, empêche des scandales et des malheurs, d'autant plus funestes aux protestans, qu'ils n'ont pas la ressource des couvens pour y faire

⁸⁴⁵ « Si donc le mariage même, accompagné du sacrement, n'est point essentiellement indissoluble, un mariage qui n'est qu'un acte civil ne peut être rendu indissoluble que par la loi civile, c'est la justice, c'est l'utilité qui doit dicter, sur cet objet comme sur tous les autres, les dispositions de la loi civile ; or, la justice semble demander que la loi ne soit pas plus sévère que la conscience, et n'ôte pas la liberté du divorce aux protestants, à qui la morale de leur religion ne fait pas un devoir de renoncer à cette liberté. » *Ibid.*

⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 505.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 507.

⁸⁴⁸ L'Édit de 1787 ne mentionne cependant rien à propos du divorce protestant qui demeure donc interdit. Le dictionnaire de Douai spécifie cependant que cet édit permet seulement aux protestants de vivre en France, et non pas de pratiquer leur culte. Ils ne sont donc pas autorisés selon lui à « invoquer les usages pratiqués dans les états voisins par les sectaires de leurs opinions religieuses pour réclamer la liberté du Divorce. » Douai, *op.cit.*, p. 641.

confiner des femmes adultères ou trop peu circonspectes ; que le divorce étant accordé aux juifs, les protestans ou leurs consistoires portés au Conseil, celui-ci ne pourroit prononcer d'une manière contraire à la pure doctrine de l'Évangile, est d'autant moins concluant, que d'un côté, dans un grand Royaume catholique, la Pologne, le divorce est publiquement autorisé (...)⁸⁴⁹

Un courant *divorciaire* à la veille de la Révolution? À la lumière des différents textes parus entre 1764 et 1785, nous croyons être en mesure de répondre positivement à cette hypothèse. Nous pensons que si, effectivement, les philosophes n'ont pas édifié un mouvement cohérent en faveur du rétablissement du divorce, comme ils ont pu le faire en matière de tolérance religieuse par exemple, d'autres auteurs ont préparé les discussions qui furent reprises activement à partir de 1789. Les arguments des *divorciaires* du mouvement révolutionnaire rappellent trop ceux des traités de la seconde moitié du XVIII^e siècle pour que ceux-ci n'en aient pas été les précurseurs.

⁸⁴⁹ Pelzer, *op.cit.*, p. 260.

Conclusion

Peut-on conclure, tout comme Léon Abensour, que la « révolution était faite dans les idées avant de l'être dans les institutions »?⁸⁵⁰ Peut-on rendre les philosophes responsables de la multiplication des divorces pendant la Révolution tout comme le fit le *Censeur* du 22 brumaire an V qui leur reprochait le désordre des mœurs qu'il estimait résulter de ces désunions?⁸⁵¹ Les philosophes ont en fait davantage critiqué la façon dont les mariages se formaient sous l'Ancien Régime que réellement recommandé d'introduire le divorce dans le royaume de France. Même si la famille était un thème important de la critique sociale des *Lumières*, les philosophes ont en matière de mariage davantage condamné que proposé des solutions concrètes. Il a d'ailleurs été démontré dans cette étude que ce sont avant tout des auteurs anonymes, des intellectuels peu connus ou des juristes singuliers qui ont le mieux élaboré leur pensée sur la question du mariage indissoluble et véritablement proposé une nouvelle législation matrimoniale.

Tous ces penseurs ont cependant contribué à créer un mouvement d'opinion défavorable à l'indissolubilité du lien matrimonial. Les remarques des auteurs opposés au divorce de même que les allusions de ses partisans quant aux discussions suscitées dans les salons mondains laissent en effet supposer qu'il y avait alors un véritable débat sur cette question. Gérard Thibault-Laurent souligne lui aussi que le divorce était devenu un sujet de conversation fort populaire dans ces milieux.⁸⁵² De plus, les historiens de la Révolution soutiennent que la majorité de la presse était, dès 1789, favorable aux partisans du divorce.⁸⁵³ Ce sentiment en faveur de la dissolution entière du mariage nous semble être l'aboutissement d'une lente maturation. Il appert en effet que les idées sur le divorce ont sensiblement évolué entre la première et la seconde moitié du siècle des *Lumières*.

Revendiqué pour des raisons avant tout utilitaires par Montesquieu, le Maréchal de Saxe, Toussaint et Lavie, le divorce n'est plus à partir de 1764 un sujet essentiellement traité dans les ouvrages spécialisés. La doléance de Philbert, les nombreuses brochures de Cervol, les positions du célèbre avocat Linguet rendirent le sujet plus familier et en firent un problème concret, davantage susceptible de toucher un plus large public. Les philosophes n'ont pourtant pas cessé de discourir sur le sujet dans la seconde moitié du

⁸⁵⁰ Abensour, *Histoire générale du féminisme...*, p.405.

⁸⁵¹ Garaud, *op.cit.*, p.67.

⁸⁵² Thibault-Laurent, *op.cit.*, p. 78.

⁸⁵³ *Ibid.*, p.5.

siècle, bien au contraire. La radicalisation du mouvement défavorable aux institutions religieuses a en effet amené Voltaire, Diderot, Helvétius et surtout le virulent baron d'Holbach à rejeter ce précepte catholique. Les raisons allouées pour légitimer le divorce ont sensiblement changé au cours du siècle. Les premiers à demander son rétablissement le firent en effet pour des motifs d'utilité sociale : pour le rétablissement de la population, pour la régénération des mœurs, par respect pour l'ordre naturel. La montée de l'individualisme et la nouvelle importance accordée au bonheur conjugal introduisirent l'idée que le divorce devrait simplement être permis pour le bien-être des conjoints. Certes, les motifs utilitaires ne disparurent pas à partir des années 1760, mais les notions de bonheur, de droit et de liberté s'imposèrent peu à peu. L'histoire du divorce servit ainsi non seulement à justifier théologiquement la pratique du divorce, mais également à démontrer que la faculté de dissoudre le lien conjugal est un droit qui a été dénié au cours des siècles.

