



**HAL**  
open science

# Le droit des couples à l'aune des rapports Églises-État : une étude comparative des systèmes juridiques anglais, français et italien

Anne-Sophie Milard-Laffitte

## ► To cite this version:

Anne-Sophie Milard-Laffitte. Le droit des couples à l'aune des rapports Églises-État : une étude comparative des systèmes juridiques anglais, français et italien. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2021. Français. NNT : 2021PA01D027 . tel-03514782

**HAL Id: tel-03514782**

**<https://theses.hal.science/tel-03514782v1>**

Submitted on 6 Jan 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON SORBONNE**

École De Droit Comparé  
Laboratoire de rattachement : IRJS

Thèse  
Pour l'obtention du titre de Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement  
le 25 juin 2021 par

**Anne-Sophie MILARD-LAFFITTE**

**Le droit des couples à l'aune des rapports Églises-État**  
*Une étude comparative des systèmes juridiques anglais, français et italien*

Directeurs de recherche :

Sous la co-direction de Madame **Anne-Marie LEROYER**  
Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
et de Monsieur **Stefano TROIANO**  
Professeur à l'Università degli Studi di Verona, Italie

Membres du jury :

- Madame **Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET**, professeure émérite à l'Université Paris-Saclay (rapporteur)
- Monsieur **Norman DOE**, professeur à l'Université de Cardiff, Royaume-Uni
- Monsieur **Vincent ÉGÉA**, professeur à l'université d'Aix-Marseille (rapporteur)



*L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur. Les traductions sont la plupart du temps celles de l'auteur.*



# RÉSUMÉ

L'Angleterre, la France et l'Italie ont opté, pour des raisons tant politiques qu'historiques et culturelles, pour une régulation très différente de leurs relations avec les diverses Églises présentes sur leur sol, en choisissant un système d'*Establishment*, de stricte séparation ou de concordat, aujourd'hui étendu aux ententes. Il en résulte une législation matrimoniale *a priori* très variée d'un pays à l'autre, souvent illustrée par l'exemple de l'antinomie entre le principe français de l'antériorité du mariage civil et celui du dualisme matrimonial anglo-italien. Cette impression est à cependant tempérer du fait, d'une part, d'un héritage romano-chrétien commun beaucoup plus prégnant qu'il n'y paraît. En outre, si, au fil de leur affirmation nationale, les trois États de cette étude ont cherché, chacun à leur manière, à prendre le contrôle d'un certain nombre d'institutions matrimoniales, ils n'ont néanmoins pu le faire qu'en respectant certaines valeurs démocratiques, telles la liberté de conscience et de religion. Les solutions élaborées par les tribunaux étatiques à l'occasion de contentieux en lien avec des mariages religieux non reconnus ou de divorce religieux litigieux sont à ce titre particulièrement explicites. L'équilibre, à la fois complexe et délicat, ainsi atteint dans le domaine spécifique du droit des couples tend, contre toute attente, à finalement rapprocher bien plus ces trois États.

Mots clés : Mariage – Divorce – *Establishment* – Concordat – Entente - Laïcité – Cultes – Religions – *Guet* – Tribunal religieux – Droit international privé – Liberté de conscience et de religion

## ABSTRACT

England, France and Italy have opted, for political as well as historical and cultural reasons, for a very different type of regulation of their relations with the various Churches present on their territories, by choosing a system of Establishment, strict separation or concordat, today extended to agreements. The result is a matrimonial legislation that is *a priori* very varied from one country to another, as often illustrated by the example of the antinomy between the principle of the French civil marriage anteriority and the one of the Anglo-Italian matrimonial dualism. This impression must, however, be tempered by the fact that, on the one hand, a common Roman-Christian heritage is much more prevalent than it appears. Moreover, if, in the course of their national affirmation, the three States

have sought, each in their own way, to take control of a certain number of matrimonial institutions, they have nevertheless only been able to do so while respecting certain democratic values, such as the freedom of conscience and religion. The solutions elaborated by the state courts on the occasion of litigations related to unrecognized religious marriages or contentious religious divorces are particularly explicit in this respect. The balance, both complex and delicate, thus achieved in the specific field of the law of couples tends, against all expectations, to bring these three States much closer together.

Keywords: Marriage - Divorce - Establishment - Concordat - Agreement - Secularism - Cults - Religions - *Guet* - Religious courts - Private international law - Freedom of conscience and religion

### RIASSUNTO

L'Inghilterra, la Francia e l'Italia hanno optato, per ragioni politiche oltre che storiche e culturali, per una regolamentazione molto diversa dei loro rapporti con le varie Chiese presenti sul loro territorio, scegliendo un sistema di *Establishment*, di separazione stretta o di concordato, ora esteso alle intese. Il risultato è una legislazione matrimoniale *a priori* che varia da un paese all'altro, spesso illustrata dall'esempio dell'antinomia tra il principio francese dell'antiorità del matrimonio civile e quello del dualismo matrimoniale anglo-italiano. Questa impressione deve però essere temperata dal fatto che, da un lato, una comune eredità romano-cristiana è molto più diffusa di quanto non sembri. Inoltre, se nel corso della loro affermazione nazionale, i tre Stati oggetto di questo studio hanno cercato, ciascuno a suo modo, di prendere il controllo di un certo numero di istituzioni matrimoniali, rispettando, al contempo, alcuni valori democratici, come la libertà di coscienza e di religione. Le soluzioni elaborate dai tribunali statali nelle controversie relative ai matrimoni religiosi non riconosciuti o ai divorzi religiosi contenziosi sono particolarmente esplicite in questo senso. Il complesso e delicato equilibrio così raggiunto nel campo specifico del diritto delle coppie tende, contro ogni aspettativa, ad avvicinare molto questi tre paesi.

Parole chiave: Matrimonio - Divorzio - *Establishment* - Concordato - Intesa - Laicità - Culti - Religioni - *Guet* - Tribunale religioso - Diritto internazionale privato - Libertà di coscienza e religione

À Bruno,

À tous les p'tits loups,





# Remerciements

Mes plus sincères remerciements s'adressent tout d'abord à mes deux directeurs de thèse qui m'ont offert la formidable opportunité d'approfondir un sujet de recherche passionnant. Je remercie ma directrice de thèse, Madame la Professeure Anne-Marie Leroyer, pour son dynamisme, sa rigueur et son soutien ; son regard critique à la fois bienveillant et inspirant a indéniablement participé à la confirmation de mon goût pour la recherche. Je remercie également mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Stefano Troinao, de m'avoir permis de mieux appréhender les finesses du droit italien ; ses commentaires pertinents lors de la rédaction de la thèse ont été une aide précieuse.

Je remercie encore Madame la Professeure Brigitte Basdevant-Gaudemet et Messieurs les Professeurs Doe et Égéa, d'avoir accepté de siéger dans mon jury de thèse. C'est un honneur qui me touche particulièrement.

Je remercie également l'*Università degli Studi di Verona* – et en particulier *i Professori e Dottori* Alessandra Cordiano, Cecilia Pedrazza Gorlero, Sara Scola, Stefano Gatti, sans oublier Mesdames Costanza Curi et Anna Zago - ainsi que le *Centre for Law and Religion* de *Cardiff University* – et en particulier le Professeur Norman Doe - de m'avoir accueillie afin de mener de plus amples recherches sur mon sujet.

Mes plus vifs remerciements vont encore à celles et ceux qui, par leurs réflexions, leurs relectures et leurs conseils, m'ont permis de mener à bien ce travail de thèse : Estelle, Géraldine, Maïté et Perrine, senza dimenticare Marta.

Je tiens encore à remercier ma famille, sans qui cette thèse n'aurait jamais vu le jour. Le plaisir des joutes oratoires ; l'obligation, devenue réflexe, de vérifier dans les livres tout propos, en particulier historique ; l'extrême tolérance vis-à-vis de la différence, qu'elle soit culturelle, religieuse ou autre ; la curiosité élevée au rang de valeur sacramentelle ; le profond respect du corps enseignant tant universitaire que secondaire ; la bienveillance et l'amour. Sans ces fondements essentiels, ce travail n'aurait tout simplement pas été possible. Enfin et surtout, merci à Bruno, dont le soutien quotidien et la présence à mes côtés depuis de longues années ont été déterminants dans l'achèvement de cette thèse. Merci également à Marine, Adrien et Alix : votre patience et votre bonne humeur sont de merveilleux stimulants.



# Principales abréviations

AC	Année canonique
AC	<i>The official Law Reports, Appeal Cases</i>
A.C.	Actes pratiques
A.D.	<i>New York Supreme Court Appellate Division Report</i>
AFDI	Annuaire français de droit international
AJ fam.	Actualité juridique famille
Al.	Alinéa
All ER	<i>All England Reports</i>
AN	Assemblée nationale
AMAE	Archives du ministère des Affaires étrangères
APD	Archives de philosophie du droit
APP	<i>Corte d'Appello</i>
App. Cas.	<i>Law Reports, Appeal Cases (Second Series)</i>
ARSS	Archives de la recherche en sciences sociales
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
ASSR	Archives de sciences sociales des religions
Atk	<i>Atkyns' Chancery Reports</i>
Beav	<i>Beavan's Rolls Court Reports</i>
BGBI	<i>Bundesgesetzblatt</i>
BOMJL	Bulletin officiel du ministère de la Justice
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C.	Contre
C. c.	<i>Codice civile</i>
C. p.	<i>Codice penale</i>
C. civ.	Code civil
C. pén.	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
C.P.C.	<i>Codice di procedura civile</i>
CA	Cour d'appel
CA	<i>Court of Appeal</i>
Cass.	Cour de cassation
Cass.	<i>Corte di cassazione</i>
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CAR	Chambre arbitrale rabbinique
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
Cf.	<i>Confer</i>
CFCM	Conseil français du culte musulman
CFLQ	<i>Child and Family Law Quarterly</i>
ChD	<i>England and Wales High Court (Chancery Division)</i>
Chron.	Chronique
CIC	<i>Codex Iuris Canonici</i>
CICT	<i>Common Intention Constructive Trust</i>
Circ.	Circulaire
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CNRS	Centre national de recherche scientifique
Co	Épîtres aux Corinthiens, apôtre Paul
CofE	<i>Church of England</i>
Coll.	Collection

