

La jurisprudence des dispenses civiles au mariage depuis 1960 : un apport sur le sens de l'institution matrimoniale

Droit et Société 35-1997
(p. 167-187)

Michèle Biégelmann-Massari *

Résumé

Le Code civil français interdit, sauf dispense, le mariage entre l'oncle et sa nièce, la tante et son neveu, et entre alliés en ligne directe. Il contient en outre une disposition qui permet, là aussi après autorisation, d'épouser un ou une fiancé(e) déjà décédé(e). Dans les deux cas, le Code ne précise pas quels sont les motifs permettant de déroger à la règle commune, mais stipule que les autorisations doivent être fondées sur une cause grave et obtenues auprès du président de la République. L'article présenté propose une analyse des critères retenus depuis 1960 par la direction des Affaires civiles et du Sceau chargée de proposer une décision au chef de l'État. Alors que la nuptialité connaît de profonds bouleversements, la jurisprudence de ces dispenses rappelle que les fondements de l'institution matrimoniale considérés comme légitimes ne sont pas immuables.

Code civil - Cohabitation - Dispense civile - Mariage - Mariage posthume.

Summary

Jurisprudence of Civil Marriage Dispensations in France since 1960 : An Additional View on the Meaning of Marriage

The French Civil Code prohibits marriages, without a prior authorization, between certain blood relations and also between persons directly related by marriage. It also contains a provision allowing a person, again with authorization, to marry his or her deceased « fiancé(e) ». In neither case does the Code specify what grounds would make it possible to depart from common practice, but stipulates that dispensations must be based on serious reasons and must be obtained from the Head of State. This study proposes an analysis of recommendations made since 1960 by the officials who process these requests and submit a decision to the president of the French Republic. As the trend in the number of marriages declines, the study of these files is a reminder that what is considered to be the legitimate basis of the institution of marriage is not necessarily immutable.

Civil dispensation - Cohabitation - French Code civil - Marriage - Posthumous marriage.

L'auteur

Maître de conférences à l'Institut de démographie de l'Université de Paris I, elle étudie depuis plusieurs années le mariage et la cohabitation, privilégiant une approche socio-démographique. Cet article clôt, présentement, une étude sur les dispenses civiles au mariage présentées au président de la République de 1960 à 1991. Trois articles ont été publiés sur ce thème : l'un dans *Droit et Société*, n° 26, 1994 ; deux dans *Population*, n°s 1 et 2, 1996.

* Institut de démographie,
Université de Paris I,
22 rue Vauquelin,
F-75005 Paris.

Le Code civil français apporte des restrictions à la liberté du mariage. Trois articles précisent avec quels conjoints il n'y a pas de mariage possible du fait de relations de parenté existant entre les parties en présence :

« Article 161. En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne.

« Article 162. En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels.

« Article 163. Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, que la parenté soit légitime ou naturelle. »

Si certains des interdits énoncés sont absolus, d'autres ne sont que relatifs et peuvent être levés après autorisation obtenue auprès du président de la République. Il n'existe aucune dispense possible pour les unions entre parents/enfants ou grands-parents/petits-enfants, et pour les unions entre frère et sœur (que la parenté soit entière, partielle ou même juridique), mais les autres empêchements peuvent être levés. Ainsi le mariage est-il possible entre l'oncle et sa nièce, la tante et son neveu après accord du chef de l'État. Il l'est également pour les alliés en ligne directe (beaux-parents/beaux-enfants, et beau-père/bru ou belle-mère/gendre) avec une condition supplémentaire : la personne qui créait l'alliance doit être décédée. Le mode de rupture de la première union n'est pas en cause. La dispense est recevable après divorce dès lors que celui-ci a été suivi du décès du premier époux.

L'étude proposée porte sur les années 1960-1991, années au cours desquelles une modification de la réglementation a été introduite ; en 1975, disparaît l'interdit qui existait entre beau-frère et belle-sœur lorsque le mariage créant l'alliance avait été rompu par un divorce, en même temps qu'est modifiée la loi sur le divorce.

L'article 164 rappelle que la levée des interdits est du ressort du président de la République, et précise que ces dispenses ne peuvent être accordées sans « causes graves ». La nature de tels motifs n'est pas précisée.

Si des restrictions face au mariage entre certains parents se rencontrent à des degrés variables dans toutes les sociétés, le Code français contient, depuis décembre 1959, une disposition insolite, qui permet d'épouser un homme (ou une femme) déjà décédé(e) :

« Article 171. Le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement.

« Dans ce cas, les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux.

« Toutefois, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession *ab intestat* au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux. »

Là encore, aucune précision n'est donnée sur ce qu'il faut entendre par « motifs graves ».

Il est dès lors très tentant de chercher à travers ces dispenses quels sont les motifs qui sont considérés comme suffisamment graves pour entraîner une dérogation à la règle commune, c'est-à-dire à la norme, et plus encore d'essayer de saisir à travers cette source une éventuelle modification du fondement considéré comme légitime de l'institution matrimoniale. Alors que la nuptialité a connu de profonds bouleversements depuis 1960, il est permis d'en chercher ici un écho.

Qu'une dispense ait pour origine le décès du futur ou la parenté entre les conjoints, la procédure est identique¹. La demande est adressée par le (ou les) requérant(s) au président de la République, le plus souvent sous forme de lettre manuscrite. Le tribunal de grande instance diligente une enquête mettant en évidence les motivations des requérants, puis le dossier est transmis avec avis à la cour d'appel de rattachement du tribunal de grande instance. Le procureur général, à son tour, le transmet à la direction des Affaires civiles et du Sceau du ministère de la Justice. Cette dernière arrête sa conclusion et soumet au président de la République une proposition d'accord ou de rejet. Le rôle de cette instance est essentiel, d'abord parce qu'il est très rare — même si les exceptions existent — que le président de la République ne suive pas ses conclusions, ensuite parce que — même si les pressions de personnalités diverses, tendant à obtenir ce que la jurisprudence habituelle refuse, ne sont pas absentes — elle est garante de l'homogénéité des critères de décision. Les facteurs subjectifs sont omniprésents dans ce type de procédure où un procureur peut être plus réceptif qu'un autre aux évolutions qui traversent l'institution matrimoniale. La direction des Affaires civiles et du Sceau permet que, globalement, les situations soient traitées de façon cohérente sur tout le territoire. Les conclusions présentées ici reposent avant tout sur son argumentation.

L'ensemble des demandes considérées comme recevables, c'est-à-dire conformes aux exigences du Code, constitue la base des données, soit plus de 3 000 dossiers : 615 d'entre eux sont basés sur la consanguinité, 1 408 sur l'alliance (dont 1 150 sur l'alliance collatérale), 1 304 sont des dossiers *post mortem*.