Deux types de discours sur le divorce évoluent donc parallèlement. D'abord, un discours rationnel qui se rattache à ce mouvement dit des *Lumières* qui veut faire de la raison le juge suprême des institutions politiques et sociales. Les raisons d'introduire le divorce doivent alors répondre aux désirs de perfectionnement de la société française toute entière. Dans un second temps, la montée de la sentimentalité dans la deuxième moitié du siècle et les prémisses d'un romantisme à la Jean-Jacques Rousseau imposent les concepts de bonheur, de liberté individuelle et de droits du citoyen.

Certes, les philosophes avaient aussi fait du bonheur une valeur supérieure, mais ils traitaient davantage de bonheur collectif que de bonheur individuel. Leur conception de la nature humaine de même que leurs intellections sur l'inconstance de l'homme et la cruauté d'enchaîner celui-ci à un seul être s'apparentent bien à la notion de liberté, valeur par excellence des révolutionnaires, mais ces idées n'ont pas encore le sens et la modernité que lui donnèrent les hommes de 1789. Il ne s'agit pas seulement d'un changement de vocabulaire puisque les philosophes cherchaient avant tout une légitimité dans le passé et, pour cette raison, leur notion de liberté vient le plus souvent des idées anciennes sur la loi naturelle. Ce discours rationnel des philosophes se retrouve pourtant dans les arguments des révolutionnaires revendiquant la faculté de divorcer. Le passé, d'ailleurs, leur servait aussi de référence et Jacques Bouineau a bien fait la démonstration du « langage antiquisant des hommes de 89 ». ⁸⁵⁴

⁸⁵⁴ Bouineau, *loc. cit.*, p. 307.

Il nous semble en effet évident que les réflexions des intellectuels du XVIII^e siècle ont alimenté celles des *divorciaires*, bien que Roderick Phillips trouve ce rapprochement trop tentant. Le résumé que fait Olivier Martin des différents arguments invoqués dans les discours révolutionnaires favorables au divorce illustre la similarité de leurs idées. Le divorce y est en effet prôné parce qu'il est un droit naturel et serait donc un retour à la loi naturelle; parce qu'il est conforme à la loi religieuse et qu'il a déjà existé; parce qu'il est nécessaire au bonheur collectif; parce qu'il augmenterait la population, réduirait le célibat, éliminerait les adultères bref, renforcerait l'État.⁸⁵⁵ Déjà, la déclaration du Tiers-État du district de l'Église des Théatins puisait directement dans le discours des *Lumières* sur la nature de l'homme : « Le divorce sera pareillement permis, car un contrat indissoluble est opposé au caractère inconstant de l'homme. » De même, les arguments théologiques qui dominèrent dans le discours de la seconde moitié du XVIII^e siècle, surtout tenus cependant par des auteurs ne faisant pas nécessairement partie du mouvement rationnel des *Lumières*, furent largement repris par les *divorciaires*, désireux selon Garaud de convaincre les masses paysannes fortement attachées aux dogmes catholiques.⁸⁵⁶

Les révolutionnaires favorables au rétablissement du divorce apparaissent cependant davantage influencés par les notions plus individuelles de bonheur et de liberté amenées par les auteurs en marge des *Lumières* de la seconde moitié du siècle. Les premiers arguments servent sans doute à multiplier les nombreuses raisons de légitimer le divorce, d'autant plus que se réclamer d'auteurs aussi célèbres et estimés que les philosophes français des *Lumières* impressionne toujours. Droits et libertés du citoyen furent pourtant les leitmotivs des discours révolutionnaires et ce sont ces deux thèmes qui dominent dans les revendications pour le rétablissement du divorce. À l'assemblée législative du 7 septembre 1792, le député Léonard Robin déclare :

Le comité a crû devoir conserver ou accorder la plus grande latitude à la faculté du divorce, à cause de la nature du contrat de mariage qui a pour but principal le consentement des époux et parce que la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention.⁸⁵⁷

Plusieurs députés considèrent en outre que le divorce résulte directement de la Déclaration des droits de l'homme et il est ainsi associé à la propagation des principes de liberté individuelle et d'inaliénabilité de la volonté. Ces principes qui se dessinaient peu à

⁸⁵⁵ Martin, *op.cit.*, pp. 55-75.

⁸⁵⁶ Garaud, *op.cit.*, p.68.