Comm.	Commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. Stato	<i>Consiglio di Stato</i>
<i>Contra</i>	En sens contraire
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
<i>Corr. giur.</i>	<i>Corriere giuridico</i>
Corte cost.	<i>Corte costituzionale</i>
CRDF	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
D.	Dalloz recueil
DC	Décision du Conseil constitutionnel
<i>D. Cah. just.</i>	Dalloz, Cahiers de la justice
Dir.	Direction
<i>Dir. eccl.</i>	<i>Diritto ecclesiastico</i>
<i>Dir. fam.</i>	<i>Diritto di famiglia e delle persone</i>
DH	Dalloz hebdomadaire
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
D. lgs	<i>Decreto legislativo</i>
DP	Dalloz périodique
<i>Dr. fam.</i>	Revue de droit de la famille
DROM	Département et région d'outre-mer
<i>Ecc LJ</i>	<i>Ecclesiastical Law Journal</i>
Éd.	Edition
EEE	Espace économique européen
EF	Ethnologie française
EHRR	<i>European Human Rights Reports</i>
EPUDF	Église protestante unie de France
Et a.	Et autres
Et s.	Et suivant
EWCA Civ	<i>England and Wales Court of Appeal (Civil Division)</i>
EWFC	<i>England and Wales Family Court</i>
EWHC (Fam)	<i>England and Wales High Court (Family Division)</i>
<i>Fam</i>	<i>The official Law Reports : Family</i>
<i>Fam. e dir.</i>	<i>Famiglia e diritto</i>
<i>Fam. pers. succ.</i>	<i>Famiglia, persone e successioni</i>
FCR	<i>Family Court Reporter</i>
FLR	<i>Family Law Report</i>
FPF	Fédération protestante de France
FI	<i>Foro italiano</i>
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
GAJFDIP	Grands arrêts, jurisprudence française de droit international privé
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
Gcost.	<i>Giurisprudenza costituzionale</i>
GC	<i>Giustizia civile</i>
GI	<i>Giurisprudenza italiana</i>
Gmer	<i>Giurisprudenza di merito</i>
G.U.	<i>Gazzetta Ufficiale</i>
<i>Giust. civ.</i>	<i>Giustizia civile - Repertorio generale annuale di legislazione, bibliografia, giurisprudenza</i>
<i>Giust. pen.</i>	<i>Giustizia penale - Repertorio generale annuale di legislazione, bibliografia, giurisprudenza</i>
HL	<i>House of Lords</i>
HM2F	Homosexuels musulmans de France
Hob	<i>Hobart's King's Bench Reports</i>
HRA	<i>Human Rights Act 1998</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> ; même référence que précédemment

<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>IR</i>	Informations rapides du recueil Dalloz
<i>JBA</i>	<i>Journal of the British Academy</i>
<i>JCP G</i>	La semaine juridique édition générale
<i>JDI</i>	Journal du droit international privé (Clunet)
<i>JLR</i>	<i>Journal of Law and Religion</i>
<i>JLS</i>	<i>Journal of Legal Studies</i>
<i>JMJ</i>	Journées mondiales de la jeunesse
<i>Jn</i>	Evangile de saint Jean
<i>JORF</i>	Journal officiel de la République française
<i>KB</i>	<i>The official Law Reports : King's Bench</i>
<i>L.</i>	<i>Legge</i>
<i>Law Com.</i>	<i>Law Commission</i>
<i>Lc</i>	Evangile de saint Luc
Lettre recommandée AR	Lettre recommandée avec demande d'avis de réception
<i>LGBT</i>	Personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, trans
<i>LGDJ</i>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LL.M.</i>	<i>Legum Magister</i>
<i>L.m.</i>	<i>Legge matrimoniale</i>
<i>Loc. cit.</i>	<i>De loco citato</i>
<i>LPA</i>	Les petites affiches
<i>LR</i>	<i>Law Reports</i>
<i>LT</i>	<i>Law Times Report</i>
<i>MAT</i>	<i>Muslim Arbitration Tribunal</i>
<i>Mc</i>	Evangile de saint Marc
<i>MCA</i>	<i>Matrimonial Causes Act</i>
<i>Moo.</i>	<i>Moody's King's Bench Cases</i>
<i>MP</i>	<i>Member of Parliament</i>
<i>Mt</i>	Evangile de saint Matthieu
<i>N°</i>	Numéro
<i>NCPC</i>	Nouveau Code de procédure civile
<i>Nuova giur. civ. comm.</i>	<i>Nuova giurisprudenza civile commentata</i>
<i>Obs.</i>	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>De opere citato</i>
<i>P.</i>	Page
<i>P</i>	<i>Law Reports, Probate</i>
<i>PACS</i>	Pacte civil de solidarité
<i>P.A.D.</i>	<i>Planning Appeal Decisions</i>
<i>PC</i>	<i>Law Reports, Privy Council Appeal Cases</i>
<i>PCR</i>	<i>Property, Planning &amp; Compensation Reports</i>
<i>PD</i>	<i>Law Reports, Probate, Divorce &amp; Admiralty Division</i>
§	Paragraphe
<i>PFRLR</i>	Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
<i>PJR</i>	Praxis juridique et religion
<i>PM</i>	<i>Prime Minister</i>
<i>PUF</i>	Presses universitaires de France
<i>QB</i>	<i>The official Law Reports : Queen's Bench</i>
<i>QB</i>	<i>England and Wales High Court (Queen's Bench Division)</i>
<i>QPC</i>	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>Quaderni dir. pol. eccles.</i>	<i>Quaderni di diritto e politica ecclesiastica</i>
<i>R. D.</i>	<i>Regio decreto</i>
<i>RDC</i>	Revue de droit canonique
<i>RDIP</i>	Revue de droit international privé
<i>RDLF</i>	Revue des droits et libertés fondamentaux
<i>RDS</i>	Revue Droit et Société

<i>Rebyz</i>	Revue des études byzantines
Rec.	Recueil
<i>Rec. Cons. const.</i>	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>RETM</i>	Revue d'éthique et de théologie morale
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RF</i>	<i>Rivista Familia</i>
<i>RFD const.</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RFSP</i>	Revue française de science politique
<i>RHR</i>	Revue de l'histoire des religions
<i>RID comp.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>Riv. dir. internaz. priv. proc.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
<i>Riv. dir. pubbl.</i>	<i>Rivista di diritto pubblico</i>
<i>RPP</i>	Revue politique et parlementaire
<i>RPSF</i>	Revue des politiques sociales et familiales
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique
<i>RSR</i>	Revue des sciences religieuses
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTL</i>	Revue théologique de Louvain
S.	<i>Section of an Act of Parliament</i>
S.	Sirey
SCI	Société civile immobilière
<i>SDR</i>	Société, droit et religion
Sez.	<i>Sezione</i>
Sez. un.	<i>Sezione unite</i>
<i>SJ</i>	<i>Solicitors' Journal</i>
SNC	Société en nom collectif
Somm.	Sommaire
<i>SSRN</i>	<i>Social Science Research Network</i>
<i>Supra</i>	Ci-dessus
S.v.	<i>Sub verbo</i>
T.	Tome
T. corr.	Tribunal correctionnel
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
T. pol.	Tribunal de police
Trib.	<i>Tribunale</i>
Trib. civ.	Tribunal civil
UCOII	<i>Unione delle Comunità e Organizzazioni Islamiche in Italia</i>
UE	Union européenne
UKHL	<i>United Kingdom House of Lords</i>
UKPC	<i>United Kingdom Privy Council</i>
UKSC	<i>United Kingdom Supreme Court</i>
V.	Voir
<i>V</i>	<i>Versus</i>
Vol.	Volume
<i>WLR</i>	<i>Weekly Law Reports</i>

# SOMMAIRE

## **Titre I : Histoire d'une rupture commune : vers l'hypothèse d'un droit civil des couples**

Chapitre 1 : L'héritage commun : l'union des couples, de l'Antiquité au Moyen Âge

Section 1 : L'héritage romain

Section 2 : L'héritage chrétien et le mariage consensuel

Section 3 : Premières contestations politiques et théologiques

Chapitre 2 : L'institution matrimoniale dans une *christianitas* déchirée

Section 1 : Vers un dualisme au sein même de l'Église

Section 2 : Un vent de révolte

Section 3 : Le temps des « laïcités »

## **Titre II : Une similaire domination de l'État sur l'Église : l'avènement d'un droit civil des couples**

Chapitre 1 : L'union et la désunion du couple réappropriées par l'État

Section 1 : L'union civile

Section 2 : La désunion civile

Chapitre 2 : L'union et la désunion du couple réinventées par l'État

Section 1 : Le divorce

Section 2 : Les (r)évolutions du mariage civil

## **Titre III : Une persistance variable de l'influence de l'Église sur le droit civil des couples**

Chapitre 1 : Des mariages religieux à effets civils

Section 1 : Fondements du système dualiste anglo-italien

Section 2 : Le mariage selon le système dualiste anglo-italien

Section 3 : Le mariage sous l'angle du droit international privé français

Chapitre 2 : Réaction des États anglais, français et italien face à la justice et au droit religieux

Section 1 : L'épineux problème des mariages religieux non reconnus – focus sur le mariage musulman

Section 2 : L'épineux problème du divorce religieux – focus sur le divorce juif

Section 3 : De la place des tribunaux religieux dans l'ordre juridique anglais, français et italien





# INTRODUCTION

**1. Résurgence du religieux.** - En 1985, le philosophe et historien français Marcel Gauchet proposait d'éviter l'utilisation des termes « laïcisation » ou « sécularisation », souvent mal compris, et de les remplacer par l'expression « sortie de la religion », « pour caractériser le mouvement de la modernité »<sup>1</sup> au cours duquel les États et les religions des sociétés occidentales se sont détachés les uns des autres.

Pour le grand public, l'expression a cependant été entendue comme un synonyme de « sortie de la croyance religieuse »<sup>2</sup>. Dans un premier temps, c'est-à-dire à compter des années 1990, il s'est donc étonné de l'intérêt à nouveau porté au phénomène religieux<sup>3</sup> : le monde occidental ne vivait-il pas en paix avec la religion après des siècles de tensions ? Petit à petit, il lui a fallu se rendre à l'évidence : le fait religieux était redevenu un sujet délicat et sa résurgence<sup>4</sup> allait de pair avec de nouvelles formes de dissension.

Quarante ans après la parution du « Désenchantement du monde : une histoire politique de la religion »<sup>5</sup>, dans un climat tendu, entre attaques terroristes, y compris sur le sol européen, et revendications identitaires, souvent confessionnelles, d'aucuns évoquent ce retour du religieux qui contredirait Nietzsche et son célèbre « Dieu est mort », et répondrait en un sens à la formule attribuée à André Malraux, « Le XXI<sup>e</sup> siècle sera spirituel ou ne sera pas ».

Essayer de comprendre si nous sommes effectivement revenus à un monde religieux, voire si nous n'en sommes jamais sortis, ou si cette réactivation du religieux n'est que l'expression de la lutte de certains contre ladite sortie de la religion relève sans doute davantage de l'analyse sociologique et politique que juridique. Le droit, et en particulier le droit de la famille, se révèle cependant un outil offrant un angle de réponse. Au cours des siècles, cette branche du droit privé a régi (et continue de régir) les relations entre individus au nom d'une certaine forme de société, en contrôlant, organisant,

---

<sup>1</sup> M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie : parcours de la laïcité*, Paris, Gallimard, 2001, p. 9.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>3</sup> R. SANDBERG, *Religion, law and society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 1 et s. À titre d'exemple, c'est à cette époque (1987) que la revue *Ecclesiastical Law Society* voit le jour, qu'est créé le *LL.M. in Canon Law* à l'Université de Cardiff (1991) et que le *Centre for Law and Religion* de Cardiff établit le *Law and Religion Scholars Network* (LARSN) (2008).