Depuis 1960, la direction des Affaires civiles et du Sceau n'a pas toujours arbitré les requêtes avec la même sévérité. Il serait erroné de croire à une tolérance, vis-à-vis de ces mariages, plus grande aujourd'hui qu'hier. C'est ce que suggèrent les graphiques proposés : si, en trente ans, globalement 59,1 % des demandes recevables ont été accordées, la proportion varie au fil du temps et

1. L'étude de ces dispenses a fait l'objet de trois publications : Michèle BIÉGELMANN-MASSARI, « Quand le Code civil interdit le mariage et marie les défunts », *Droit et Société*, n° 26, 1994 ; ID. « Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992 - I - Le choix d'un parent pour conjoint », *Population*, n° 1, 1996, et « Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992 - II - Le mariage posthume : mariage de raison ou mariage d'amour ? », *Population*, n° 2, 1996. L'étude repose sur l'étude exhaustive des requêtes dont la communication a été obtenue auprès du directeur des Affaires civiles et du Sceau et du service des Archives nationales sous les réserves habituelles, en particulier d'anonymat de l'exploitation.

selon le type de dispense. La mansuétude est plus importante en début de période, de 1960 à 1966 inclus, qu'en fin de période. 78,0 % des demandes reçoivent un accueil favorable avant 1967, 45,4 % seulement depuis 1980. Les demandes fondées sur la parenté sont admises un peu plus de 7 fois sur 10 (71,7 % pour les parents consanguins, 72,7 % pour les alliés en ligne collatérale et 70,6 % pour les alliés en ligne directe), les requêtes de mariages *post mortem* n'aboutissent que 38 fois sur 100. La modification intervenue dans la structure des demandes — avec, en particulier, en 1975, la suppression de l'interdit entre collatéraux — ne peut expliquer ces variations puisque les évolutions sont très proches quel que soit le type de dispense.

I. Le début des années soixante : une jurisprudence très libérale

Les années 1960-1966 traduisent un grand libéralisme. Les demandes fondées sur la consanguinité sont couronnées de succès 91 fois sur 100, sur l'alliance en ligne collatérale 88 fois sur 100, sur l'alliance en ligne directe 84 fois sur 100. La rigueur est plus marquée pour les mariages posthumes, dont 53 demandes sur 100, seulement, sont menées à bien.

Les causes graves « classiques »

La direction du Affaires civiles s'interroge alors assez peu sur la raison profonde des interdits. La demande est octroyée dès qu'il y a cause grave et celle-ci conçue de façon tellement extensive que rares sont les rejets. La cause grave, par excellence, est la présence d'un enfant né ou à naître. La société est alors peu permissive en matière de mœurs ; les enfants que l'on appelle illégitimes sont fortement stigmatisés, leur statut juridique très défavorable. C'est leur présence qui justifie la transgression de la règle. La comparaison entre la proportion de demandes où le couple a au moins un enfant et la proportion de demandes accordées (respectivement 57 et 91 % pour les consanguins², 33 et 84 % pour les alliés en ligne directe, 48 et 88 % pour les collatéraux) illustre cependant que d'autres facteurs sont à même d'emporter une décision favorable. En effet, ne retenir que la présence d'un enfant comme cause grave conduit à avantager les couples les moins vertueux au détriment de ceux qui, plus soucieux de la morale admise, n'envisagent de relations sexuelles que dans le cadre du mariage. Un refus, alors qu'il n'y a pas d'enfant, pénaliserait ces couples en raison de leurs scrupules. Quant aux autres, ils « tomberaient en concubinage ». Or, la crainte de celui-ci et le scandale qui l'accompagne sont tels qu'ils gomment la nécessité d'une cause grave : « On ne s'incline devant une situation de fait déplorable que parce que la morale est

2. Rappelons que seules les unions entre oncles/nieces et tantes/neveux sont prohibées sans accord préalable.

moins offensée par le mariage que par la continuation d'un concubinage scandaleux qu'il n'y a plus d'espoir de voir prendre fin. » De même l'absence de motif grave, autre que l'attirance réciproque, malgré la « sympathie » qu'elle suscite, devrait, « les textes demeurant », entraîner un rejet, mais le souci de ne pas encourager les « faux-ménages » relègue au second plan les exigences du Code civil.

Dans ce contexte, les éléments propres à étayer le désir de prévenir le concubinage, ou d'y mettre fin, sont nombreux : l'intérêt d'un enfant né du premier lit qui retrouverait dans un foyer légitime une plus grande stabilité, l'exploitation d'une entreprise commerciale ou agricole facilitée, ou un morcellement évité, des moyens d'existence procurés à l'un des époux, l'autorisation accordée par les autorités ecclésiastiques, l'état de santé d'un parent âgé dont un couple marié serait mieux à même d'assurer la prise en charge...

Le laconisme dans l'appréciation de nombre de requêtes révèle à lui seul l'interprétation libérale en vigueur : « Pas de cause grave, accord. » Quand bien même n'y aurait-il pas de cause grave, quand bien même seules seraient invoquées les relations affectives, si l'accord ne présente pas d'inconvénient, il est proposé au président de la République. Cette attention indulgente doit malgré tout être confortée par d'autres éléments du dossier comme « le sérieux du projet » prouvé par son ancienneté, la conformité de la configuration de l'union en matière d'âge, ou les bons renseignements recueillis sur les futurs...

Des nuances en fonction du lien de parenté

La spécificité des unions entre alliés dérive des risques de la promiscuité. L'interdit a pour finalité « d'éviter que des intrigues coupables ne se nouent durant le cours du mariage ayant produit l'alliance ». Cette interprétation aurait pu conduire à faire dépendre l'octroi de la dispense de la culpabilité des requérants dans la rupture de la première union, or il faut attendre 1964 pour que la responsabilité éventuelle des futurs intervienne dans la décision. Mais, dès cette année-là, le changement est tel que certains couples « coupables », parce que leurs relations adultères ont été à l'origine de la rupture du mariage initial, voient opposer un refus à leur projet malgré la présence d'enfants communs dans leur foyer. Néanmoins la sanction est encore loin d'être systématique : le rejet n'est signifié qu'à 9 % des beaux-frères et belles-sœurs fautifs avec des enfants communs.

La proportion plus faible d'accords en matière d'alliance en ligne directe n'est pas seulement le fait d'enfants plus rarement présents ; elle est aussi la conséquence d'une perception plus négative de ces unions. Cette réprobation est provoquée par la désor-

ganisation des liens familiaux induits par ces projets matrimoniaux. Les futurs ont souvent entretenu des relations de père et fille (ou mère et fils), et certains dossiers où la future a été reconvenue par le requérant lors de son mariage avec la mère revêtent un aspect « quasi incestueux ». L'hostilité naît aussi des nouveaux liens tissés qui créent des configurations familiales pour le moins inhabituelles : « Le beau-père sera ainsi le beau-frère de son fils et le nouveau-né sera le neveu de son frère. » L'opposition est encore suscitée par des écarts d'âges souvent importants entre ces requérants, le désaveu étant fonction du sens de l'écart et la tolérance bien moindre lorsque la femme est la plus âgée. Alors qu'un écart supérieur à 30 ans au bénéfice de l'homme ne provoque qu'un « malgré la grande différence d'âges », la situation d'une femme souhaitant épouser son beau-fils de 12 ans plus jeune suscite « un malaise d'un point de vue moral ». Dans ces dossiers, lorsque la femme est la plus âgée il y a près de 50 % d'échec, lorsque c'est l'homme 10 % seulement.

Les demandes des consanguins sont accordées plus généreusement parce que les aspects négatifs précédents leur sont le plus souvent étrangers et surtout parce qu'aucune considération physiologique n'est encore signalée. Il faut attendre la fin de la décennie pour que les risques biologiques éventuels deviennent la clef de voûte du traitement. Leur aspect secondaire est confirmé par l'argumentation développée dans un cas où la parenté n'est que de complaisance et, donc, où tout risque est absent. La requête sera refusée dans un premier temps : « Les raisons physiologiques qui s'opposent à de telles unions n'existent pas en l'espèce [...]. Il reste cependant deux arguments en sens contraire : [...] toute société organisée et policée [se doit] d'éviter les effets fâcheux de la promiscuité qui sans cela régnerait dans les familles [... et] il est contraire à la règle *pater is* que l'administration, comme d'ailleurs les tribunaux, contrôle la réalité matérielle d'un lien de parenté qui résulte d'un mariage. »

Des mariages posthumes autorisés avec parcimonie

Quant au mariage posthume, il fait l'objet d'un libéralisme bien plus timide avec seulement 53 % de requêtes agréées. Il est vrai que, pour ces dispenses, la cause grave nécessaire est insuffisante : le Code civil exige des formalités officielles, preuve d'une volonté matrimoniale incontestable du décédé. En outre, le contexte même de la demande rend caduques des causes graves recevables ailleurs.