⁸⁵⁷ Cité dans Victor Russe, *op.cit.*, p. 37.

peu à la fin du XVIII^e siècle devinrent les valeurs par excellence des révolutionnaires qui leur donnèrent une signification que ne pouvaient pas encore concevoir les penseurs d'alors. Les idées d'un intellectuel tel que Jacques Lescène des Maisons sont cependant très proches de celles des révolutionnaires et montrent ainsi que les hommes de 1789 n'ont pas réellement innové en cette matière. Le concept de contrat consensuel et dissoluble de par le seul consentement des deux époux existait lui aussi avant la Révolution, chez les *jusnaturalistes* et les partisans du droit naturel tel que Lescène des Maisons et l'avocat Jean-Charles Lavie. De même, la législation de 1792 a beaucoup emprunté aux propositions législatives de Cerfvol, à celles de ce canoniste de Cahors qui envisageait la mise en place d'une sorte de tribunal de famille, à la législation de Lescène des Maisons et, bien sûr, à celle de Hennet chez qui on perçoit nettement l'influence des discours pré-révolutionnaires. La liberté de la femme et le bonheur des enfants prennent cependant dans les discours révolutionnaires une importance encore plus grande que dans ceux des intellectuels des *Lumières*. Sans doute, comme le soutiennent Dominique Godineau et Élisabeth Guibert-Siedziewski, l'insistance sur le contrat consensuel entre deux contractants égaux revalorise la place de la femme dans la société conjugale.

Ces idées sur la nature du mariage et le divorce ne pouvaient cependant pas suffire à introduire une nouvelle législation matrimoniale. Il fallait un contexte et un besoin pratique immédiat. En ce sens, la laïcisation du mariage en 1791 fut bien le catalyseur, les réactions des Français qui se mirent dès lors à se séparer volontairement de même que celles des ecclésiastiques tels que l'abbé Barruel⁸⁵⁸ qui percevaient déjà la menace que faisait peser sur l'indissolubilité du lien conjugal l'introduction d'un mariage civil l'indiquent bien. La thèse de Jean Gaudemet est elle-aussi soutenable puisque la laïcisation du mariage semble bien être le fruit d'une lente évolution juridique du mariage entamée au XVI^e siècle. Elle s'est imposée d'elle-même, par nécessité pratique, et le divorce, comme le croient James F. Traer et Antony Copley, est peut-être véritablement la conséquence du conflit entre l'État et le clergé. Dans sa *Théorie des lois civiles*, Linguet associe directement législation civile du mariage et pouvoir de dissoudre les unions matrimoniales, l'un n'existant pas sans l'autre, et ce, bien qu'il prône plus tard le maintien du pouvoir religieux en matière de dissolution

⁸⁵⁸ Barruel réagit en effet dès le rapport de Durand de Maillane proposant la mise en place d'un mariage civil dans un ouvrage intitulé : *Les vrais principes sur le mariage, opposés au rapport de M. Durand de Maillane et servant de suite aux lettres sur le divorce*, Paris, 1790.

de mariage et que la jurisprudence tenait alors fortement à faire respecter la pérennité du lien conjugal.

La nécessité pratique de l'établissement d'un mariage civil, déjà conceptualisé par Montesquieu dans *L'Esprit des lois*, était déjà devenue patente dans la seconde moitié du XVIII^e siècle avec les problèmes posés par les minorités religieuses. Le besoin de créer un état civil pour les protestants fut assez tôt associé à la question du divorce. Celui-ci commençait en effet à être revendiqué au nom de la liberté de conscience puisque plusieurs auteurs étaient convaincus qu'on ne pouvait pas empêcher les juifs et les protestants de pratiquer ce droit permis par leur religion. Cette liberté accordée aux non-catholiques devait pour certains s'élargir aux catholiques non pratiquants et enfin, à tous ceux estimant que cette pratique ne va pas à l'encontre de leurs croyances religieuses. Donc, en accordant la liberté de culte et en introduisant ainsi la tolérance religieuse tant revendiquée par les hommes des *Lumières*, les révolutionnaires permettaient implicitement la faculté du divorce existant dans les religions juive et protestante. Ce qui ne constitue en rien une mesure révolutionnaire pour l'époque puisque l'empereur Joseph II l'avait déjà fait dans ses États catholiques. Enfin, de par la Déclaration des droits de l'homme et de par l'égalité de tous les citoyens devant la loi, le divorce devait être permis à tous puisqu'il n'aurait pas été juste que seul un petit nombre de Français puisse jouir de ce droit. La Révolution n'est-elle pas la volonté d'uniformiser les inextricables droits ayant cours sous l'Ancien Régime et qui faisaient que du Sud au Nord, de l'Est à l'Ouest et pour les nobles et les roturiers, la législation n'était pas la même?

Il est bien évident que tous ces rapprochements sont « construits » par l'historien, les hommes de 1789 étaient trop impliqués dans la dynamique révolutionnaire pour être pleinement conscients de toute cette logique d'ensemble, mais la recherche et la proposition d'une explication logique à des phénomènes passés fait partie de la tâche de l'historien, au risque de faire fausse route et d'être contredit par des études ultérieures. Il semble pourtant, bien que cette étude ne donne toujours pas une liste exhaustive des écrits du XVIII^e siècle ayant abordé cette question, que l'indissolubilité du mariage a bel et bien préoccupé les milieux cultivés d'avant la Révolution et que leurs intellections ont certainement influencé les révolutionnaires qui luttèrent pour introduire le divorce dans la nouvelle législation matrimoniale.

Mais il y a souvent un monde entre les enthousiasmes révolutionnaires et les besoins réels. Il appert en effet que la majorité des Français n'étaient sans doute pas prêts à ce

changement législatif et c'est sans frustration apparente qu'ils accueillirent la loi abolissant le divorce en 1816. Celui-ci fut difficilement rétabli en 1884, on sait que la majorité des députés y étaient opposés, mais on ne sait pas grand chose des sentiments réels des Français d'alors.⁸⁵⁹ Quant aux citoyens de la France au XX^e siècle, ils durent attendre la présidence de Valéry Giscard-d'Estaing pour être en mesure de divorcer par consentement mutuel et non pas seulement de par une offense à la loi conjugale commise par un des conjoints.