<sup>4</sup> C. DE GALEMBERT et M. KOENIG, « Gouverner le religieux avec les juges. Introduction », *RPSF* 2014, p. 631-634.

<sup>5</sup> M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985.

structurant, déterminant la nature<sup>6</sup> même de ces relations, sous l'autorité d'une entité supérieure, l'État.

Or, la religion, en une certaine acception, au-delà des croyances qu'elle induit, constitue également un mode de structuration régissant le collectif<sup>7</sup>.

Deux entités pour un même rôle : il était écrit, dès l'origine, que diverses interprétations donneraient lieu, certes, à des convergences mais également à des oppositions, affirmées plus ou moins clairement, dans le calme et la réflexion ou, au contraire, dans la tempête.

**2. Angleterre, France, Italie.** - Pour mener à bien cette étude, le choix a été fait de s'intéresser à trois États en particulier : l'Angleterre, la France et l'Italie. Tous situés en Europe occidentale, ils partageant une longue histoire commune, faite d'alliances et d'antagonismes.

À de rares exceptions, il s'agira bien d'analyser le système juridique anglais et non britannique. Le Royaume-Uni est en effet constitué de quatre nations, l'Angleterre (royaume unifié depuis 1066), le Pays de Galles (officiellement intégré au royaume d'Angleterre en 1536 mais en réalité rattaché à ce dernier dès 1284<sup>8</sup>), l'Écosse (indépendante jusqu'en 1603, partageant le même souverain à partir de cette date *via* l'Union des Couronnes, puis intégrée au royaume de Grande-Bretagne par les Actes d'Union de 1707<sup>9</sup>) et l'Irlande du Nord (intégrée à la Grande-Bretagne par l'Acte d'Union de 1800<sup>10</sup>, donnant alors naissance au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, devenu, à la suite de la partition des deux Irlande en 1922, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, en 1927<sup>11</sup>).

Non seulement ces nations ont des cultures, des traditions et des langues extrêmement variées mais elles ont également développé des systèmes juridiques et/ou

---

<sup>6</sup> Larousse, *s.v.* « Régir » : « déterminer l'organisation, le déroulement, la structure, la nature de quelque chose - commander, gouverner quelque chose »

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/r%C3%A9gir/67643#:~:text=D%C3%A9terminer%20l'organisation%2C%20le%20d%C3%A9roulement,r%C3%A9git%20tout%20%C3%A0%20la%20maison>

<sup>7</sup> Leçon de clôture du Forum France Culture, amphithéâtre de la Sorbonne, 13 juin 2016 : <https://www.franceculture.fr/conferences/marcel-gauchet>

<sup>8</sup> *Welsh Government* :

<https://law.gov.wales/constitution-government/how-welsh-laws-made/timeline-welsh-law/?lang=en#/constitution-government/how-welsh-laws-made/timeline-welsh-law/?tab=overview&lang=en>

<sup>9</sup> *Union with England Act* de 1707 : <https://www.legislation.gov.uk/aosp/1707/7>

<sup>10</sup> *Union with Ireland Act* de 1800 : <https://www.legislation.gov.uk/apgb/Geo3/39-40/67/contents>

<sup>11</sup> *Royal and Parliamentary Titles Act* de 1927: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/17-18/4/contents>

judiciaires très différents les uns des autres. Il n'est que de citer l'influence du droit romain en droit écossais, l'inexistence de la notion de *consideration* en droit des contrats écossais, l'indépendance de la *High Court of Judiciary* en sa compétence pénale et ses verdicts issus de jurys constitués de quinze membres, devant déclarer, à la majorité, le *defendant guilty, not guilty* ou *not proven*.

En dépit de son nom, le Royaume-Uni ne constitue donc pas un bloc homogène, à tout le moins sur un plan juridique et judiciaire : le choix de l'Angleterre, avec ses spécificités propres au système de *Common law*, a semblé le plus judicieux, offrant un contraste de premier ordre avec deux pays à la tradition juridique issue du Continent européen, et, qui plus est, du monde romain, la France et l'Italie.

Contrairement à ce que laisse suggérer la diversité de l'histoire et des traditions des diverses régions et provinces constitutives de ces deux États, l'unité juridique et judiciaire de la France et l'Italie et, au-delà, le principe d'indivisibilité retenu par les deux Républiques sont fermement établis, côté français, en l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution du 4 octobre 1958<sup>12</sup>, et, côté italien, en l'article 5 de la Constitution entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1948<sup>13</sup>.

À l'inverse du cas britannique, c'est donc dans leur globalité que seront appréhendés les systèmes juridiques français et italien, ce qui inclut, en ce qui concerne la France, certaines régions plus ou moins lointaines, bénéficiant parfois de dérogations législatives, à l'instar de l'Alsace-Moselle et autres Départements et Régions d'Outre-Mer (DROM), tels Mayotte.

**3. Droit comparé et droit de la religion.** - En se fondant sur ces trois États, il s'agit de répondre au mieux à la science que constitue le droit comparé, c'est-à-dire de mieux connaître le droit, le « sien comme celui d'autrui », de « mettre au jour les véritables différences » et ainsi, grâce au « renouvellement des analyses »<sup>14</sup>, d'éventuellement permettre « l'amélioration, l'harmonisation et l'unification du droit »<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Constitution du 4 octobre 1958, JORF du 5 octobre 1958, art. 1<sup>er</sup> : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale », en référence aussi bien à l'article 1<sup>er</sup> du Titre II de la Constitution du 3 septembre 1791 selon lequel « Le Royaume est un et indivisible » qu'à la proclamation de la République française dite « une et indivisible » le 25 septembre 1792.

<sup>13</sup> *Costituzione della Repubblica italiana del 1° gennaio 1948, G.U. del 27 dicembre 1947, n° 298, art. 5: « La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento. »*

<sup>14</sup> Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009, p. 15.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 17 - Cf. également G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporain : introduction au droit comparé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ - Lextenso, 2015, p. 21 et s.

Si le droit comparé constitue une matière à part entière dans les cursus universitaires contemporains, la question s'avère plus délicate dès que le mot « religion » y est accolé ou y transparait. C'est pourquoi il nous semble utile de d'ores et déjà préciser qu'il sera, au cours de cette étude, largement plus question de « *religion law* » que de « *religious law* », pour reprendre une expression développée par Monsieur Russel Sandberg<sup>16</sup> et désormais très usitée en langue et en droit anglais : nous nous intéresserons donc principalement aux « lois temporelles externes »<sup>17</sup>, adoptées par les trois États et pouvant affecter les individus et les groupes religieux. Certes, il nous arrivera de mentionner tel ou tel aspect relevant des « lois internes des groupes religieux »<sup>18</sup>, mais cela se fera dans le seul but de rendre le discours plus intelligible, et non pas d'entrer dans des débats théologiques. Les religions pratiquées dans les trois pays seront donc régulièrement mentionnées, ce qui signifie que les grands principes et certaines règles internes propres aux religions<sup>19</sup> anglicane, bouddhiste, catholique, hindouiste, juive, musulmane, orthodoxe, protestante, mais également d'autres groupes religieux moins connus, à l'instar de la Table vaudoise, seront cités dès que cela semblera approprié.

**4. Religion.** - Ce postulat posé, le terme de « religion » mérite d'être un tant soit peu défini, bien que cela s'avère un exercice extrêmement délicat, voire impossible.

L'étymologie même du mot est sujet à controverse : faut-il rattacher *religio* au verbe *religare*, « relier », soulignant ainsi le lien établi entre le sujet et le divin, ou à *religere*, « recueillir, recollecter », et donc « revenir sur ce que l'on a fait, ressaisir par la pensée ou la réflexion, redoubler d'attention et d'application »<sup>20</sup>, mettant en exergue non pas la relation au sacré mais « l'exercice du culte, l'observance rituelle qui exigent une pratique littérale et vigilante », soit l'équivalent de la « délicatesse de conscience, (du) recueillement, (de la) circonspection minutieuse »<sup>21</sup> ?

Si le débat étymologique n'est tranché à ce jour dans aucun des trois pays (le mot anglais étant tiré du français, et lui-même, ainsi que l'italien, étant issu du latin), les linguistes et lexicologues s'accordent en général pour décrire la religion, et cela depuis le

---

<sup>16</sup> R. CATTO, G. DAVIE & D. PERFECT, "State and Religion in Great Britain: Constitutional Foundations, Religious Minorities, the Law and Education", *Insight Turkey*, 17 (1), 2015, p. 87.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Pour une synthèse de l'histoire de certaines religions : J. BAUBÉROT, *Histoire du protestantisme*, Paris, PUF, 2015; Y. BRULEY, *Histoire du catholicisme*, Paris, PUF, 2018; E. SMILEVITCH, *Histoire du judaïsme*, Paris, PUF, 2017; D. SOURDEL, *L'islam*, Paris, PUF, 2009.

<sup>20</sup> A. REY (dir.), s.v. « Religion », *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1998, vol. 3, p. 3161.

<sup>21</sup> *Ibid.*

début du XII<sup>e</sup> siècle, comme « une pratique liée à une foi déterminée et à une certaine doctrine de la divinité »<sup>22</sup>, « un ensemble de doctrines et de pratiques qui constitue le rapport de l'homme avec la puissance divine »<sup>23</sup>.

Plus récemment, les sociologues, et en premier lieu Émile Durkheim, ont défini la religion comme « un système solidaire de croyances et de pratiques relatives à des choses sacrées, c'est-à-dire (...) qui unissent en une même communauté morale, appelée Église, tous ceux qui y adhèrent »<sup>24</sup>. Plus tard, Madame Danièle Hervieu-Léger a proposé de concevoir le religieux comme « (...) cette modalité particulière du croire qui a en propre d'en appeler à l'autorité légitimatrice d'une tradition, sachant que la poussée du religieux ne donne pas nécessairement lieu à 'religion' : pour que cela soit le cas, il faut que la référence à la tradition soit susceptible de générer un lien social »<sup>25</sup>.

La référence au sacré, à la divinité, a longtemps été celle retenue par les tribunaux anglais : bien que très prudents en la matière, certains *honourable judges* ont cherché à définir le sens non pas tant de la religion que du lieu de culte. Ainsi, en 1970, l'illustre Lord Denning a établi un lien entre lieu de culte et Dieu. Ce dernier n'est pas nécessairement le Dieu des chrétiens, précise-t-il, mais doit être assurément une déité : « *It connotes to my mind a place of which the principal use is as a place where people come together or as a congregation or assembly to do reverence to God. It needs not be the God that the Christians worship. It may be another God, or an unknown God, but it must be reverence to a deity. (...) it should be a place for the worship of God* »<sup>26</sup>.