En 1960, la procédure est nouvelle et le bureau des Affaires civiles aspire à une pratique stricte. Cette procédure, qui n'existe pas ailleurs, a été promulguée dans un contexte émotionnel très

fort³, et sa transposition dans un cadre moins dramatique exige la prudence. La demande ne peut être appuyée que sur « la » cause grave classique : l'existence d'un enfant né ou à naître. Si d'autres éventualités sont envisagées, elles sont écartées. Ainsi en est-il de l'affection. Le lien entre mariage et sentiment a un tel caractère d'évidence que s'en tenir à la douleur du survivant rendrait incompréhensible que le législateur ait exigé une cause grave. De même, la cohabitation, fut-elle ancienne, ne saurait davantage en tenir lieu. Acceptée dans les requêtes pour parenté, elle est impensable ici : « Il s'agit de faire cesser un scandale, or la mort y a mis fin. »

Toutefois des requêtes émanant de femmes dont les compagnons ont été tués pendant les conflits mondiaux font évoluer la jurisprudence. Ces femmes ont eu antérieurement la possibilité de faire légitimer leur enfant par voie judiciaire. D'où un nouveau paradoxe : rejeter au motif que l'enfant est déjà légitimé et par là même favoriser celles qui, moins attentives à l'intérêt de leur enfant, n'ont pas usé de cette faculté et qui postulent un mariage posthume pour des avantages matériels, puisque la procédure leur ouvrira des droits à une pension de veuve de guerre qu'une légitimation ne procurait pas. Nombre de ces dossiers sont donc admis alors qu'aucun enfant n'est plus à légitimer. Pareillement, des « pressions extérieures » imposant un accord contraire aux principes (cas d'un gardien de la paix mort en service commandé lors d'un attentat terroriste) conduisent à un assouplissement des critères d'appréciation.

Le traitement bienveillant de l'ensemble des requêtes pour parenté se diffuse à celles pour mariage posthume : ainsi, par exemple, lorsque le bureau des Affaires civiles voit un intérêt moral bien que la requête mentionne l'attente des papiers « surtout pour (le) titre de pension », ou lorsqu'il n'y a pas de cause grave *stricto sensu* et que la requérante, dont le fiancé avec lequel elle souhaite un mariage posthume est décédé en 1945, en a épousé un autre en 1951 lui aussi décédé. La ligne conductrice de la prise de décision n'est d'ailleurs pas toujours clairement perceptible : des enfants communs au couple, parce que non légitimables, ne sont pas toujours à même de constituer une cause grave, mais un mariage religieux célébré, en toute illégalité, la veille du décès, associé à la possibilité de la future veuve de toucher une pension, en est une. Tout comme surprend l'aval donné bien que le suicide du futur rende contestable sa volonté matrimoniale. Indulgence d'un côté, mais fermeté accrue de l'autre : en 1965, pour la première fois, une requête est rejetée du fait de la nationalité d'un des futurs dont la loi personnelle ne reconnaît pas le mariage *post mortem*.

3. Le 2 décembre 1959, le barrage de Malpasset cède et les flots déferlant sur Fréjus, la ville voisine, provoquent la mort de plus de 300 personnes. Cette catastrophe déclenche une très profonde émotion populaire – sans doute du fait, pour une des toutes premières fois en France, de l'irruption de l'image télévisée dans la vie quotidienne. Le 29 décembre, une loi d'indemnisation des victimes est votée ; son dernier article institue le mariage posthume.

II. Le tournant de la fin des années soixante : les années de rigueur

Une rigueur nouvelle frappe les requérants à la fin de la décennie. Celle-ci s'annonçait dès l'année 1964 pour les alliés collatéraux. Elle s'étend à tous en 1967 et inaugure une modification qui perdurera, certes atténuée, jusqu'à ces dernières années. La période 1967-1969 compose une parenthèse : 74 % des dispenses fondées sur la consanguinité, 26 % sur l'alliance en ligne directe, 39 % sur l'alliance collatérale, et 27 % des mariages *post mortem* seulement sont menés à bien. La diminution n'a pas pour origine première une structure des demandes transformée, en particulier, en regard de la cause grave classique. Quel que soit le type de dispense, les requérants, en 1967-1969, sont moins souvent sans enfant commun que durant les années précédentes. Il faut rechercher ailleurs l'explication des rejets plus nombreux.

Des causes graves plus strictes

Des motifs aptes antérieurement à emporter un assentiment perdent leur caractère de gravité. Les avantages matériels, admis pour les dispenses de parenté, sont condamnés. Qui plus est, fait totalement nouveau, l'attitude du Bureau devient suspicieuse : « Il semble bien que cette régularisation tardive est principalement motivée par des questions d'intérêt. » Parallèlement, le concubinage se diffuse peu à peu dans la société, il n'est donc plus source de scandale. Enfin, les normes dessinant le mariage conforme se font plus précises en matière d'âge : un refus est notifié, malgré l'intérêt de reconstituer un foyer légitime aux trois enfants mineurs nés de l'union précédente, au motif qu'« on ne sait trop que penser d'un projet de mariage entre un futur de 79 ans et une future de 46 ans ».

En fait, la caractéristique principale de la période réside dans une toute nouvelle défense de l'institution matrimoniale. En 1968, le bureau des Affaires civiles refuse d'entériner le projet d'union — « une caricature de mariage » — entre un « vieil oncle » (61 ans) et sa nièce (39 ans) qui cohabitent, mais affirment que jamais ils n'entreprendront de relations sexuelles. À cela s'ajoute le fait que la future, déjà divorcée deux fois à ses torts exclusifs, a une « conception peu élevée du mariage » et mérite « bien peu une faveur pour s'engager dans les liens d'une troisième union ». Pour la première fois, en 1967, ce souci s'accroît jusqu'au rejet de la demande de consanguins « fautifs » ayant des enfants communs.

Alors que la France est touchée par des bouleversements profonds en matière de mode de vie, que sont abordées des modifications importantes dans le droit de la famille, les positions du bureau des Affaires civiles deviennent plus sévères. Traduisent-

elles des crispations face à des évolutions trop rapides ou trop novatrices ? Cela est probable. Comme l'est également l'empreinte du président de la République alors en place, le général de Gaulle. Les pressions de personnalités diverses tendant à faire aboutir une requête ont déjà été rapportées et persistent pendant ces trente années, pourtant seul le général de Gaulle a parfois été plus rigoureux que la Chancellerie, opposant un rejet là où un accord était proposé. En 1966, le chef de l'État refuse d'entériner le projet de deux alliés en ligne directe : une femme et le fils de son mari décédé, qui ont un enfant commun légitimable et dont, d'après l'enquête, les relations sont postérieures au décès. En 1967, il condamne également le projet entre un oncle et sa nièce, alors que la parenté était fictive. Pour éviter de tels désaveux, le bureau des Affaires civiles devient plus vigilant et plus attentif à la définition de la cause grave. « En cas de rejet dans cette affaire, nous risquons d'inciter les futurs à avoir des relations intimes [...] néanmoins, compte tenu de l'intérêt manifesté dans ces affaires par la présidence, un projet de décret [c'est-à-dire un accord] en dehors de cause grave sera difficile à soutenir. » De 1966 à 1968, l'Élysée déboute une requête entre consanguins jugée favorablement par le bureau des Affaires civiles, trois entre alliés en ligne directe, et douze entre collatéraux. Si ces cas sont numériquement peu importants, ils n'ont pas pu être sans répercussions sur les conclusions du bureau des Affaires civiles.