⁸⁵⁹ Guy de Maupassant rédige cependant un article pour le *Figaro Littéraire* dans lequel il exprime ses inquiétudes face à cette nouvelle législation.

Bibliographie

1. Sources originales

1.1 Dictionnaires, encyclopédies et ouvrages juridiques

Brillon, Pierre Jacques. « Séparation des conjoints » dans *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des parlements de Paris*. Tome 6. Lyon, 1783, pp. 121-135.

Chardon, R.P. Dom C. *Histoire des sacremens*. Tome sixième : *Suite de l'ordre. Du mariage*. Paris, Guillaume Desprez, 1745. 248 pages.

D'Aguesseau, Henri-François. *Oeuvres de M. le chancelier D'Aguesseau*. Paris, Libraires Associés, 1759-1789. 13 volumes.

Denisart, Jean-Baptiste. *Collections de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*. Paris, Desaint, 1787. 14 volumes.

Dictionnaire universel françois et latin (Dictionnaire de Trévoux). Paris, E. Ganeau, 1704. s.p.

-4^e éd. Paris, Cie des Libraires associés, 1752. 8 tomes.

Durand de Maillane, Pierre Toussaint. *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*. Paris, Chez Bauche, 1761. 3 Tomes.

Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des arts et des métiers. Neufchastel, Samuel Faulche, 1760. 12 tomes.

Ferrière, Claude-Joseph de. *Dictionnaire de droit et de pratique*. Paris, Théodore le Gras, 1755. Tome premier. s.p.

Fournel, M. *Traité de l'adultère*. 2^e éd. Paris, Demonville, 1783 [1778]. 495 pages.

Grand vocabulaire françois. 2^e éd. Paris, Panckoucke, 1767. 30 volumes.

Guyot, Joseph Nicolas prés. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*. Paris, Visse, Nouvelle éd. 1784-1785 [1775-1783]. 17 volumes.

Héricourt du Vatier, Louis d'. *Oeuvres posthumes*. Tome 1 : *Consultations canoniques et civiles*. Paris, Desaint et Saillant/Durand/Cellot. 1759. 302 pages.

Le Ridant, Pierre. *Code matrimonial*. Paris, Herissant le fils, 1770 [1766]. 2 tomes.

Pothier, Robert Joseph. *Traité du contrat de mariage*. Orléans-Paris, 1768. 2 tomes.

Serres, Claude. *Les institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien*. Paris, Chez la veuve Cavellier, 1778. 654 pages.

1.2 Autres sources

Baston, Guillaume-André-René. *Réponse au mémoire et à la consultation de M. Linguet touchant l'indissolubilité du mariage*. Paris, 1772. 134 pages.

Cerfvol, de. *La gamologie ou de l'éducation des filles destinées au mariage : ouvrage dans lequel on traite de l'excellence du mariage, de son utilité politique et de sa fin et des causes qui le rendent heureux ou malheureux*. Paris, Chez la veuve Duchesne, 1772. 447 pages.

Cerfvol, de. *L'intérêt des femmes au rétablissement du divorce*. Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1770. 55 pages.

*-Le parloir de l'Abbaye de *** ou Entretiens sur le divorce par M. de V****. Genève, 1770. 43 pages.

-Mémoire sur la population dans lequel on indique le moyen de la rétablir et de se procurer un corps militaire toujours subsistant et peuplant. Londres, 1768. 115 pages.

Cerfvol, de. et Philbert. *Législation du divorce, précédée du cri d'un honnête homme qui se croit fondé en droit naturel et divin à répudier sa femme pour représenter à la législation française les motifs de justice tant ecclésiastique que civil, les vues d'utilité tant morale que politique, qui militeroient pour la dissolution du mariage dans de certaines circonstances données*. Londres, 1769. 275 pages.

Desnoyers.. *Réfutation du système porté en la consultation faite à Lucienne le 16 août 1771 qui établit que le mari que sa femme a quitté et est allé marier en pays étranger peut obtenir le divorce et la liberté de se remarier en France*. Paris, d'Houry, 1771. 34 pages.

Holbach, Paul Henri Thiry baron d'. *Système de la nature*. Londres, 1770. 2 volumes.

Lavie, Jean-Charles. *Des corps politiques et de leurs gouvernements*. Lyon, Pierre Duplain, 1764. 2 tomes.

Le Scene Desmaisons, Jacques. *Contrat conjugal, ou loix du mariage, de la répudiation et du divorce avec une dissertation sur l'origine et le droit des dispenses*. s.l., 1781. 208 pages.

Linguet, Nicolas-Simon Henri. *Annales politiques, civiles et littéraires du dix-huitième siècle*. Londres, 1777-1790.

-Mémoire à consulter et consultation pour un mari dont la femme s'est remariée en pays protestant, et qui demande s'il peut se remarier de même en France. Paris, 1771. 73 pages.

Morelly. *Code de la nature ou le véritable esprit de ses lois*. s.l., 1760. 211 pages.

Pétion de Villeneuve, Jérôme. *Essai sur le Mariage, considéré sous des rapports naturels, moraux et politiques ou Moyens de faciliter et d'encourager les Mariages en France*. Genève, 1785. 159 pages.

Saxe, Maurice comte de. « Réflexions sur la propagation de l'Espèce humaine » dans *Les rêveries, ou Mémoires sur l'art de la guerre*. La Haye, Pierre Gosse Junior, 1758, pp. 221-228.

Toussaint. *Les Mœurs*. Oxford, Isaac Van der Lieck, 1748. 467 pages.