Cette référence à un Dieu a été abolie en 2013<sup>27</sup>, la Cour suprême britannique intégrant ainsi le changement déjà palpable dans la société, à savoir son besoin de s'ouvrir à quelque chose d'à la fois plus spirituel et moins divin : « *the understanding of religion in today's society is broad* », la religion « *should not be confined to religions which recognize a supreme deity* ».

Désormais, la religion peut être décrite, du moins, en Angleterre, « *as a spiritual or non-secular belief system, held by a group of adherents, which claims to explain mankind's*

---

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> E. LITTRÉ, s.v. « Religion » dans *Dictionnaire de la langue française*, t. 4, Q-Z, Paris, Hachette, 1875, p. 1195.

<sup>24</sup> E. DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse : le système totémique en Australie*, Paris, Félix Alcan, 1912, p. 65.

<sup>25</sup> D. HERVIEU-LÉGER, *La religion pour mémoire*, Paris, Les Éd. du Cerf, 1993, p. 49.

<sup>26</sup> *R v Registrar General, ex parte Segerdal and Another* [1970] 2 QB 697 [1970] 3 All ER 886 (CA), § 889-90.

<sup>27</sup> *R (on the Application of Hodkin) v Registrar General of Births, Deaths and Marriages* [2013] UKSC 77, § 34, 55 et 51.

*place in the universe and relationship with the infinite, and to teach its adherents how to live their lives in conformity with the spiritual understanding associated with the belief system. (...) a belief system which goes beyond that which can be perceived by the senses or ascertained by the application of science »<sup>28</sup>.*

L'Angleterre est la seule, parmi les trois États, à avoir tenté de définir la notion de religion. L'Italie ne s'est pas aventurée à préciser ce qu'est une confession religieuse<sup>29</sup>, que ce soit au niveau législatif ou judiciaire, tout comme la France, qui s'est abstenue de donner une quelconque définition « du culte, de la congrégation, encore moins de l'Église ou de la secte »<sup>30</sup>.

**5. Protection de la liberté de religion.** - Bien que confrontés à la même difficulté de définir ce qu'est une croyance, un culte, un voire des Dieux, les trois États ont tous cependant opté pour la protection de la religion, sans équivoque possible.

Chacun à sa manière s'est placé sous l'égide de textes de valeur supérieure.

Ainsi, la France a choisi d'articuler cette protection sous le sceau de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de valeur constitutionnelle<sup>31</sup> : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi »<sup>32</sup>. Elle a ensuite renforcé cette protection en l'intégrant à sa Constitution : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances »<sup>33</sup>.

De même en Italie, la Constitution de 1948 prévoit deux articles : « *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali* »<sup>34</sup> et « *Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume* »<sup>35</sup>. Ces deux articles fondamentaux sont renforcés par d'autres dispositions constitutionnelles, plus spécifiques,

---

<sup>28</sup> BARONESS B. HALE OF RICHMOND, "Secular Judges and Christian Law", *Ecc LJ*, 17, 2015, p. 172.

<sup>29</sup> M. VENTURA, « Perspectives d'entente entre État et communautés islamiques. L'expérience italienne », *PJR* 1994, 11, p. 110.

<sup>30</sup> S. BESSON, *Droit de la famille, religions et sectes*, Lyon, Éd. EMCC, 1997, p. 15.

<sup>31</sup> Cons. const., décision n° 81-132, DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

<sup>32</sup> Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, art. 10.

<sup>33</sup> Constitution de 1958, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>34</sup> *Costituzione del 1948*, art. 3.

<sup>35</sup> *Ibid.*, art. 19.

destinées à établir l'indépendance et la souveraineté de l'ordre étatique et de l'ordre catholique, « *Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani* »<sup>36</sup>, tout en n'oubliant pas les autres confessions, « *Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge. Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano. I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze* »<sup>37</sup>.

À défaut de Constitution écrite, rassemblée en un document unique, c'est sous forme de législation que se voit protégée la liberté de religion en Angleterre (dispositif valable pour tout le Royaume-Uni) : « *Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance. - Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others* »<sup>38</sup>, article directement issu de l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)<sup>39</sup> et incorporé au droit anglais en une loi interne, du fait du système dualiste britannique.

À ces dispositifs nationaux, s'ajoute donc le droit européen et l'article précité 9. Considérée comme l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention, la liberté de pensée, de conscience et de religion se manifeste ainsi : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, art. 7, al. 1.

<sup>37</sup> *Ibid.*, art. 8.

<sup>38</sup> *Human Rights Act* de 1998, S. 9. Cf. également J. RIVERS, "The Secularisation of the British Constitution", *Ecc LJ*, 14, 2012, p. 378.

<sup>39</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, 4 novembre 1950, entré en vigueur le 3 septembre 1953.



démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »<sup>40</sup>.

Ainsi que le rappelle la CEDH, cette liberté « figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – qui ne saurait être dissocié de pareille société. Cette liberté implique, notamment, celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer »<sup>41</sup>. En parallèle des fidèles qui croient en un « être suprême »<sup>42</sup>, en la « transcendance, un être supérieur divin »<sup>43</sup>, il faut donc aujourd'hui élargir la conception de la religion aux libres-penseurs, aux pacifistes, aux rationalistes, aux croyances « déistes, non-déistes ou athées »<sup>44</sup>.

L'article 9, en fonction des circonstances, pourra en outre être combiné à l'article 14 permettant de sanctionner les discriminations religieuses : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »<sup>45</sup>.

**6. Rapports Églises-État et découpage historique.** - Si elle n'est pas clairement définie, il n'en reste pas moins que la religion, ce « serpent de mer sociologique »<sup>46</sup> unissant l'homme, le divin et la communauté, occupe une place importante dans le cœur et la vie des êtres humains, et cela, depuis la nuit des temps, les premiers vestiges attestés de religiosité étant visibles sur des sépultures mises à jour au Proche-Orient, datées de plus de cent mille ans.

---

<sup>40</sup> Conv. EDH, art. 9.

<sup>41</sup> Guide sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme – Liberté de pensée, de conscience et de religion – Mis à jour au 31 décembre 2020 : [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_9\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_FRA.pdf)

V., entre autres, CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88, § 31 ; CEDH, *Buscarini et autres c. Saint-Marin [GC]*, 18 février 1999, n° 24645/94, § 34 ; CEDH, *S.A.S c. France*, 1<sup>er</sup> juillet 2014, n° 43835/11, § 124.

<sup>42</sup> *Charity Commission for England and Wales - The Druid Network - Decision made on 21 September 2010 – Application for Registration of the Druid Network* : « the Druid network has a combination of belief in a supreme being and a notion of sacred nature ». [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/324236/druiddec.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/324236/druiddec.pdf)

<sup>43</sup> N. DOE, *Law and religion in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 23.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>45</sup> Conv. EDH, art. 14.

<sup>46</sup> C. DUVERT, « Droit et religion(s) : genèse et devenir d'un rapport méconnu », *RRJ* 1996-3, p. 737.

Les trois pays n'y ont pas échappé, depuis le druidisme et les divinités romaines, aux religions plus connues et encore pratiquées de nos jours, que l'on songe, entre autres, aux différentes branches du christianisme, au judaïsme ou à l'islam.

En parallèle, ces mêmes pays se sont graduellement unifiés, organisés, structurés, en développant un sentiment d'appartenance identitaire (la nation) autour d'un ordre politique et juridique (l'État).

De manière traditionnelle, les auteurs analysent les relations entre la religion et l'État en quatre phases historiques : « (...) la première, jusqu'à l'édit de Constantin (313), pendant laquelle l'Église est essentiellement considérée comme une institution anti-étatique (à l'époque, anti-impériale), et en conséquence, persécutée et martyrisée ; la seconde, depuis l'édit de Constantin jusqu'au VIII<sup>e</sup> siècle, durant laquelle la reconnaissance de l'Église par l'État comporte également un fort risque d'instrumentalisation et implique, en conséquence, la nécessité que l'Église conserve son intégrité face à l'État, ce qui advient avec des résultats inégaux ; la troisième, du IX<sup>e</sup> siècle jusqu'au concordat de Worms (1122) durant laquelle, au contraire, le pouvoir spirituel, surtout sous certains papes (Grégoire VII, et plus tard Innocent III, Boniface VIII), tend à se prévaloir puis à diriger le politique ; enfin la quatrième période, qui a véritablement commencé avec l'écroulement de l'État pontifical (brèche de la *Porta Pia* le 20 septembre 1870) et qui semble définitive, dans la mesure où l'Église a renoncé au pouvoir temporel »<sup>47</sup>.

Parce que l'histoire de l'Angleterre, de la France et de l'Italie est, en termes de relations Église-État, relativement commune jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, l'analyse de Monsieur Antonino Spadaro s'avère applicable aux trois États en ses trois premières phases.

En revanche, la façon dont le tournant du XVI<sup>e</sup> siècle a été traversé par ces trois États nous amène à nuancer la quatrième phase et à la faire remonter, en ce qui concerne l'Angleterre, à 1534 avec l'adoption de l'Act de Suprématie<sup>48</sup> ou, côté français, à 1789, avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>49</sup>.

Les dates ici mentionnées n'ont pas seulement valeur chronologique : elles correspondent à des moments clés de l'histoire nationale des États et expliquent qu'à partir d'un événement au retentissement international, les 95 Thèses de Martin Luther suivies de

---

<sup>47</sup> A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale. Sulle radici «religiose» dello Stato «laico»*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 146-147.

<sup>48</sup> *Act of Supremacy* de 1534.

<sup>49</sup> Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen.

la Réforme, ces pays ont, plus ou moins rapidement, adopté de nouvelles façons de gérer leurs relations avec l'Église dominante de l'époque puis les divers autres cultes.

**7. Diversité des régimes régissant les rapports Églises-État.** - Aujourd'hui, l'habitude a été prise de distinguer, dans le cas particulier de l'Europe<sup>50</sup>, trois types de régimes régissant les rapports Églises-État : les régimes de religion d'État ou d'Église nationale, dans lesquels nous pouvons situer l'Angleterre ; les régimes de cultes reconnus, auxquels appartient l'Italie ; les régimes séparatistes, parmi lesquels figure la France.

L'Angleterre est traditionnellement décrite comme un pays avec Église d'État<sup>51</sup> ou Église établie, concept apparu plus particulièrement dans les pays d'Europe du Nord à la suite de la Réforme protestante : dans ce cas de figure, le lien entre une Église spécifique et l'État est particulièrement net. Ainsi, le souverain anglais est le chef de l'Église d'Angleterre, plus précisément son Gouverneur suprême. Le jour de son couronnement, il « prête serment, en présence de l'archevêque de Canterbury ou d'York, de maintenir la religion protestante réformée établie par la loi ; il jure de protéger ses droits ; la loi ecclésiastique et canonique est partie intégrante du droit anglais »<sup>52</sup>. Les évêques anglicans (et eux seuls) siègent à la *House of Lords*<sup>53</sup>. Il s'ensuit que la question de la place des cultes dits minoritaires au sein du paysage national se pose, à tout le moins, implicitement. Et pourtant, contre toute attente, aucun culte, même le culte anglican, n'est financé directement par l'État.