De la cause grave effective au comportement conforme à la morale

Les alliés en ligne directe sont les plus touchés par les changements de jurisprudence. Le désaveu de l'Élysée en 1966 pousse le bureau des Affaires civiles à expliciter sa pratique : « La prohibition du mariage entre beau-père et belle-fille a été édictée dans le but de sauvegarder la paix des familles, de sanctionner l'inconduite éventuelle des futurs avant le décès de la personne qui a créé l'alliance et d'éviter ainsi le caractère scandaleux que ne manquerait pas de présenter de telles unions [...]. Une cause grave où on l'entend habituellement [...], c'est-à-dire la grossesse ou l'existence d'enfants à légitimer, ne suffit pas à elle seule à justifier l'admission de la requête lorsque les futurs ont entretenu des relations adultères du vivant de la personne qui créait l'alliance. À l'inverse, d'autres éléments peuvent être pris en considération lorsque l'union projetée paraît à l'abri de toute suspicion : ont été retenus, par exemple, l'intérêt de reconstituer un foyer pour les enfants mineurs nés de la précédente union ou bien la faible différence d'âges séparant les futurs lorsque ceux-ci ont reçu l'assentiment de leurs proches. » Il n'empêche que des arguments admis plus tôt, par exemple de nature économique, sont maintenant laissés sous

silence ; soupçonnés chez certains futurs non coupables, ils étaient un refus malgré la présence d'enfants mineurs nés de l'union précédente...

Les risques de la promiscuité avaient déjà été mentionnés comme justifiant les interdits, mais la conduite répréhensible des futurs n'était pas pour autant réprimée au travers d'un rejet. Un glissement s'opère de l'évaluation de la cause grave requise à un souci de prévention des comportements non conformes. La culpabilité, sur laquelle le Code est silencieux, devient la grille d'interprétation des demandes. L'enquête est chargée de mettre en évidence les éventuelles relations adultères des futurs. 30 % des dossiers rejetés sont le fait de couples avec des enfants communs.

L'approche des demandes entre beaux-frères et belles-sœurs est similaire : la décision dépend de l'origine de la rupture de la première union. Deux conditions sont requises pour qu'il y ait accord : l'absence de culpabilité et l'existence d'une cause grave. La première engendre une attention appuyée au jugement de divorce. Le bureau des Affaires civiles ne se contente pas d'en reprendre les conclusions, mais s'attache à une réinterprétation complète des faits : « Je ne pense pas qu'on doive s'en tenir à l'aspect formel et souvent faux des choses que représente la décision de justice. » Lorsque les torts ont été partagés avec l'ex-conjoint, lorsque le jugement de divorce a été favorable au requérant, mais que les futurs ne sont pas à l'abri de tout reproche, la règle, avec quelques exceptions, veut que la réponse soit négative quand bien même un ou plusieurs enfants pourraient être légitimés par le mariage de leurs parents.

Cette mutation de la jurisprudence est attestée par un dossier où deux collatéraux ont obtenu en 1964 la dispense qu'ils sollicitaient. Ayant différé leur mariage et sans doute égaré le décret d'autorisation, ils renouvellent leur requête en 1968 sans qu'il apparaisse explicitement qu'il s'agit d'une demande de copie du décret. La date de naissance de leur enfant témoigne des relations coupables entretenues avant leurs divorces, 27 années les séparent, le requérant fait l'objet de mauvais renseignements, déjà connus lors de la première demande. Le verdict tombe : la dispense doit être rejetée. Il faut que la méprise soit découverte pour que l'on revienne à la décision initiale...

Quant à l'évolution du traitement des unions consanguines, elle est, outre les éléments communs à l'ensemble des dispenses, la conséquence de la prise en compte de leurs risques spécifiques : les facteurs génétiques. Ce critère trouve sa synthèse dans une note rédigée en 1975, c'est-à-dire postérieurement à la période examinée ici ; il est néanmoins utile de la rapporter dès à présent car elle énonce la grille d'analyse mise en place en 1967. Elle stipule que ces dispenses doivent être abordées en fonction des risques encourus. Si la consanguinité est purement fictive ou si toute

naissance est impossible du fait de l'âge atteint par la femme, un avis favorable est proposé. Si le lien de sang est établi, il y a rejet de principe, même si un enfant est déjà né ou à naître. Enfin, si le lien est atténué, du fait d'une demi-parenté, la consigne est d'accorder la dispense lorsqu'un enfant est né ou à naître. Une cause grave ne peut être à l'origine d'un avis favorable que lorsque les risques biologiques sont réduits. Des distinctions ignorées du Code structurent les décisions prises. Plus libérale pour les unions « sans risques », la Chancellerie dépasse les injonctions de ce dernier pour les unions les plus « dangereuses ». Ce n'est pas la lettre du Code civil.

L'approche plus restrictive, mais sensible dès 1966, est tout aussi flagrante pour les mariages *post mortem*. Entre 1960 et 1965, les requêtes aboutissaient 56 fois sur 100 ; de 1966 à 1969, les réponses positives chutent de moitié. Sans que, là non plus, la base des requêtes ne soit en cause. Pendant la première période, 21 % des requérantes n'ont pas eu d'enfant avec le défunt, et 39 % n'ont entamé aucune formalité officielle. Au cours de la seconde, elles sont à la fois légèrement moins nombreuses sans enfant (20 %), et moins nombreuses à n'avoir effectué aucune formalité (35 %).

Ici aussi, des considérations étrangères au Code interviennent : 15 dossiers sont rejetés malgré la présence d'enfants communs et des bans publiés. Le refus repose soit sur l'impossibilité d'une légitimation — certains de ces enfants n'ayant pas été reconnus par leur père défunt (une reconnaissance par autorité de justice était éventuellement envisageable) — soit, au contraire, sur la légitimation déjà obtenue par ceux dont le père avait été tué durant l'un des conflits du XX^e siècle. L'intérêt, pour un enfant, que sa mère ait été mariée avec son père et qu'elle soit veuve plutôt que fille-mère n'est plus un motif grave. À la différence des premières années, le décès par suicide du futur, sa nationalité étrangère, un décès avant le vote de la loi (ce n'est qu'en 1966 qu'est posé le problème de la rétroactivité de la loi), des motivations trop matérielles sont autant de raisons de désaveu. Le regard devient plus moralisateur. Un divorce suffit à créer un climat préjudiciable.

Non seulement le concubinage ne peut davantage que pendant les années précédentes faire office de cause grave, mais, signe d'une volonté matrimoniale fragile, il devient un élément nuisible au dossier. En 1968, malgré des formalités officielles accomplies et trois enfants légitimables, une requête est repoussée à cause d'une longue cohabitation (17 ans) au cours de laquelle aucun effort de régularisation n'a été tenté. La circonspection est également présente : « Il y a tout lieu de penser que les démarches *in extremis* accomplies par la future, alors que le futur était mourant, n'ont pas reçu l'assentiment de ce dernier ou que celui-ci, étant donné son état de santé, n'était plus en état de donner un consentement valable. »

La logique en vigueur paraît souvent difficile à comprendre. En 1967, un homme demande à épouser sa compagne défunte, il est débouté. Les formalités sont considérées comme accomplies et un enfant adultérin *a matre* désavoué par son père légal pourrait être légitimé. Cet enfant est à la charge de son père réel et n'a avec lui aucune filiation établie. Sans que les motifs du rejet soient clairement définis, deux éléments semblent avoir été retenus. D'abord, attitude scandaleuse, le requérant et l'ex-couple ont formé à l'origine un ménage à trois. Ensuite, le bureau des Affaires civiles s'inquiète des conséquences d'une décision positive sur les enfants du précédent mariage : « Cette légitimation [serait] de nature à porter atteinte aux droits successoraux des enfants légitimes. » La loi sur les enfants naturels est encore loin...