Voltaire, François Marie Arouet dit. *Dictionnaire philosophique* dans *Oeuvres complètes de Voltaire*. Basle, De l'imprimerie de Jean-Jacques Tourneson, 1786 [1764]. Tomes 37 à 43.

Voltaire, M. de. *Prix de la justice et de l'humanité*. Ferney, 1778. 120 pages.

Voltaire, M. de. *Réflexions d'un citoyen catholique sur les lois de France relatives aux Protestans*. Maestricht, 1778. 52 pages.

2. Sources rééditées

2.1 Dictionnaires, ouvrages juridiques et religieux

Burlamaqui, Jean-Jacques. *Éléments du droit naturel*. Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1981 [1783]. 360 pages.

Corneille, Thomas. *Dictionnaire des arts et des sciences*. Genève, Slatkine Reprints, 1968 [1694]. Vol. 2.

Douai, Merlin de. (Philippe Antoine comte de Merlin dit). prés. « Divorce » dans *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Tome IV, 4^e éd. Paris, Garnery, 1827, pp. 633-721.

Fleury, abbé. *Catéchisme historique, contenant en abrégé l'Histoire sainte et la doctrine chrétienne*. Tours, de l'imprimerie de Mame, 1810 [1683]. 378 pages.

Fleury, abbé. *Mœurs des Israélites et des Chrétiens*. Tours, Chez A.d. Mame et Cie, 1836 [1720]. 376 pages.

2.2 Autres sources

Chamfort, Sébastien-Roch-Nicolas de. *Oeuvres complètes*. Genève, Slatkine Reprints, 1968. 3 tomes.

Choderlos de Laclos, Pierre de. *De l'Éducation des femmes*. Grenoble, Ed. Jérôme Million, 1991 [1783]. 138 pages.

Condorcet, Marie Jean Antoine Nicolas de caritat marquis de. « Recueil de pièces sur l'état des protestans en France » dans *Œuvres de Condorcet*. Tome V. 2^e éd. Stuttgart-Bad Cannstatt, Friedrich Frommann, 1968 [1804], pp. 394-397.

Condorcet, Marie Jean Antoine Nicolas de caritat marquis de. « Réponse au premier plaidoyer de M. D'Epresmenil dans l'affaire du comte de Lally [1779] » dans *Œuvres de Condorcet*. Tome VII. 2^e éd. Stuttgart-Bad Cannstatt, 1968 [1847]. p.42.

Démeunier, Jean-Nicholas. *L'esprit des usages et des coutumes des différents peuples*. Paris, Éditions Jean-Michel Place, 1988 [1776]. 2 volumes.

Diderot, Denis. « Du Divorce » dans *Mémoires pour Catherine II*. Paris, Éditions Garnier Frères, 1966, pp.204-205.

-*Les Bijoux indiscrets*. Paris, Gallimard, 1981 [1748]. 369 pages.

- « Lettre à sa fille, août 1771 » dans *Œuvres complètes*. Tome IV. Paris, Le Club français du livre, 1971, p.1083.

-*Lettres à Sophie Volland*. Paris, Éditions d'aujourd'hui, 1978. 3 volumes.

-« Mémoire à consulter et consultation pour un mari dont la femme s'est remariée en pays protestant, et qui demande s'il peut se remarier de même en France (automne 1771) » dans *Oeuvres complètes*. Tome XX. Paris, Hermann, 1995, pp. 638-643.

-« Réfutation suivie de l'ouvrage d'Helvétius intitulé *De l'homme* » dans *Oeuvres complètes*. Tome XI. Paris, Le Club français du livre, 1971, pp. 465-653.

-*Supplément au voyage de Bougainville*. Genève, Librairie Droz, 1955 [1796]. 65 pages.

Duclos, Charles. *Mémoire sur les mœurs* dans *Oeuvres complètes de Duclos*. Tome second, Genève, Slatkine Reprints, 1968 [1751]. 532 pages.

Helvétius, Claude-Adrien. *Correspondance générale d'Helvétius Vol.1 : 1737-1756*. Toronto, University of Toronto Press, 1981. 361 pages.

-*De l'Esprit*. Paris, Fayard, 1988 [1758]. 576 pages.

-*De l'homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation*. Tours, Fayard, 1989 [1772]. 2 tomes.

Holbach, Paul Henri Thiry, baron d'. *Éthocratie, ou le gouvernement fondé sur la morale*. Hildesheim, Georg Olms Verlag, 1973 [1776]. 293 pages.

-*La morale universelle ou les devoirs de l'homme fondés sur sa nature*. Stuttgart-Bad Cannstatt, Friedrich Frommann, 1970 [1776]. 283 pages.

-*La politique naturelle ou discours sur les vrais principes du gouvernement*. Évreux, Fayard, 1998. 467 pages.

-*Système social ou principes naturels de la morale et de la politique avec un examen de l'influence du gouvernement sur les mœurs*. Hildesheim, Georg Olms Verlag, 1973 [1773]. 2 tomes.

-*Oeuvres philosophiques*. Tome 1. Laval, Éditions Alive, 1998. 611 pages.

-*Théologie portative*. Hildesheim, Georg Olms Verlag, 1977 [1768]. 229 pages.

La Rochefoucauld-Liancourt. François Alexandre duc de. *La vie en Angleterre au XVIII^e siècle ou Mélanges sur l'Angleterre*. Paris, Guy Le Prat éditeur, 1945 [1784]. 261 pages.

Linguet, Nicolas-Simon Henri. *Théorie des loix civiles ou Principes fondamentaux de la société*. Tours, Fayard, 1984 [1767]. 625 pages.