Le régime des cultes reconnus, plus tardif, permet une meilleure reconnaissance des religions minoritaires, tout en continuant d'octroyer une position dominante à une Église en particulier. Ce type de régime, très hiérarchisé et souvent complexe, que l'on dit parfois caractéristique de l'Europe du Sud et de pays majoritairement catholiques - bien qu'il ait été également adopté en Allemagne, en Autriche et dans un grand nombre de pays appartenant anciennement au bloc de l'Est<sup>54</sup> -, « fixé en grande partie par le droit unilatéral négocié »<sup>55</sup>, se distingue par « la prise en charge des besoins religieux par l'État (rémunération des ministres du culte) et les collectivités territoriales (entretien des bâtiments culturels et des logements de ministres de la religion) ainsi que par l'octroi d'un

---

<sup>50</sup> Sur les particularités américaines en matière d'appréhension du fait religieux : P. L. BERGER, G. DAVIE & E. FOKAS, *Religious America, secular Europe? A Theme and Variations*, Aldershot, Ashgate, 2008.

<sup>51</sup> À l'instar de la Finlande et du Danemark.

<sup>52</sup> B. BASDEVANT-GAUDEMET, s.v. « Église nationale » in F. MESSNER (dir.), *Droit des religions : dictionnaire*, Paris, CNRS éditions, 2011, p. 263.

<sup>53</sup> Précisons que cela était déjà le cas avant la Réforme anglicane.

<sup>54</sup> Auxquels on peut rajouter l'Espagne et la Belgique.

<sup>55</sup> F. MESSNER, s.v. « Europe » dans F. MESSNER, *Droit des religions : dictionnaire, op. cit.*, p. 302.

statut de droit public à certaines des institutions des cultes reconnus »<sup>56</sup>. Il en va ainsi de l'Italie, qui, *via* ses concordats et ententes, octroie à l'Église catholique un statut spécifique tout en reconnaissant la plupart des religions non-catholiques. L'Italie a, en outre, la particularité de se déclarer laïque depuis 1989, à la suite d'une décision de la Cour constitutionnelle italienne<sup>57</sup>, l'amenant à articuler laïcité et reconnaissance étatique des cultes en un subtil numéro d'équilibre.

Les deux régimes précédents ont été majoritairement retenus en Europe, tandis que quelques autres pays<sup>58</sup> ont adopté un troisième type de régime, dit séparatiste, dont la France est souvent considérée, si ce n'est comme le chef de file, à tout le moins, comme l'un des symboles. Ici aussi, le jeu d'équilibriste est frappant : en effet, la République française, depuis la loi de 1905, « ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte »<sup>59</sup>, tout en concédant des financements indirects, permettant l'acquisition de la personnalité juridique pour les religions se constituant en associations diocésaines ou cultuelles et instaurant un certain dialogue avec les divers cultes, sous la supervision du Bureau central des cultes du Ministère de l'Intérieur. Si les confessions ne bénéficient pas d'une reconnaissance officielle et si l'État adopte une forme certaine de neutralité, il serait faux pour autant d'affirmer que le fait religieux y est ignoré. En outre, et en parallèle de son régime général, la France a introduit un certain nombre de régimes locaux, donc d'exceptions territoriales, comme en Alsace-Moselle.

**8. Laïcité, culturelle ou non.** - Il peut sembler donc paradoxal, voire inutile, de mettre ainsi en exergue trois pays ayant adopté des régimes régissant leurs rapports avec la religion et les entités religieuses en théorie de manière si différente. L'étude d'une branche du droit des couples permet cependant de pleinement réaliser à quel point ces trois États, en dépit même des régimes qu'ils ont pu adopter au cours des siècles pour réguler leurs relations avec la religion et le monde religieux, sont bien plus proches qu'il n'y paraît, du fait de notre « *eurosecularity* »<sup>60</sup>, disent les Américains, ou, pour reprendre l'expression de Monsieur Jean-Paul Willaime, de notre « laïcité culturelle »<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 301-302.

<sup>57</sup> Corte cost., 12 avril 1989, n° 203, *Quaderni dir. pol. eccles.*, 1, 1990, p. 193-205; *FI*, 1989, I, p. 1333.

<sup>58</sup> La Suède et la Norvège ont récemment évolué d'un régime de religion d'État à un régime de séparation ; le Portugal, l'Irlande et les Pays-Bas ont également adopté ce type de régime.

<sup>59</sup> Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, JORF du 3 janvier 1907, art. 2.

<sup>60</sup> P. L. BERGER, G. DAVIE & E. FOKAS, *Religious America, secular Europe? A Theme and Variations*, *op. cit.* p.16.

<sup>61</sup> J.-P. WILLAIME, « Unification européenne et religions », in J. BAUDOUIN et P. PORTIER, *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui : contestations et renégociations du modèle français*, Rennes, Presses universitaires

Comme le souligne Madame Virginie Riva, « Jean-Pierre Willaime repère des convergences entre les pays européens dans ce qu'il nomme dans son ouvrage *Europe et religions*, l'acceptation d'une laïcité culturelle. Il se place d'un point de vue européen, pour éclairer la forte singularité française de trajectoire de dissociation politique et religieuse. Pour l'auteur, au-delà des trajectoires propres à chaque pays, il n'en reste pas moins que l'Europe partage une commune acceptation d'une laïcité non pas institutionnelle comme celle que connaît la France mais culturelle, qui n'inclut pas le monde orthodoxe. Cette laïcité regroupe quatre caractéristiques : la neutralité confessionnelle de l'État, la reconnaissance de la liberté religieuse et la liberté de non-religion, la reconnaissance de l'autonomie de la conscience individuelle ainsi que la réflexivité critique appliquée aux domaines de la religion, de la politique, de la science. C'est l'europanisation par le haut qui intéresse Willaime, puisqu'il fait de l'Europe le terrain, voire le laboratoire où s'expérimente une laïcité nouvelle, prête à s'ouvrir à la contribution que les religions peuvent apporter notamment dans le développement de la citoyenneté européenne »<sup>62</sup>.

Cependant, le terme « laïcité » est complexe. Faut-il le comprendre « à l'italienne », soit dans un contexte de reconnaissance pluriconfessionnelle ? « À la française », où État et Églises sont séparés mais où il existe plus de contacts qu'il n'y paraît entre les deux entités ? Sans réelle définition sur laquelle s'appuyer, les interprétations s'avèrent être assez nombreuses.

**9. Laïcité et (tentative de) définition.** - Le mot laïc, dérivé du grec, λαός, « peuple », devient, en latin, *laicus*, « commun, du peuple »<sup>63</sup>, par opposition aux clercs, ces « membres du clergé » lettrés, « quasiment les seuls à savoir lire et écrire »<sup>64</sup>, ce qui conduira ultérieurement à distinguer deux peuples, le *populus ductus et discens* (le peuple dirigé et instruit) du *populus ducens et docens* (le peuple qui conduit et qui est instruit)<sup>65</sup>.

On doit à l'Église catholique la mise en place de cette distinction laïc-clerc : « Du point de vue du droit canon, parmi les fidèles, apparaissent les clercs (qui exercent un ministère sacré, ayant reçu les ordres) et les laïques (qui, par définition négative,

---

de Rennes, 2001, § 8. Cf. également J.-P. WILLAIME, « La laïcité culturelle. Un patrimoine commun à l'Europe ? », *Projet*, n° 240, hiver 1994-1995, p. 7-15.

<sup>62</sup> V. RIVA, *La recomposition des identités politiques et religieuses en Europe : l'exemple du débat sur les racines chrétiennes de l'Europe en France, en Belgique et en Italie*, thèse Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2011, p. 21.

<sup>63</sup> A. REY (dir.), s.v. « Laïc », *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., p. 1961.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 776.

<sup>65</sup> A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale. Sulle radici «religiose» dello Stato «laico»*, op. cit., p. 165.

n'exercent aucun ministère). Les deux catégories peuvent être « consacrées », professer des vœux et devenir des *religieux* (dans le sens du canon 207<sup>66</sup>) »<sup>67</sup>.

Ce n'est que bien plus tard que le terme laïc vient à être utilisé pour désigner « ce qui n'est pas ecclésiastique et, par extension, ce qui n'appartient pas au monde profane, à la vie civile (1690), en particulier ce qui est indépendant de toute croyance religieuse (1873) »<sup>68</sup>, pour être ensuite décliné sous ses dérivés « laïcisme » et « laïcité », sans pour autant tomber dans l'usage courant. Ainsi, en France, d'aucuns qualifient volontiers la loi de 1905 de « loi sur la laïcité » quand le mot n'y apparaît pas une seule fois : il faut en effet attendre la Constitution de 1946 pour que la République française soit officiellement qualifiée de « laïque ».

Parce que le principe laïc n'est pas clair, parce qu'il est trop connoté « français » et, en dehors des frontières hexagonales, trop associé à la lutte anti-religieuse/anti-religion supposément menée par la France même encore aujourd'hui<sup>69</sup>, la CEDH préfère éviter son utilisation et souligner l'importance de trois autres mots qu'elle considère essentiels : « Rôle de l'État, neutralité, impartialité : La Cour a souvent mis l'accent sur le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Comme signalé précédemment, elle estime aussi que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci (voir, notamment, *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, § 47, Recueil 1996-IV, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, § 78, CEDH 2000-XI, et *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 91,

---

<sup>66</sup> CIC 1983, canon 207 : « § 1. Par institution divine, il y a dans l'Église, parmi les fidèles, les ministres sacrés qui en droit sont aussi appelés clercs, et les autres qui sont aussi appelés laïcs. § 2. Il existe des fidèles appartenant à l'une et l'autre catégorie qui sont consacrés à Dieu à leur manière particulière par la profession des conseils évangéliques au moyen de vœux ou d'autres liens sacrés reconnus et approuvés par l'Église et qui concourent à la mission salvatrice de l'Église ; leur état, même s'il ne concerne pas la structure hiérarchique de l'Église, appartient cependant à sa vie et à sa sainteté. »

<sup>67</sup> A. SPADARO, *op. cit.*, p. 165.

<sup>68</sup> A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.*, p. 1962.

<sup>69</sup> Il suffit pour s'en convaincre de lire l'article du *New York Times* publié le 1<sup>er</sup> janvier 2021 : <https://www.nytimes.com/2021/01/01/world/europe/an-embattled-public-servant-in-a-fractured-france.html> - Cf. également la façon dont l'expression de Voltaire, « Écrasons l'infâme », est perçue outre-Atlantique : P. L. BERGER, G. DAVIE & E. FOKAS, *Religious America, secular Europe? A Theme and Variations*, *op. cit.*, p. 17.

CEDH 2003-II), et considère que ce devoir impose à l'État de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent (voir, notamment, Leyla Şahin, précité, § 107) »<sup>70</sup>.