En fait, dans toutes ces affaires, l'incompréhension ressentie dérive d'une hiérarchisation des valeurs, à la fin des années soixante, éloignée de la nôtre : la défense de l'institution matrimoniale prime sur l'intérêt de l'enfant.

III. Depuis 1970 : des unions consanguines réprochées, des unions posthumes mieux acceptées

L'intransigeance s'atténue à partir de 1970, pourtant les niveaux d'accord, en moyenne, restent inférieurs à ceux du début des années soixante. Aucune évolution particulière⁴ ne se dessine ultérieurement, sauf pour les demandes des alliés en ligne directe moins souvent admises à partir de 1986. L'autre modification réside dans les réponses positives désormais plus rares pour les consanguins (64 %) que pour les alliés (collatéraux 73 %⁵, alliés en ligne directe 76 %), et les mariages *post mortem* demeurent toujours les requêtes les plus rarement acceptées (36 % d'accord seulement). La situation objective en regard de la présence d'enfant commun au couple n'est toujours pas en cause.

4. Il faut être attentif aux éventuelles variations aléatoires, conséquences du nombre parfois réduit des différents types de dispenses. Ainsi, la proportion d'accord qui est égal à zéro pour les consanguins, en 1984, n'a pas grande signification quand on sait que seulement 4 couples ont fait une telle demande cette année-là.

5. Du fait de la suppression de l'interdit, il faut garder présent à l'esprit que cette proportion ne recouvre que les années 1970-1975.

Une nouvelle appréciation de critères anciens

L'atténuation de la rigueur trouve, partiellement, son origine dans le changement de président à la tête de l'État. Jamais les successeurs du général de Gaulle refuseront d'entériner un avis favorable de la direction des Affaires civiles. En outre, les pressions de personnalités diverses forçant les arbitrages de la Chancellerie continuent d'élargir des brèches dans la jurisprudence. En 1969, des alliés en ligne directe reçoivent l'autorisation requise. Cela, bien que « l'âge des requérants, l'absence de motifs graves, la date récente du décès de la personne qui créait l'alliance » aient milité pour un refus. La décision positive a manifestement été « conseil-

lée ». Ces « cas signalés » se multiplient et balaient les bases de l'appréciation usuelle en négligeant « la faute » des requérants. Face à ces choix qui ne sont pas les siens, le bureau des Affaires civiles marque sa désapprobation de la contestation de son rôle et s'interroge sur l'extension à tous de l'avantage octroyé à certains. Ce qui a été admis pour quelques-uns doit être étendu à d'autres. Les mentions lapidaires, « vu le principe d'égalité des personnes devant le service public, j'estime qu'il y a lieu à faire droit à la présente demande » ou « accord pour respecter le principe d'égalité des requérants devant les décisions de l'administration », se répètent.

Mais la mutation capitale des années soixante-dix est ailleurs. Écho des mouvements de fond qui touchent la société, elle réside beaucoup plus dans l'inversion qui se produit entre intérêt de l'enfant et défense de l'institution matrimoniale. La seconde s'efface au bénéfice du premier. Le recul de la défense de l'institution est rapide. En 1972, le bureau des Affaires civiles ne se préoccupe plus guère de la culpabilité des futurs. La « relecture » du jugement de divorce, systématique à la fin des années soixante pour mettre en évidence la responsabilité des collatéraux dans le divorce, disparaît⁶ : « Il ne résulte pas du jugement de divorce que celui-ci ait été causé par les relations adultères des futurs [...]. Je ne pense pas que nous puissions nous satisfaire des ragots concernant la paternité réelle des deux derniers enfants de la requérante. Quant à la moralité du futur, elle est peut-être douteuse, mais la vertu n'est pas une condition du mariage. »

La comparaison de dossiers très proches, rencontrés à la fois dans les années soixante et soixante-dix, rend lisible le déclin de la défense de l'institution. En 1977, une femme souhaite épouser son beau-fils. À 26 ans, enceinte des œuvres de celui-ci alors marié, elle avait épousé le père, âgé de 82 ans, afin que l'enfant à venir porte le patronyme de son père biologique. Ce mariage, affirme-t-elle, n'a pas été consommé. L'ex-époux décédé et le fils maintenant libre de tout lien matrimonial, les requérants souhaitent normaliser leur union. La demande est acceptée dans « l'intérêt des futurs et dans celui de l'enfant à être légitimé » (ce dernier point est impossible, l'enfant n'ayant pas été désavoué par son père légal). Or, des cas identiques s'étaient déjà présentés et jusqu'alors le détournement de l'institution matrimoniale à des fins considérées injustifiables suscitait une réponse négative.

L'autre changement décisif est le retour de la cohabitation comme cause grave potentielle. Au début de la décennie quatre-vingt, le concubinage reprend, avec un sens bien différent, une place qu'il avait perdu. Il n'est plus source d'un scandale qu'il importe de faire cesser, mais devient la garantie de la réalité de l'engagement et de la solidité des intentions des demandeurs. La préoccupation de la stabilité de l'union projetée, sans être nou-

6. Ces changements trouvent d'ailleurs leur confirmation dans les modifications législatives intervenues en 1972 et 1975. On ne peut que constater l'anticipation de la jurisprudence des dispenses civiles sur la législation du divorce : dans les deux cas, on retrouve le même refus de voir le droit intervenir dans ce qui, progressivement, ne semble plus devoir relever que de la sphère privée : l'origine de l'échec d'un couple.

velle, devient un élément d'appréciation traduisant le souci de ne pas voir ultérieurement désavouées les unions engagées sous les auspices d'une dérogation. Elle est aussi le signe de la prise en compte de l'attachement réciproque des futurs comme fondement de l'union. Il pourrait paraître surprenant que vivre en contradiction avec les règles prescrites par le Code soit un critère de décision de la Chancellerie. Mais, là encore, ce n'est pas tant l'existence d'une cause grave qui est capitale, que la conformité de l'union envisagée avec le modèle référent. La dispense n'est octroyée « que si le mariage présente des garanties sérieuses de stabilité ». Tel est le nouveau rôle imparti au concubinage qui doit donc revêtir une certaine durée. Ces dernières années, le rejet est le plus souvent imputable à une cohabitation trop récente et *a fortiori* à son absence : « pas de motif grave, pas de vie commune ».