Marivaux, Pierre Carlet de Chamblain de. *Le paysan parvenu*. Paris, Bordas, 1992 [1734-35]. 468 pages.

Mercier, Louis-Sébastien. *Tableau de Paris*. Genève, Slatkine Reprints, 1979 [1782]. 8 Tomes.

Meslier, Jean. « Abus touchant l'indissolubilité des mariages et des maux qui en viennent » dans *Œuvres complètes*. Tome II. Paris, Éd. Anthropos, 1971, pp. 70-73.

Moheau. *Recherches et considérations sur la population de la France*. Paris, Librairie Paul Geuthner, 1912 [1778]. 300 pages.

Montaigne, Michel Eyquem de. *Essais dans Œuvres complètes*. Paris, Gallimard (La Pléiade), 1962 [1588]. 1791 pages.

Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, baron de. *De l'Esprit des lois*. Paris, Les Belles-Lettres, 1958 [1748]. 4 volumes.

-*Lettres persanes*. Paris, Les Belles-Lettres, 1961 [1721]. 201 pages.

Restif de la Bretonne, Nicolas-Edme. « Suite de l'an 1888 » dans *Les nuits de Paris ou le spectateur nocturne. Œuvres complètes*. Tome cinquième. Genève-Paris, Slatkine Reprints, 1987 [1788], pp.2194-2195.

-*Lettre d'un singe aux animaux de son espèce*. Levallois-Perret, Éditions Manya, 1990 [1781]. 158 pages.

Rousseau, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris, Le Serpent à Plumes, 1998 [1762]. 323 pages.

-*Oeuvres complètes*. Paris, Gallimard (La Pléiade), 1964-1969. 5 volumes.

Sade, D.A.F. marquis de. *Philosophie dans le boudoir* dans *Œuvres complètes*. Tome 25. Paris, Cercle du livre précieux, 1968. 201 pages.

3. Dictionnaires et guides bibliographiques

Baechler, Christian. *Nouveau dictionnaire de biographie alsacienne*. Strasbourg, Fédération des Sociétés d'histoire et d'Archéologie d'Alsace. 31 volumes.

Cioranescu, Alexandre. *Bibliographie de la littérature française du XVIII^e siècle*. Paris, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1969. 2 volumes.

Conlon, Pierre M. *Le siècle des Lumières : Bibliographie chronologique*. Genève, Droz, 1983. 30 volumes.

Desgraves, Louis. *Répertoire bibliographique des livres imprimés en France au XVIII^e siècle*. Baden-Baden & Bouxwiller, V. Koerner, 1988.

Dournon, Jean-Yves. *Le dictionnaire des proverbes et dictons de France*. Paris, Hachette, 1986. 302 pages.

Moureau, François dir. *Dictionnaire des lettres françaises. Le XVIII^e siècle*. Paris, Fayard, 1995. 1371 pages.

Oster, Pierre dir. *Dictionnaire des citations françaises*. Paris, Le Robert, 1978. 1626 pages.

4. Ouvrages généraux

Abensour, Léon. *Histoire générale du féminisme*. 2^e éd. Genève, Slatkine Reprints, 1979 [1921]. 326 pages.

Abensour, Léon. *La femme et le féminisme avant la Révolution*. Genève, Slatkine Reprints, 1977 [1923]. 477 pages.

- Bernhard, Jean. *L'époque de la Réforme et du Concile de Trente*. Paris, Cujas, 1989. 447 pages.
- Blumenkranz, Bernhard dir. *Histoire des juifs en France*. Toulouse, Édouard Privat, 1972. 478 pages.
- Bologne, Jean-Claude. *Histoire du mariage en Occident*. Paris, Hachette, 1995. 478 pages.
- Brimo, Albert. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*. Paris, Éditions A. Pedone, 1968. 436 pages.
- Cassirer, Ernst. *La philosophie des Lumières*. Paris, Fayard, 1970 [1932]. 351 pages.
- Chaunu, Pierre. *La civilisation de l'Europe des Lumières*. Paris, Flammarion, 1982. 424 pages.
- Daumas, Maurice. *La tendresse amoureuse. XVI^e-XVIII^e siècles*. Paris, Perrin, 1996. 258 pages.
- Dupâquier, Jacques dir. *Histoire de la population française. 2-De la Renaissance à 1789*. Paris, PUF, 1988. 601 pages.
- Duval, André. *Des sacrements au Concile de Trente*. Paris, Cerf, 1985. 406 pages.
- Eismein, Alfred. *Le mariage en droit canonique*. Paris, Recueil Sirey, 1929 et 1935. 2 Tomes.
- Flandrin, Jean-Louis. *Familles. Parenté, maison, sexualité dans l'ancienne France*. Paris, Hachette, 1976. 287 pages.
- Flandrin, Jean-Louis. *Les amours paysannes (XVI^e-XIX^e siècles)*. Paris, Gallimard-Julliard, 1975. 255 pages.
- Furet, François. *Penser la Révolution française*. Paris, Gallimard, 1978. 298 pages.
- Gaudemet, Jean. *Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit*. Paris, Cerf, 1987. 520 pages.
- Gaudemet, Jean. *Sociétés et mariage*. Strasbourg, Cerdic-Publications, 1980. 493 pages.
- Godechot, Jacques. *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*. 2^e éd. Paris, PUF, 1968 [1951]. 789 pages.
- Godeau, Jérôme et Valentine de Garney. *Les mots du XVIII^e siècle*. Paris, Actes Sud, 1996. 125 pages.