Dans la même ligne, l'Union européenne, même si elle n'a pas vocation à s'intéresser au religieux *stricto sensu*, a néanmoins tenu également à préciser que « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit ainsi que de respect des Droits de l'Homme. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les hommes et les femmes »<sup>71</sup>.

Pluralisme, non-discrimination et justice : autant de principes pouvant permettre d'encadrer, si nécessaire, les cultes au niveau de l'Union européenne.

**10. Sécularisation**<sup>72</sup>. - Quand le thème de la laïcité est abordé, un terme lui est par ailleurs fréquemment associé, en guise de synonyme, celui de « sécularisation ». Les deux concepts sont pourtant bien distincts mais le fait est que le mot « laïc » est traduit en langue anglaise par le terme « *secular* », entraînant une certaine confusion en la matière.

Une société est dite sécularisée<sup>73</sup> lorsque l'on note un déclin certain de l'activité religieuse sur un laps de temps donné, déclin dû à des institutions elles-mêmes sécularisées ou non. Selon Monsieur Karel Dobbelaere<sup>74</sup>, la sécularisation de nos sociétés se fait aujourd'hui sentir tant au niveau sociétal qu'organisationnel et personnel, « *the societal (or macro) level, the organisational (or meso) level and the individual (or micro) level* »<sup>75</sup>. L'auteur insiste plus particulièrement sur « la pertinence décroissante des valeurs, institutionnalisées par la religion d'une Église, pour l'intégration et la légitimation de la vie quotidienne dans la société moderne », « *the shrinking relevance of the values, institutionalised in Church religion, for the integration and legitimation of everyday life in modern society* »<sup>76</sup>, emblématique de cette sécularisation sociétale vue comme un « produit

---

<sup>70</sup> CEDH, *S.A.S c. France*, 1<sup>er</sup> juillet 2014, n° 43835/11, § 127.

<sup>71</sup> Traité constitutionnel de l'Union européenne (2003), art. I-2, Les valeurs de l'Union et Versions consolidées du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 2.

<sup>72</sup> Certains auteurs vont jusqu'à employer le terme « déconstruction de la religion » : S. FERRARI, "Law and Religion in a Secular World : a European Perspective", *Ecc LJ*, 14, 2012, p. 359.

<sup>73</sup> Du latin impérial *saecularis* « séculaire », dérivant du bas latin ecclésiastique *saeculum* « siècle ».

<sup>74</sup> K. DOBBELAERE, "Trend Report : Secularisation: A Multi Dimensional Concept", *Current Sociology* (29) 2, 1981, p. 3-153.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 5.

de modernité », « *a product of modernity* »<sup>77</sup>, s’accompagnant en parallèle d’une sécularisation individuelle, c’est-à-dire de la perte de contrôle, de la part des autorités religieuses, des croyances, des pratiques et des principes moraux des personnes : « *the religious authorities have lost control over the beliefs, practice, and moral principles of individual persons. In its simplest form, it refers to “a drop in church practice and beliefs”. To be more precise, it focuses on individual behaviour and measures the declining interaction with and integration in religious bodies. This includes the extent to which rites of passage such as birth, marriage and burial cease to be sacralised. Moreover, it also includes “the disengagement of those still in the churches, the emergence of new forms of religion outside the scope of religious authorities, and development of non-religious meaning systems”. Individual secularisation therefore, covers not only the empty pews found in churches on Sunday but also, the commercialisation of Christmas.* »<sup>78</sup>

Divers facteurs peuvent expliquer la sécularisation de la société des trois États : le passage d’un modèle industriel prédominant à une société de consommation ; les nouvelles façons de travailler, de gérer ses heures de loisir ; le service tertiaire en expansion ; la révolution digitale ; l’évolution du système éducatif<sup>79</sup> ; les changements démographiques<sup>80</sup> ; les métamorphose du lien conjugal ; l’immigration<sup>81</sup>, pour ne nommer que les éléments les plus probants. Toutes ces données auraient contribué à éloigner un grand nombre d’individus de l’influence des Églises<sup>82</sup> quand d’autres, minoritaires, s’en seraient rapprochés, voire se seraient radicalisés.

Et pourtant, note Madame Grace Davie<sup>83</sup>, même chez ceux qui se disent non pratiquants, voire non croyants, il resterait un attachement certain, un lien ténu avec le monde de la religion, hérité d’une culture religieuse pas si lointaine et donc encore prégnante, pouvant expliquer, en partie en tout cas, la prégnance persistante de la religion, en particulier en droit de la famille.

---

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> R. SANDBERG, *Religion, law and society*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>79</sup> G. DAVIE, *Religion in Britain since 1945*, Oxford (Royaume-Uni) et Cambridge (MA, USA), Blackwell, 1994, p. 18.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 52. Un seul exemple : sur 1000 naissances, 672 enfants étaient baptisés au sein de l’Église d’Angleterre en 1950 ; le chiffre tombe à 554 en 1960 ; dans les années 80, il passe sous la barre des 40% ; en 1990, seuls 27,5% des enfants sont baptisés anglicans. Sur les projections à venir : <https://www.pewforum.org/2017/04/05/the-changing-global-religious-landscape/>

<sup>83</sup> G. DAVIE, *Religion in Britain. A persistent paradox*, Chichester, Wiley Blackwell, 2014, p. 6 et s.



**11. Droit des couples et spécificités nationales.** – Pour reprendre les mots de Monsieur Luc Hartemann, « la famille est (...) le lieu géométrique de tant d'influences diverses - historiques, religieuses, morales, voire politiques - qu'elle procède directement de l'histoire d'un peuple, dont le droit constate l'évolution plus qu'il ne la précède »<sup>84</sup>.

Si le droit de la famille s'avère un formidable terreau d'observation des us et coutumes nationaux, le « siège des particularismes nationaux »<sup>85</sup> selon l'expression du Doyen Carbonnier, des problèmes se posent de manière similaire de part et d'autres des frontières, de manière universelle<sup>86</sup>, laissant hypothétiser de nombreuses solutions communes.

Les réponses apportées ne sont cependant pas toutes convergentes. Il en va ainsi du principe anglais de *pre-nuptial agreement* permettant d'écarter toute responsabilité civile extracontractuelle en cas de rupture de fiançailles, qui paraît difficilement transposable en droit français ou italien. Il semble également inconcevable à ce stade que la France cesse de pénaliser le non-respect de l'antériorité du mariage civil, de même qu'il semble peu imaginable que l'Angleterre et l'Italie lui empruntent cette norme. À l'heure de la déjudiciarisation de la procédure de divorce en France comme en Italie, l'idée anglaise de l'octroi d'un divorce en deux temps, avec un *decree nisi* normalement suivi d'un *decree absolute*, permettant d'amener les parties à résoudre leurs derniers désaccords, ne paraît pas vraiment exportable outre-Manche.

**12. Droit des couples et similarités.** - Pour autant, force est de constater que ce qui peut rassembler les trois États, à tout le moins en droit des couples, est bien plus développé que ce que l'on imagine *a priori*. Il est en effet frappant de noter une même façon de concevoir le mariage civil dans les trois pays, non seulement quant à son principe mais également en ce qui concerne ses conditions de fond comme de forme. De remarquer comment s'est mis en place le PACS, le *civil partnership* ou *l'unione civile*. Ou encore d'observer une même reconnaissance du principe du divorce.

La raison en est assez simple : l'héritage juridique de la tradition romaine s'est retrouvée massivement intégrée à la religion chrétienne, qui s'est elle-même diffusée un peu partout en Europe, et en particulier dans ces trois pays lors de ce que l'on a pris

---

<sup>84</sup> L. HARTEMANN, « Introduction générale », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF et INSTITUT DE DROIT COMPARÉ de LYON, *Mariage et famille en question. (2), L'évolution contemporaine du droit anglais*, Paris : Éditions du CNRS, 1979, p. 7.

<sup>85</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit : textes pour une sociologie sans rigueur*, Paris : LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1971, p. 127.

<sup>86</sup> V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 22.

l'habitude de nommer la *Christianitas*. L'intégration ultérieure des coutumes germaniques, pour déstabilisatrices que ces dernières aient pu être, n'a en aucune manière mis à mal cette unité et cet équilibre chrétiens.

Pendant des siècles, et malgré quelques sonorités locales, le droit des couples anglo-franco-italien est donc très proche. Il va perdurer, à tout le moins en partie, au-delà de la crise que constitue le XVI<sup>e</sup> siècle, avec ses contestations théologiques et politiques et autres révolutions (bien que la *Glorious Revolution* anglaise n'ait que peu de rapport avec la Révolution française), les trois États se le réappropriant de façon relativement similaire : ainsi, toute une partie de l'institution matrimoniale initialement chrétienne va être peu à peu sécularisée, s'affranchissant des marques religieuses antérieures, pour être intégrée au droit civil des trois États. Le mariage civil en est une parfaite illustration.

**13. Le tournant du XVI<sup>e</sup> siècle.** - Le tournant du XVI<sup>e</sup> siècle a brouillé cette vision unitaire, pour être ensuite oublié, dans un souci primordial de retour à la paix et à l'équilibre.

Les Français ont pris l'habitude de considérer 1789 comme la date par laquelle « le » changement est survenu. Cela est sans doute vrai sur de nombreux plans mais, en droit des couples, c'est bien la Réforme luthérienne, déclenchée en 1517, qui marque une réelle « rupture de l'unité de foi du monde chrétien »<sup>87</sup> et transforme en profondeur, et cette fois de manière vraiment « territoriale », le mariage, voire le divorce puisque, pour certains, l'union entre l'homme et la femme cesse d'être indissoluble. Il devient important, pour ne pas dire indispensable, pour les trois États de clairement manifester leurs positions. C'est désormais une question d'affirmation identitaire, nationale, de souveraineté : on en vient donc, en France, à concevoir le mariage comme un contrat, quand l'Angleterre le déclare une « *institution* ». En conséquence, dans le premier cas, seul le mariage civil est dorénavant reconnu, un principe toujours valable aujourd'hui. Dans le second cas, le mariage se décline en une palette de choix : mariage civil, mariage anglican, mariage juif et quaker, mariage d'autres religions, à l'instar de ce qu'offrira également l'Italie, lors de la signature des accords du Latran, avec son mariage concordataire, religieux avec entente, religieux sans entente ou purement civil.

---

<sup>87</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris, les Éditions du Cerf, 1987, p. 275.

**14. Une réalité complexe.** - Sur la base de ce qui précède, il serait tentant de schématiser les positions des uns et des autres : la France, ex-fille aînée de l'Église, est passée de l'autre côté du miroir et s'acharne à lutter contre tout signe religieux, en une attitude que le monde anglo-saxon se plaît à dépeindre comme particulièrement stigmatisante vis-à-vis des fidèles musulmans, sans aucun « accommodement » ne serait-ce que « raisonnable »<sup>88</sup>. L'Angleterre et l'Italie, restées proches de la religion, en particulier de l'anglicanisme et du catholicisme, sont prêtes à tout lui concéder, comme le prouverait la solution du *quadruple lock* octroyée à l'Église anglicane, lui évitant de célébrer des mariages homosexuels, ou le maintien de l'interdiction du mariage pour les couples de même sexe en Italie. En d'autres termes, la France refuserait non seulement de prendre la religion en considération, mais, également, tout concept de relevance juridique<sup>89</sup>, c'est-à-dire qu'elle se refuserait à considérer l'ordre juridique établi par certaines religions, quand l'Angleterre et l'Italie accueilleraient et le fait religieux et la norme religieuse, au nom de ce même concept.