D'autres facteurs, rencontrés tout au long de ces années, interviennent encore. Sans être déterminants, ils inclinent à une attention bienveillante du dossier et confortent les changements de la conception du lien matrimonial. Les motivations matérielles sont toujours peu appréciées et le bureau des Affaires civiles est toujours dubitatif, voire franchement hostile, face à une recherche de sécurité matérielle. L'attention se porte toujours aussi sur l'âge des futurs : des âges en « rapport » constituent un point positif. Lorsque des enfants issus des unions antérieures sont présents dans le foyer, les conséquences de l'âge du nouveau conjoint sont regardées avec une attention particulière. Le futur conjoint qui devra assurer le rôle de père ou de mère pour les enfants de l'autre doit avoir l'âge adéquat : « L'âge doit [...] être le critère qui doit permettre de déterminer la stabilité de l'union projetée —différences d'âges entre les époux —, mais aussi la capacité des futurs époux de former un foyer pour les enfants, qui puisse être considéré comme tel par l'opinion publique. » Cet argument peut certes emporter l'adhésion, mais que faut-il en penser lorsqu'il est utilisé pour motiver un refus où il est « reproché » au futur de n'avoir que 8 ans de plus que la fille aînée de la future alors qu'il est âgé de 46 ans ? Davantage que le risque « de bouleverser les liens d'alliance », l'écart d'âges en lui-même, une fois encore à l'avantage de la requérante âgée de 63 ans, n'est-il pas à l'origine du refus de cette demande de régularisation d'une cohabitation de 24 années ?

Des préoccupations génétiques toujours présentes

La mansuétude plus mesurée pour les consanguins depuis 1970 est l'autre résultat sensible de cette dernière période. Elle découle de la permanence des principes adoptés pendant la période précédente. Les considérations physiologiques et les risques que ces unions font courir aux naissances à venir sont

toujours mises en avant. Il faut éviter de « mettre à la charge de la société des handicapés physiques ou mentaux ». Les distinctions ignorées du Code sont maintenues. Une raison de cette sévérité, à côté du poids des hommes chargés de soumettre une décision au chef de l'État, est, paradoxalement, à rechercher dans la loi de 1972 sur les enfants naturels. Celle-ci a pu avoir un rôle négatif en permettant une légitimation par autorité de justice et en rapprochant les statuts des enfants nés ou non dans le mariage. Elle a pu rendre le mariage de leurs parents moins indispensable.

Pourtant, cette rigueur se révèle intenable parce que trop rigide et contraire à la notion, maintenant très systématiquement invoquée, de l'intérêt de l'enfant. En août 1976, la contradiction avec le Code, qui permet la dispense en cas de cause grave, est relevée : « Il pourrait être envisagé de proposer d'accorder la dispense sollicitée [...] dès lors qu'un enfant ou des enfants sont effectivement nés des relations entretenues par les intéressés [...]. Il est de l'intérêt des enfants d'être élevés dans un foyer légitime [...]. Il appartient aux couples intéressés suffisamment avertis des risques encourus de prendre leur responsabilité. » Cette jurisprudence est toujours en vigueur. Le traitement de la demande est fonction de la parenté. Quand elle est fictive, la cause grave est appréciée très largement, quand elle est totale, seule la présence d'un enfant vaut un accord.

Une jurisprudence plus souple face au mariage posthume

L'année 1970 inaugure, pour le mariage posthume aussi, une période nouvelle marquée par des accords plus fréquents. 36 % des demandes, en moyenne, sont octroyées jusqu'en 1991, sans tendance décelable. Mais cette stabilité recouvre des situations en évolution au regard des conditions requises. 20 % des requérantes n'avaient pas d'enfant à légitimer en 1960-1969 ; cette proportion s'élève à 35 % au delà de 1970. Les requêtes sans aucune formalité officielle passent de 35 à 53 %. Les critères de jugement se sont donc en réalité adoucis entre 1970 et 1991. À la différence des requêtes fondées sur la parenté, la période la plus récente tolère davantage ces unions qu'auparavant.

Des préoccupations nouvelles émergent en 1972 à propos d'un dossier « signalé », où une femme était sa requête par 13 ans de cohabitation. Après avoir rappelé que seules trois demandes ont été octroyées sans qu'il y ait eu d'enfant à légitimer, le bureau des Affaires civiles réitère son attachement à ce critère. Un accord est toutefois « imposé », mais accompagné de l'assertion selon laquelle le motif grave reste dans la très grande majorité des cas la présence d'enfants à légitimer, même si des « cas d'espèces » peuvent

conduire à des conclusions contraires. C'est dire que, théoriquement, rien ne change.

Les hésitations persistent donc et le concubinage ne prend aucun caractère d'évidence. Les exceptions restent « exceptionnelles » et ne font pas jurisprudence. En novembre 1975, une cohabitation de 25 années emporte un avis favorable, mais en 1976 le Bureau réaffirme que « l'institution du mariage posthume n'est pas faite pour régulariser *a posteriori* la situation de personnes qui ont vécu très longtemps en concubinage et n'ont envisagé de se marier que lorsque l'un d'eux est sur le point de mourir ». En 1979, une nouvelle note de la direction des Affaires civiles à l'intention du chef de l'État manifeste la réticence persistante face à une cause grave autre que la légitimation d'un enfant : « La prise en compte, pour l'octroi de la dispense, d'autres motifs graves constituerait [...] une importante remise en cause des règles qui ont toujours été suivies [...]. Ce serait tout à fait contraire à l'esprit de cette institution de l'envisager pour des personnes qui ont vécu longtemps ensemble sans se marier alors qu'elles en avaient la possibilité... »

Il faut s'interroger sur l'origine de cette intransigeance dans les critères à même d'emporter un mariage après décès, comparés à ceux retenus pour les autres dispenses. Manifestement, le bureau des Affaires civiles donne un sens précis à la démarche des requérants, des femmes le plus souvent, qui ont cohabité de longues années sans éprouver le besoin de formaliser leur union. Contrairement aux parents, ce ne sont pas des interdits légaux qui ont empêché leur mariage. Leur volonté tardive est avant tout ressentie comme le résultat d'enjeux matériels, financiers souvent, bien davantage que comme la marque de sentiments d'affection⁷. Or, ces derniers sont de plus en plus regardés comme les seuls fondements valides de l'institution matrimoniale. En conséquence, la cohabitation reste rarement une cause grave admissible. Lorsqu'exception il y a, celle-ci est d'ordinaire la conséquence de pressions extérieures qui ne sont pas le fait exclusif de personnalités politiques : la médiatisation de certaines affaires va faire évoluer la pratique. L'exemple le plus célèbre, en 1984, est à l'origine d'une évolution notoire de la jurisprudence. Alors qu'il n'y a ni cause grave, ni formalité officielle, une requête, d'abord rejetée, est accordée. Tous les éléments de ce dossier, compte tenu des critères de décision en usage, appelaient une réponse négative. Il n'y avait pas d'enfant né ni à naître, la cohabitation était récente — une année seulement —, aucune formalité officielle n'avait été accomplie. Qui plus est, la fille adolescente d'une première union du défunt était très hostile à la démarche de la requérante. Or, le bureau des Affaires civiles est toujours attentif à ne pas troubler la paix des familles, même si un tel facteur n'emporte que de façon exceptionnelle, à lui seul, le refus. L'argumentation initiale du Bureau est classique : « Le motif grave ne saurait résider dans la

7. Il est certain que cette appréciation comporte une part de vérité. Cf. article cité : « Le mariage posthume : mariage de raison ou mariage d'amour ? »

de douleur que peut éprouver une fiancée du décès de son fiancé. À être interprétée aussi largement, la condition des motifs graves se trouverait remplie dans tous les cas. » Mais, après intervention du garde des Sceaux, la demande est accordée. Trois facteurs expliquent ce revirement : le statut du décédé (un gardien de la paix), les conditions de son décès (il meurt en service commandé, abattu par un truand en cavale), et l'acharnement de la requérante, assistée par un avocat de renom, relayé par une médiatisation sans précédent.