Goulemot, Jean-Marie. *Ces livres qu'on ne lit que d'une main*. Aix-en-Provence, Alinéa, 1991. 171 pages.

Goyard-Fabre, Simone. *La philosophie des Lumières en France*. Paris, Librairie C. Klincksieck, 1972. 322 pages.

-Philosophie politique. XVI^e-XX^e siècles. Paris, PUF, 1987. 543 pages.

Hazard, Paul. *La pensée européenne au XVIII^e siècle*. Paris, Arthème Fayard, 1963. 469 pages.

Hyslop, Beatrice F. *A Guide to the General Cahiers of 1789*. New York, 1967. 484 pages.

Lebrun, François. *La vie conjugale sous l'Ancien régime*. Paris, Armand Colin, 1975. 179 pages.

Lefebvre-Teillard, Anne. *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*. Paris, PUF, 1996. 475 pages.

Méthivier, Hubert. *Le siècle de Louis XV*. Paris, PUF, 1966. 126 pages.

Mortier, Roland. *Le cœur et la raison. Recueil d'études sur le dix-huitième siècle*. Paris, Universitas, 1990. 540 pages.

Ourliac, Paul. *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*. Paris, Albin Michel, 1985. 442 pages.

Ourliac, Paul et J. de Malafosse. *Histoire du droit privé. Tome III : Le droit familial*. Paris, PUF, 1968. 554 pages.

Pelzer, Erich. *Les cahiers de plaintes et doléances de la Haute-Alsace. 1789*. Guebwiller, Publications de la société savante d'Alsace et des régions de l'Est, 1993. 461 pages.

Petot, Pierre. *La famille (Histoire du droit privé)*. Paris, Éditions Loysel, 1992. 528 pages.

Reinhard, Wolfgang. *Geschichte der Staatsgewalt*. München, C.H. Beck, 1999. 631 pages.

Richard, Michel. *La vie quotidienne des protestants français sous l'Ancien Régime*. Paris, Hachette, 1966. 320 pages.

Solé, Jacques. *L'amour en Occident*. Paris, Albin Michel, 1976. 306 pages.

Spengler, Joseph J. *Économie et population. Les doctrines françaises avant 1800*. Paris, PUF, 1954. 389 pages.

Stewart, Philip. *Le masque et la parole. Le langage de l'amour au 18^e siècle*. Paris, Librairie José Conti, 1973. 222 pages.

Sullerot, Évelyne. *Histoire de la presse féminine en France des origines à 1848*. Paris, Armand Colin, 1966. 225 pages.

Tissier, André. *Les spectacles à Paris pendant la Révolution*. Genève, Droz, 1992. 525 pages.

Vovelle, Michel. *La mentalité révolutionnaire*. Paris, Éditions sociales, 1985. 290 pages.

5. Ouvrages spécialisés et thèses

Châtellier, Louis. *Tradition chrétienne et renouveau catholique dans le cadre de l'ancien diocèse de Strasbourg (1665-1770)*. Paris, Éditions Ophrys, 1981. 530 pages.

Copley, Antony. *Sexual Moralities in France, 1780-1980 : New Ideas on the Family, Divorce and Homosexuality*. London and New York, Routledge, 1989. 283 pages.

Cruppi, Marcel. *Le divorce pendant la Révolution. 1792-1804*. Thèse pour le doctorat (Droit), Université de Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1909. 167 pages.

Damas, Pierre. *Les origines du divorce en France. Étude historique sur la loi du 20 septembre 1792*. Thèse pour le doctorat (Droit), Faculté de droit de Bordeaux, 1897. 166 pages.

Darmon, Pierre. *Le tribunal de l'impuissance : virilité et défaillances conjugales dans l'ancienne France*. Paris, Seuil, 1979. 310 pages.

Dessertine, Dominique. *Divorcer à Lyon sous la Révolution et l'Empire*. Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1981. 394 pages.

Dufour, Alfred. *Le mariage dans l'école allemande du Droit naturel moderne au XVIII^e siècle*. Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1971. 465 pages.

Dufour, Alfred. *Le mariage dans l'école romande du Droit naturel moderne au XVIII^e siècle*. Genève, Librairie de l'Université, 1976. 164 pages.

Ehrard, Jean. *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIII^e siècle*. Genève, Slatkine Reprints, 1981 [1963]. 861 pages.

Garaud, Marcel et Romuald Szramkiewicz. *La Révolution française et la famille*. Paris, PUF, 1978. 270 pages.

Glasson, Ernest. *Le mariage civil et le divorce dans l'Antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*. 2^e éd. Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel éd., 1880 [1879]. 535 pages.

Hoffmann, Paul. *La femme dans la pensée des Lumières*. Paris, Éditions Ophrys, 1977. 621 pages.

Khettry, Marie-Claude. *L'évolution de la conception de l'amour conjugal dans la comédie française de Molière à Beaumarchais*. Thèse de doctorat (Philosophie), Université de Toronto, 1977. 583 feuilles.

Le Roy Ladurie, Emmanuel et Orest Ranum. *Pierre Prion, Scribe. Mémoire d'un écrivain de campagne au XVIII^e siècle*. Paris, Gallimard-Julliard (Archives), 1985. 173 pages.

Lottin, Alain dir. *La désunion du couple sous l'Ancien régime. L'exemple du nord*. Villeneuve-d'Ascq, Université de Lille III, 1977. 227 pages.

Mallet, Georges. *Le divorce durant la période du droit intermédiaire. 1789-1804*. Thèse pour le doctorat (Droit), Université de Paris, Émile Larose libraire, 1899. 209 pages.