La réalité est évidemment beaucoup plus complexe.

D'une part, parce que, liberté de conscience, protection de la liberté de religion et principes démocratiques obligent, il serait faux de penser que la France nie le fait religieux. À l'inverse, non seulement les juges français sont régulièrement confrontés au religieux mais ils tentent toujours de trouver une solution, dans le respect du principe de laïcité, c'est-à-dire sans s'immiscer dans le dogme religieux. Comme le précise Monsieur Louis de Naurois : « Les tribunaux doivent protéger les convictions religieuses, c'est une exigence de la laïcité, qui a pour but précisément de garantir la liberté de conscience ; la jurisprudence nous fournit maintes applications de ce principe »<sup>90</sup>. À ce titre, les juges français, bien que prudents, ont su développer la théorie de l'abus de droit en cas de refus de délivrance du *guet*<sup>91</sup>, ce libelle entérinant le divorce juif, indispensable à toute femme désirant continuer à vivre en accord avec sa foi sans être déclarée *agunah*, enchaînée à son union non religieusement dissoute.

D'autre part, qu'il s'agisse d'un régime d'Église établie ou d'un système concordataire/d'entente, ni l'Angleterre ni l'Italie n'ont vocation à devenir une théocratie. Les deux États entendent bien garder leur souveraineté sur ce qu'ils estiment ressortir de

---

<sup>88</sup> S. ROUX, *Laïcité et droit privé*, thèse Paris 2 Panthéon-Assas, 2021.

<sup>89</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002, § 34, p. 106 : « Si un ordre juridique est irrelevant selon tel autre, cela signifie qu'il n'y a aucune relation entre eux » - Cf. également S. ROUX, *op.cit.*, p. 40 et s.

<sup>90</sup> L. DE NAUROIS, obs. sous CA Paris, 4 février 1959, *JCP* 1960, II, 11632.

<sup>91</sup> Le *guet* peut également s'orthographier *gueth* ou *guett*.

leurs compétences. Ainsi, afin qu'un mariage religieux anglais non-anglican, non-juif ou non-quaker soit reconnu valable, donc qu'il bénéficie d'effets civils, il faut qu'il se déroule en un endroit *registered*, donc *certified*, en présence d'un *registrar of marriages* ou d'une *authorised person*, autant d'impératifs extrêmement lourds de conséquences en cas de défaut, puisque menant à un *non-marriage*. De même, qu'il s'agisse d'un mariage concordataire ou *acattolico*, non-catholique, l'État italien fait en sorte de se rappeler aux bons souvenirs des mariés et de leurs invités, à diverses étapes jugées essentielles : à ce titre, lecture de divers articles du Code civil italien est faite juste après la bénédiction religieuse.

Chaque pays a donc cherché à atteindre puis à maintenir un nouvel équilibre entre les Églises et l'État, au regard de sa culture mais surtout de son histoire. On ne peut que souscrire à la remarque de Madame Anne-Marie Leroyer lorsqu'elle affirme que « le droit prend en compte le fait religieux de manière d'ailleurs très marquée en droit de la famille »<sup>92</sup>.

**15. Droit des couples et religion.** – Comme le souligne le professeur François Terré, « Il existe, à vrai dire, des règles de droit dont on imagine mal les relations avec des commandements religieux ; ainsi en est-il des dispositions du code de la route. Il en est d'autres, au contraire, dont on perçoit aisément les possibles rapport avec la religion, par exemple celles qui gouvernent le mariage – ou le divorce. L'existence de ces zones où peuvent se superposer le droit et la religion suscite divers ordres de réflexion, liés à des différences et des influences. »<sup>93</sup>

L'influence religieuse étant plus marquée dans certains domaines du droit des couples, notre analyse portera sur le lien conjugal, c'est-à-dire les fiançailles, longtemps conçues comme une « déclaration réciproque d'un homme et d'une femme qui prennent l'engagement moral d'entrer prochainement dans les liens du mariage »<sup>94</sup>, en passant par le concubinage, visant par là la situation de deux personnes « vivant maritalement alors que l'union conjugale n'a pas été célébrée »<sup>95</sup>, et le mariage, c'est-à-dire d'une « union stable (...) résultant d'une déclaration reçue en forme solennelle en vue de la création d'une famille »<sup>96</sup>. Qui dit union dit également désunion, donc séparation, ce « relâchement du

---

<sup>92</sup> A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, Paris, PUF, 2011, p. 66.

<sup>93</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2000, p. 9, n° 9.

<sup>94</sup> R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1993, p. 217.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 292.

lien conjugal »<sup>97</sup> ; divorce, soit la « rupture du lien conjugal prononcée par un jugement »<sup>98</sup>, et nullité, cette « sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation »<sup>99</sup>. Toutes ces notions s'entendront aussi bien des couples hétérosexuels, homosexuels que transgenres.

**16.** L'accent sera donc porté sur cette alliance qui a fait et continue à faire couler tant d'encre, entre le Trône et l'Autel, sous l'angle conjugal, en tâchant de s'éloigner des idées reçues relatives à l'Europe du Nord, forcément progressiste, de l'Ouest, idéalement pragmatique, du Sud, joyeusement désorganisée<sup>100</sup>.

**17. Méthodologie**<sup>101</sup>. – Il existe diverses approches méthodologiques en droit comparé, développées progressivement à partir du célèbre Congrès international de droit comparé tenu à Paris en 1900, actant « la naissance d'une discipline nouvelle »<sup>102</sup> et autonome. Les noms des professeurs Kohler, Lambert et Saleilles, plus tard ceux de Schwarz-Liebermann Von Wahlfendorf ou encore de Constantinesco se diffusent, faisant écho des diverses écoles en présence. Si la méthode purement descriptive<sup>103</sup> et son approche évolutionniste sont quelque peu tombées en désuétude, les méthodes conceptuelle (fondées sur les concepts juridiques<sup>104</sup>), fonctionnelle (selon une approche « orientée en fonction du problème »<sup>105</sup>), factuelle (permettant de « généraliser les éléments identiques, déterminés à partir de situations juridiques concrètes »<sup>106</sup>) ou contextualiste<sup>107</sup> (cherchant à appréhender le « droit en action », par des « facteurs environnementaux »<sup>108</sup>) sont toujours d'actualité. Le XXI<sup>e</sup> siècle propose également deux approches, l'une se concentrant sur la macro-

---

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 417.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 313.

<sup>100</sup> A. DITTGEN, « La forme du mariage en Europe. Cérémonie civile. Cérémonie religieuse. Panorama et évolution », *Population* 1994, 2, p. 339 et s.

<sup>101</sup> U. KISCHEL, « La méthode en droit comparé. L'approche contextuelle », *RID comp.*, vol. 68, n° 4, 2016, p. 907-926.

<sup>102</sup> T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, PUF, 2017, p. 9.

<sup>103</sup> B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspective », *RID comp.*, vol. 57, n° 1, 2005, p. 38 et s.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>107</sup> Sur cette méthode en particulier : U. KISCHEL, « La méthode en droit comparé. L'approche contextuelle », *RID comp.*, vol. 68, n° 4, 2016, p. 907-926.

<sup>108</sup> B. JALUZOT, *op.cit.*, p. 42-43.

comparaison<sup>109</sup>, soit l'étude globale des systèmes juridiques, quand la micro-comparaison<sup>110</sup> insiste sur la comparaison de deux institutions juridiques et les solutions apportées à un même problème, afin d'éventuellement élaborer un droit commun et d'améliorer son propre système, tout en cherchant à éviter certains écueils linguistiques et à réduire le risque de faux amis juridiques. Il n'existe donc pas une méthode mais des méthodes de droit comparé, toutes comportant des avantages et des inconvénients. Il nous a semblé important à ce stade de suivre certains conseils avancés par Monsieur John C. Reitz<sup>111</sup>, en comparant de manière explicite certains aspects de plusieurs systèmes juridiques<sup>112</sup>; en soulignant les similarités et les différences au sein des systèmes juridiques, mais également les potentielles équivalences<sup>113</sup>; en donnant les raisons des similarités et des différences des systèmes juridiques<sup>114</sup> (en tenant compte donc des traditions aussi bien politiques qu'économiques, sociales, historiques ou géographiques); sans oublier l'angle linguistique<sup>115</sup>, l'idéal étant d'accéder à toutes les sources primaires de manière directe, en évitant donc les traductions.

**18. Annonce de plan.** - Parce qu'on « ne peut comprendre aucune réalité actuelle sans référence au passé »<sup>116</sup>, il nous a semblé indispensable de développer notre sujet en tenant compte de la dimension historique propre à chaque pays, de revenir sur l'héritage romano-chrétien commun mais également d'analyser les faits qui ont bouleversé en profondeur nos pays d'étude, depuis la Réforme du XVI<sup>e</sup> siècle en passant par les diverses Révolutions, sans jamais perdre de vue l'institution matrimoniale (Titre I).

Le contexte historique posé, il sera temps alors de se demander comment l'État a réussi à dominer l'Église et à élaborer un droit civil des couples. Cet avènement, partagé par les trois États, s'est réalisé par étapes : l'État, quel qu'il soit, s'est tout d'abord réapproprié les notions de fiançailles, de mariage, de séparation et de nullité. Dans un second temps, il s'est autorisé à réinventer certains aspects du droit des couples, en autorisant le divorce, pour ensuite le révolutionner, en introduisant les partenariats

---

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>111</sup> J. C. REITZ, "How to Do Comparative Law", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, n° 4, 1998, p. 617-636.

<sup>112</sup> Règle 1 : *Ibid.*, p. 618 et s.

<sup>113</sup> Règle 2 : *Ibid.*, p. 621 et s.

<sup>114</sup> Règle 5 : *Ibid.*, p. 626 et s.

<sup>115</sup> Règle 7 : *Ibid.*, p. 632 et s.

<sup>116</sup> B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Les autorités compétentes pour élaborer le droit relatif aux confessions religieuses », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 13.

enregistrés et en ouvrant le mariage à tous. Ce faisant, l'État soulignait ce qu'avait déjà anticipé Pierre Laffitte à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : « Dieu a cessé d'être d'ordre public, désormais, il est seulement de droit privé »<sup>117</sup> (Titre II).