Cette décision, maintes fois rappelée par les nouveaux requérants, ranime les interrogations des années précédentes, mais ne balaie pas pour autant la perplexité face à la cohabitation. En 1986, le bureau des Affaires civiles préfère prendre en considération, plutôt qu'une cohabitation de 20 ans, un autre élément, le délai très court — deux heures — entre le décès et la cérémonie prévue. « N'y aurait-il pas là une notion de cause grave ? » La requête est acceptée. Décision déconcertante, dans la mesure où elle rend virtuellement caduque l'obligation d'une cause grave, puisque, par définition, un mariage posthume, en exigeant des formalités officielles effectuées et valides, ne peut intervenir que lorsque le décès a précédé de peu l'union prévue... La brutalité du décès devient dès lors une cause grave potentielle. Ce statut est confirmé : « Il est généralement considéré par le service que la cause grave — en l'absence d'enfant — est pour un couple le fait que le futur conjoint décède peu de temps avant la cérémonie. »

Jusqu'à la fin de 1988, le bureau des Affaires civiles préfère trouver la cause grave dans la proximité entre décès et mariage prévu plutôt que dans une longue cohabitation pour laquelle la défiance demeure. Elle est toujours le signe d'atermoiements : celui qui survit finit par requérir pour des motifs présumés peu acceptables. Ce n'est qu'en 1988 que, pour la première fois, sans réserve particulière, il est énoncé : « Un long concubinage peut être analysé comme la cause grave exigée. » À partir de là, de nombreux dossiers portent de façon sommaire : « cause grave : 13 ans de concubinage », « cause grave : 6 ans de concubinage »...

Si, avant 1988, le traitement des dispenses pour mariages *post mortem* se différencie de celui des dispenses pour parenté quant à la façon d'envisager la cohabitation, il y avait convergence sur d'autres points. D'abord, cela a été évoqué, le refus de laisser des intérêts matériels « dénaturer » le lien matrimonial. L'institution du mariage posthume n'a pas de vocation financière ou sociale. On retrouve aussi la même prévention envers les unions où l'écart d'âges s'éloigne des moyennes ordinaires. Des âges peu « en rapport » font douter de la sincérité de l'union recherchée : « Il y a à craindre que seul le survivant du couple formé [...] entre deux personnes d'une différence d'âges importante ne veuille se marier et

que cette volonté matrimoniale ne se soit manifestée qu'après la disparition de la compagne. »

Mais lorsque le dossier est « bon », ou encore « sympathique », la décision semble, depuis la fin des années quatre-vingts, avant tout structurée par l'existence de formalités officielles. « Des exemples récents [...] dans lesquels divers intervenants avaient milité pour des appréciations beaucoup plus libérales, ainsi que mes convictions personnelles plus favorables à une interprétation large de la notion de cause grave (dès lors que la volonté de se marier était certaine de la part du défunt et que les familles y étaient préparées) ont modifié les pratiques. » Parallèlement, il était confirmé que « la cause grave ne peut se limiter à l'existence d'enfant, mais à notre appréciation », et cela jusqu'à ce que l'impossibilité de voir se réaliser la cause grave classique suffise à estomper la nécessité de tout motif : « Certes il n'y a pas de cause grave au sens traditionnel, mais il semble difficile d'exiger d'un couple hors d'âge de procréer, sous peine d'interdire le mariage posthume à des personnes âgées. » On est loin de la rigueur des années soixante...

Mais le libéralisme glisse aussi d'une des conditions requises vers l'autre. Bien souvent sont maintenant admises des formalités qui n'ont rien d'officielles : une bague achetée, une salle de restaurant réservée, des témoins pressentis, des attestations d'amis ou de parents sont autant de formalités prises en compte.

Conclusion : Jurisprudence et intention du législateur

On a vu la direction des Affaires civiles et du Sceau faire appel aux intentions du législateur pour conforter son interprétation du Code civil. Sur quelques exemples, la confrontation confirme le caractère « historique » de toute lecture.

Le premier constat est celui d'une hiérarchie inverse, hier et aujourd'hui, des unions les plus censurées. Lorsque le Code civil est promulgué en 1804, les interdits fondés sur la parenté sont proches des interdits contemporains ; le plus grand libéralisme actuel est avant tout le fait de dispenses hier impossibles. En 1804, seuls les empêchements entre l'oncle et sa nièce, la tante et son neveu peuvent être levés. Les interdits entre alliés en ligne directe et en ligne collatérale sont absolus. Ces unions sont l'objet d'une plus forte réticence.

Aujourd'hui, la pratique du bureau des Affaires civiles marque, au contraire, un désaveu plus grand des unions consanguines. Cette inversion s'est produite à la fin des années soixante⁸. Le traitement de ces demandes n'offre depuis aucune équivoque : les facteurs génétiques motivent l'interdit. Ils ont la force de l'évidence. Mais que cette évidence soit acquise et corresponde à des inquiétudes récentes n'effleure guère. Or, si dans leurs travaux prépara-

8. Mais, bien sûr, l'ensemble de la société française avait connu antérieurement des préoccupations d'ordre génétique. Ainsi, lors de la présentation à l'Assemblée nationale de la proposition de loi de 1938 visant à autoriser après dispense les unions entre alliés en ligne directe, pour la première fois, depuis la promulgation du Code, des remarques d'ordre physiologique appuient, *a contrario*, le projet : « La loi s'est [...] montrée beaucoup plus large en admettant des mariages entre individus de même famille, de même sang, qui risquent d'appauvrir la race » (*Journal Officiel*, 1938).

toires⁹ les rédacteurs du Code énoncent dans leurs préoccupations « l'intérêt de ne pas laisser dégénérer les races », lors de la discussion d'autres facteurs sont mis en avant. Ainsi, certains souhaitent admettre les unions entre l'oncle et sa nièce, et n'interdire que celles entre la tante et son neveu. Non pas du fait de conséquences génétiques différentes, mais parce qu'« il est difficile de concilier le respect que le neveu doit à la tante avec le respect que la tante devrait au neveu s'il devenait son mari » ; au contraire, l'union entre l'oncle et sa nièce respecte les hiérarchies « naturelles ». L'absence d'interdit entre cousins germains, dont la parenté serait très comparable à celle de l'oncle et de sa nièce, tend de même à conforter la portée secondaire des facteurs physiologiques dans les choix arrêtés. Les rédacteurs du Code consentent à ces unions parce que le temps où la famille élargie ne formant qu'un seul ménage dans une commune habitation est révolu. La promiscuité créait des liens au sein desquels le mariage est inadmissible ; lorsqu'elle disparaît, bien que les liens du sang subsistent, le mariage redevient possible. Cette position est plus proche de celle adoptée au début des années soixante lorsqu'il est proposé de repousser une dispense où la consanguinité est fictive que lorsque la décision est fonction des « risques »...

Le second constat est celui de l'effacement de la défense de l'institution matrimoniale. Perçu dans la jurisprudence au tournant des années soixante, il est confirmé par l'évolution de la législation depuis la promulgation du Code civil. Le souci que « l'intimité des familles ne soit point une occasion de séductions corruptrices » persiste tout au long des XIX^e et XX^e siècles. Latent dans les interdits entre consanguins, il est omniprésent dans les interdits entre alliés. Les interdits entre collatéraux¹⁰ ont pour fonction première la protection du mariage : « La familiarité qu'il y a nécessairement entre beaux-frères et belles-sœurs est déjà une assez grande occasion de séduction, sans la fortifier encore par l'espoir du mariage. » L'intérêt des enfants du premier mariage est insuffisant pour contrebalancer un tel danger. Quand en 1832, sous la pression de multiples pétitions, un assouplissement de la loi est recherché en autorisant les mariages après dispense, à côté du motif précédent les parlementaires adjoignent des arguments très matériels¹¹. Par contre, le souci de décourager les passions illicites veut maintenir l'interdit absolu en cas de divorce et suggère à certains de prescrire un délai de viduité de 15 mois entre le décès du premier conjoint et le mariage, afin qu'une grossesse coupable ne puisse être cachée. L'intérêt d'un enfant né des relations des anciens beaux-frère et belle-sœur n'est en aucune façon une cause grave envisageable¹².