Martin, Olivier. *La crise du mariage dans la législation intermédiaire. 1789-1804*. Thèse pour le doctorat (Droit), Université de Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1901. 263 pages.

Mauzi, Robert. *L'idée du bonheur dans la littérature et la pensée françaises au XVIII^e siècle*. Paris, Armand Colin, 1969 [1960]. 725 pages.

Mornet, Daniel. *Les origines intellectuelles de la Révolution française (1715 - 1787)*. 4^e éd. Paris, Armand Colin, 1947 [1933]. 552 pages.

Phillips, Roderick. *Family Breakdown in Late Eighteenth-Century France. Divorces in Rouen, 1792-1803*. Oxford, Clarendon Press, 1980. 244 pages.

-*Putting Asunder : A History of Divorce in Western Society*. Cambridge, Cambridge University Press, 1988. 672 pages.

Prévost, Michel. *Le divorce pendant la Révolution*. Paris, Librairie Bloud et Cie., 1908. 63 pages.

Ronsin, Francis. *Le contrat sentimental*. Paris, Aubier, 1990. 299 pages.

Russe, Victor. *Le divorce par consentement mutuel. Étude historique et critique*. Thèse pour le doctorat (Droit), Université de Paris, Émile Larose, 1909. 232 pages.

Sagnac, Philippe. *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*. Thèse de doctorat (Lettres), Université de Paris, Librairie Hachette, 1898. 445 pages.

Sur le divorce en France vu par les écrits du 18^e siècle. Genève-Paris, Éditions Slatkine, 1989. 133 pages.

Telle, Émile V. *Érasme de Rotterdam et le septième sacrement*. Genève, Droz, 1954. 500 pages.

Thibault-Laurent, Gérard. *La première introduction du divorce en France sous la Révolution et l'Empire. 1792-1816*. Thèse pour le doctorat (Droit), Université de Montpellier, 1938. 271 pages.

Traer, James F. *Marriage and the Family in Eighteenth-Century France*. New York, Cornell University Press, 1980. 208 pages.

Vissière, Isabelle prés. *Procès de femmes au temps des Philosophes*. Paris, Des Femmes, 1985. 401 pages.

6. Articles de périodiques, de dictionnaires et d'ouvrages collectifs

Aimer en France 1760-1860. Actes du colloque international de Clermont-Ferrand. Faculté des lettres et sciences humaines de Clermont-Ferrand, 1980. 2 tomes.

Annales ESC, numéro spécial « Famille et société », vol. 27. nos. 4-5 (Juillet-Octobre 1972).

Ariès, Philippe. « L'amour dans le mariage ». *Communications*, vol. 35 (1982), pp. 116-122.

-« Le mariage indissoluble ». *Communications*, vol. 35 (1982), pp. 123-136.

Auteville, Maurice d'. « Le divorce pendant la Révolution ». *Revue de la Révolution française*, 1, 1883, pp. 206-213.

Bien, David. « Catholic Magistrates and Protestant Marriage in the French Enlightenment ». *French Historical Studies*, 2 (1962), pp. 409-429.

Burguière, André. « La formation du couple » dans André Burguière et François Lebrun dir. *Histoire de la famille. Tome 2 : Le choc des modernités*, Paris, Armand Colin, 1986. pp. 111-153.

Godineau, Dominique. « La femme » dans Michel Vovelle dir. *L'homme des Lumières*, Paris, Seuil, 1996. pp. 431-465.

Guibert-Siedziewski, Élisabeth. « Naissance de la femme civile. La Révolution, la femme et le droit ». *La Pensée*, 238, mars-avril (1984), pp. 34-48.

Hufton, Olwen. « Women and the Family Economy in Eighteenth-Century France ». *French Historical Studies*, vol. 9, no. 1 (Spring 1975), pp. 1-22.

Lannes, Xavier. « Le XVIII^e siècle : L'évolution des idées » dans Robert Prigent dir. *Renouveau des idées sur la famille*, Paris, PUF, 1954. pp. 34-49.

Laperche-Fournel, Marie-Josée. « Les divorcés de l'an II à Nancy, Metz et Verdun ». *Annales de l'Est*, numéro 4 (1993), pp. 245-263.

-« Révolution et instabilité matrimoniale. À propos du remariage des divorcés nancéiens ». *Annales de l'Est*, numéros 2-3 (1994), pp. 195-215.

La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ? Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986. Université d'Orléans, P.U.F, 1988. 836 pages.

Lebrun, François. « Le contrôle des familles par les Églises et par les États » dans André Burguière et François Lebrun dir. *Histoire de la famille. Tome 2 : Le choc des modernités*, Paris, Armand Colin, 1986. pp. 94-110.

Les femmes et la Révolution française. Actes du colloque international de l'Université de Toulouse-le-Mirail, 12-13-14 avril 1989, Presses universitaires du Mirail, 1990. 2 tomes.

Mulliez, Jacques. « Droit et morale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux ». *Revue d'Histoire*, a.111, t. 278, no. 563 (Juillet-Septembre 1987), pp. 35-106.

Phillips, Roderick. « Women and Family Breakdown in Eighteenth-century France: Rouen 1780-1800 ». *Social History*, no.2 (May 1976), pp. 197- 218.

Sourdois, Jean. « Le mariage et le divorce sous la législation intermédiaire (1789-1804) ». *Revue générale de droit, de la législation et de la jurisprudence*, 34, 1910, pp.65-71.

Vovelle, Michel. « Le tournant des mentalités en France. 1750-1789 : la sensibilité pré-révolutionnaire ». *Social History*, no. 5 May (1977), pp. 605-629.