En 1914, lorsque seule est conservée l'obligation d'une dispense après rupture par divorce¹³, la protection du mariage est toujours recherchée et la naissance d'un enfant commun au nou-

9. *Code civil avec des notes explicatives rédigées par des jurisconsultes qui ont concouru à la confection du Code*, Paris, Imprimerie de Guilleminet, 1803, et P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 9, Paris, Videcoq, 1836.

10. Les interdits entre collatéraux sont absolus en 1804, atténués en 1832 grâce aux dispenses. Rien n'est dit sur le mode de rupture. En 1914, les dispenses ne deviennent nécessaires qu'en cas de rupture par divorce de la première union. En 1975, tout interdit disparaît pour eux. Les interdits entre alliés en ligne directe sont absolus en 1804. Le mariage devient possible en 1938, après une dispense recevable quand est décédée la personne qui créait l'alliance.

11. *Le Moniteur universel*, année 1832.

12. Une rectification de dernière heure, proposée par le Gouvernement pour des raisons de cohérence interne, dénature la volonté du législateur. Parallèlement aux débats sur l'article 164, les deux Assemblées examinent un projet de loi sur le rétablissement du divorce. Le Gouvernement juge que le paragraphe statuant sur le maintien du caractère absolu de l'interdit en cas de divorce doit être inscrit dans le chapitre à venir sur le divorce. Malgré quelques réticences, le texte amputé est admis, provisoirement pense-t-on, en fait jusqu'en 1914, le chapitre sur le divorce n'ayant pas vu le jour. Les demandes après divorce sont recevables dès 1832.

13. *Journal Officiel*, année 1914.

veau couple toujours absente des motifs graves : il ne faut pas encourager de « coupables intrigues », mais il est honorable qu'un beau-frère vienne en aide à une veuve en difficulté.

La dernière restriction pour ces unions tombe en 1975, sans qu'aucune réflexion sur les interdits ne soit à l'origine de sa suppression. Seule est en cause, avec la loi autorisant le divorce par consentement mutuel, l'impossibilité de faire la preuve de la responsabilité de l'un ou l'autre des conjoints dans la rupture. Ce qui illustre, *a contrario*, la volonté persistante du législateur de défendre l'institution matrimoniale entre 1804 et 1975¹⁴. Pourtant, dès avant 1975, la jurisprudence montrait que ce souci avait été gommé. Au moins dès 1960, le bureau des Affaires civiles ne tient plus compte de la culpabilité des futurs, même s'il continue de façon immuable à justifier les interdits par les risques de la promiscuité. La fin de la décennie soixante forme donc une simple parenthèse en laquelle on peut voir les deux explications déjà suggérées : une inquiétude face à la fragilisation du lien matrimonial attestée par la diffusion de la cohabitation et l'augmentation de la divortialité, ou bien le rôle du président de la République en place, le seul à avoir été vigilant sur le sens donné à ces dispenses. Il n'empêche qu'à la fin des années soixante, quand la direction des Affaires civiles et du Sceau est devenue plus attentive à la responsabilité des requérants qu'au caractère effectif de la cause grave, elle se rapprochait davantage des intentions du législateur que ne le laissait supposer la simple lecture du Code civil. Mais elle s'éloignait des mutations qui traversaient la société...

La place est maintenant prise par la défense de l'intérêt de l'enfant, bien que la loi de 1972 rende quelque peu surannée une telle conception... À côté de cette cause grave irrécusable, la cohabitation, signe de la stabilité et de l'affection qui sous-tendent le projet, acquiert un statut très comparable. La jurisprudence des dispenses pour mariage *post mortem* est éloquente à cet égard. Acceptant le mariage après décès lorsqu'il n'y a aucun enfant à légitimer, rejetant les enjeux matériels, seule l'affection peut justifier une telle démarche.

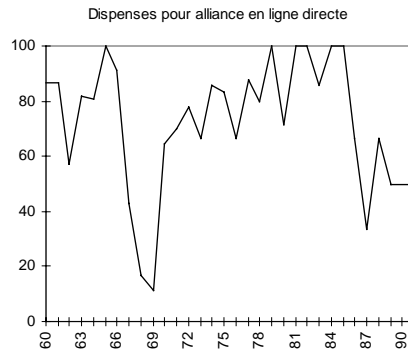
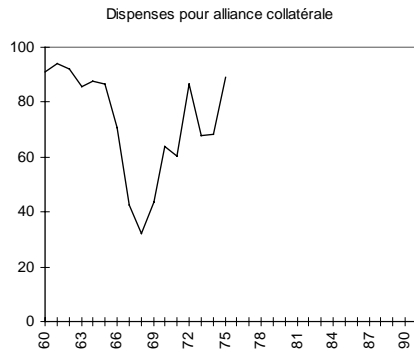
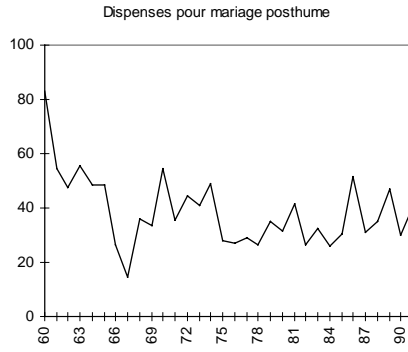
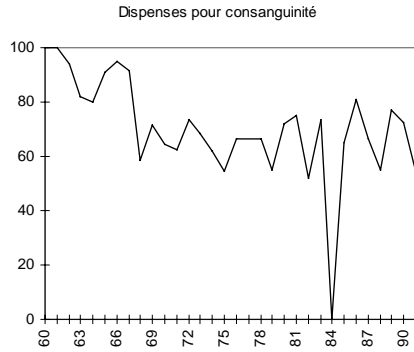
Que la jurisprudence soit un miroir de nos choix, et que son évolution suive celle des fondements, estimés acceptables, d'un couple, ne surprend guère. La convergence entre la jurisprudence et le discours des requérants, en particulier pour mariage posthume, est incontestable¹⁵. Tout comme jurisprudence et requérants expriment des conceptions analogues en ce qui concerne la parenté : les interdits face à la consanguinité sont acceptés et les requérants ne s'insurgent pas contre l'obligation qui leur est faite d'obtenir une dispense. À l'opposé, la procédure nécessaire aux alliés paraît incompréhensible et irrite. La multiplication des liens informels ne peut que renforcer ce sentiment : rien n'empêche qu'un homme épouse la fille de sa concubine...

14. Lorsqu'en 1938 les mariages entre alliés en ligne directe sont autorisés après dispense, la volonté du législateur était de rendre impossible la dispense après un divorce. Seule la rupture après un décès devait permettre la recevabilité. Mais la rédaction floue du Code civil a permis que s'opère un glissement de sens et que ne soit considérée que la survie ou non de l'ex-conjoint au moment de la requête sans qu'il soit tenu compte du mode de rupture (décès ou divorce) de la première union (*Journal Officiel*, 1938).

15. Les aspirations profondes des requérantes montrent cependant un décalage sensible avec ce discours.

Proportion de dispenses accordées

Droit et Société 35-1997



Nombre d'accords pour 100 dispenses recevables