Pour autant, force est de constater qu'il existe une persistance, certaine bien que variable, de l'influence de l'Église sur le droit civil des couples des trois pays. Afin de mieux illustrer cette affirmation, nous nous intéresserons aux mariages religieux à effets civils, tels que couramment pratiqués en Angleterre et en Italie, mais aussi en France, *via* son droit international privé. Nous nous pencherons ensuite sur la manière dont ces trois pays gèrent certains problèmes récurrents, tant celui des mariages religieux non reconnus, en l'espèce musulmans, que des divorces religieux, plus particulièrement juifs. Enfin, nous nous poserons la question de la place des tribunaux religieux dans l'ordre juridique des trois États (Titre III).

**19.** Comme le résume Monsieur Alessandro Ferrari, « L'histoire européenne est marquée par la suprématie du politique sur le religieux. C'est le modèle westphalien : l'État donne des limites précises au religieux »<sup>118</sup>. Mais, précise-t-il ensuite, « l'Europe est dans une dynamique centrée sur le retour à ses valeurs et sur la redéfinition des principes de laïcité et de neutralité de l'État ».

---

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 147 : P. LAFFITTE, désigné par Auguste Comte, chef de file du Positivisme, comme son successeur.

<sup>118</sup> Interview d'Alessandro FERRARI, journal *La Croix*, 3 mars 2018 : <https://paris-international.blogs.la-croix.com/lislam-en-italie-une-organisation-insuffisante-face-a-une-reticence-latente/2018/03/03/>





# TITRE I : HISTOIRE D'UNE RUPTURE

## COMMUNE : VERS L'HYPOTHÈSE D'UN

### DROIT DES COUPLES SÉCULIER

20. À la manière de Madame Grace Davie et de Madame Danièle Hervieu-Léger, « on peut s'interroger sur la légitimité et la possibilité d'embrasser dans la même perspective d'analyse des pays massivement catholiques comme l'Espagne, le Portugal, la Belgique, l'Italie ou l'Irlande, des pays d'hégémonie luthérienne tels que les pays scandinaves, des pays pluri ou bi confessionnels comme le Royaume-Uni ou les Pays-Bas, la Suisse ou l'Allemagne, ou bien la laïcité à la française »<sup>119</sup>. Indéniablement, tous ces pays sont différents les uns des autres. Linguistiquement, culturellement, religieusement.

21. « Et pourtant », poursuivent Madame Grace Davie et Madame Danièle Hervieu-Léger, « en dépit de cette pluralité aisément repérable, il y a quelques raisons qui justifient de tenter, en guise d'introduction, une approche synthétique de la « religion européenne »<sup>120</sup>. Car, il y a bien un terreau, un berceau commun, même si les trajectoires se sont diversifiées par la suite.

C'est donc sous cet angle à la fois de l'identité et de la pluralité historico-religieuses que nous voudrions ici nous intéresser, afin de comprendre comment les nations anglaise, française et italienne ont su évoluer afin d'offrir leur visage actuel.

22. On distingue traditionnellement deux grandes périodes dans l'histoire des trois États, dont le XVI<sup>e</sup> siècle constitue le point de rupture.

Au cours de la première période couvrant les premières mille cinq cent années post-christiques, et bien avant la naissance de l'Union européenne, l'Angleterre, la France et l'Italie, quoique entités identifiées, appartiennent à un même ensemble : d'abord partie intégrante de l'Empire romain, elles deviennent ensuite membres de la *Christianitas* se

---

<sup>119</sup> G. DAVIE et D. HERVIEU-LÉGER, *Identités religieuses en Europe*, Paris, Éd. la Découverte, 1996, in V. RIVA, *La recomposition des identités politiques et religieuses en Europe: l'exemple du débat sur les racines chrétiennes de l'Europe en France, en Belgique et en Italie*, op. cit., p. 20.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 21.

constituant progressivement après l'effondrement du monde romain, sous l'égide de l'Église catholique, au sens d'universel.

Dès le départ, les rapports que nos États vont entretenir avec la papauté ne vont cesser d'évoluer, au gré des doctrines alors en vigueur, à l'instar de la théorie de la théocratie royale puis de celle pontificale, les périodes de paix alternant avec les périodes de tensions.

D'une manière générale, cette période, à la fois d'une grande richesse intellectuelle et d'une certaine stabilité politique, a permis le développement d'un droit matrimonial spécifique, tour à tour influencé par le droit romain, puis par le droit canonique. A ainsi été élaboré un droit des couples centré à la fois sur la notion de consentement (issu du droit romain) et sur l'importance des liens du mariage, de leur valeur sacramentelle, ce qui amènera à les rendre finalement indissolubles (selon la doctrine chrétienne<sup>121</sup>).

**23.** La Réforme protestante va faire voler en éclat cette unité, sans doute trop fragile tant d'un point de vue politique - les États aspirant désormais à s'autonomiser de Rome - que religieux - les hommes cherchant dorénavant d'autres cheminements que celui purement catholique pour répondre à leurs interrogations. À court terme, le monde catholique va tenter de réagir en convoquant, en 1545, le concile de Trente. Mais le schisme est là, brutal, profond, prenant un visage spécifique en fonction du pays concerné. À long terme, il va amener les hommes à repenser la religion et son rapport à l'État. La plupart du temps, cette refonte intellectuelle se concrétisera de manière violente, entraînant révoltes et révolutions. Les Anglais n'y échapperont pas plus que les Français ou les Italiens, chacun cherchant sa voie propre, son épanouissement, sa stabilité, qui au travers d'une *Glorious Revolution* de 1688, d'une Révolution de 1789 ou de Guerres d'indépendances des années 1848-1861.

Sous l'angle matrimonial, l'unité a également disparu. Du fait d'événements nationaux, chaque pays va devoir ou vouloir adopter de nouvelles mesures. Ces évènements sont primordiaux. Il est impossible de comprendre le droit moderne matrimonial anglais si l'on ne s'intéresse pas à l'histoire d'Henry VIII, à l'*establishment* de son Église, à la *Toleration*, ou encore aux divers *Marriage Acts*, en particulier ceux de 1753 et de 1857. Il s'avère également difficile de comprendre la laïcité française si l'on ne prend pas le temps d'analyser les concordats, en particulier celui de 1801, ainsi que la loi

---

<sup>121</sup> J. BERNHARD, « À propos de l'indissolubilité du mariage chrétien », *RSR* 1970, vol. 44, n° 1, p. 52 et s.

de Séparation des Églises et de l'État de 1905, prolongements ultimes de la Révolution de 1789, elle-même aboutissement du mouvement gallican initié sous Philippe Le Bel. Il est encore impensable de saisir l'Italie d'aujourd'hui si l'on fait l'impasse sur son unité un temps imparfaite et sa douloureuse question romaine, ayant engendré la nécessité absolue de trouver une solution, quitte à ce que cela soit Mussolini qui en prenne l'initiative avec les accords du Latran, amendés en 1984, avant que le pays ne puisse se prévaloir d'un principe de laïcité, bien différent de son homologue outre-Alpes.

En s'éloignant toujours plus de la Rome catholique sans renier totalement pour autant certains fondements chrétiens, nos États vont développer un droit des couples original, national, parfois proche de celui des autres, parfois très éloigné. En tout état de cause, le résultat au XX<sup>e</sup> siècle est nettement plus séculier, voire laïc, que précédemment.

**24.** Il est à ce stade prudent d'insister sur ce qui a été précédemment évoqué rapidement, à savoir que sécularité et laïcité ne sont pas synonymes. Le concept laïc est, on s'en rend compte au quotidien, d'appréhension compliquée pour un Français. Il s'avère souvent incompréhensible pour un non-francophone, et au-delà, pour toute personne n'ayant pas été sensibilisée très tôt à ce concept si particulier.

En tout premier lieu, pour une raison purement linguistique : en effet, en dehors des langues latines<sup>122</sup>, il est intraduisible. Qui dit langues latines, dit pays latins majoritairement catholiques : certains auteurs en viennent à se demander si « la notion de laïcité ne concernerait pas davantage les pays majoritairement catholiques que les pays majoritairement protestants, orthodoxes ou biconfessionnels »<sup>123</sup>.

C'est alors souvent le mot anglais « *secularisation* » qui est censé s'en approcher au mieux, ce qui dès le départ induit des malentendus, les deux termes ne devant en effet pas être confondus. Même si la notion de laïcité varie d'un auteur, voire d'un pays à un autre, on y retrouve l'idée centrale d'une « perte progressive d'influence et de rôle social de la religion dans le champ institutionnel »<sup>124</sup>, liée à « la gouvernance politique de la religion »<sup>125</sup>. La sécularisation reflète, elle, « le reflux social de la religion, le passage d'une culture religieuse à une croyance religieuse, la perte de poids relative et progressive

---

<sup>122</sup> *Laicità* en italien, *laicidad* en espagnol, *laicidade* en portugais, *laicitate* en roumain.

<sup>123</sup> J.-P. WILLAIME, « La prédominance européenne d'une laïcité de reconnaissance des religions », in J. BAUBÉROT, M. MILOT et P. PORTIER, *Laïcité, laïcités : reconfigurations et nouveaux défis : Afrique, Amérique, Europe, Japon, pays arabes*, Paris : Éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2014, p. 101.

<sup>124</sup> J.-P. SCHREIBER, « La laïcité dans tous ses États », in A. DIERKENS (dir.), *Laïcité et sécularisation dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2006, p.16.

<sup>125</sup> J. BAUBÉROT, *Les laïcités dans le monde*, Paris, PUF, 2010, p. 46.

des institutions religieuses dans la vie sociale et de la culture religieuse formelle par rapport à la culture commune »<sup>126</sup>, autrement dit « la perte de la pertinence sociale des univers religieux dans les sociétés modernes qui fonctionnent progressivement selon des critères de rationalité instrumentale liés aux sciences et aux techniques »<sup>127</sup>, ce que Madame Grace Davie a synthétisé en l'expression devenue célèbre, « *Believing without belonging* »<sup>128</sup>.

Or, si les trois pays d'étude font face aujourd'hui à une forte sécularisation, ils sont loin d'être tous laïcs, comme le prouve le cas anglais. À l'inverse, certains pays peuvent être fortement laïcisés mais très peu sécularisés<sup>129</sup>. Enfin, on peut être un État à la fois laïc et séculier, mais avec une conception de la laïcité très différente du point de vue français : l'Italie en est une parfaite illustration.

En fin de compte, le concept laïc étant difficilement traduisible, tant d'un point de vue linguistique que conceptuel, il en résulte un certain nombre d'incompréhensions et parfois même de critiques émanant de pays de traditions différentes<sup>130</sup>, qui comprennent mal « la singularité absolue »<sup>131</sup> de la France, cette « Fille aînée de l'Église ».

C'est là que l'Histoire s'avère un outil précieux : en remontant le cours des événements, elle nous permet de dissiper ces malentendus et de donner un sens à nos différences.

**25.** Il nous a semblé que la meilleure façon de retracer ces quelques deux mille ans d'histoire devait s'effectuer de manière chronologique, afin que les lecteurs puissent en suivre le fil d'Ariane le plus aisément possible. À ce stade, regrouper les connaissances par thème, pour intéressant que soit l'exercice, risquait d'ajouter confusion et perte d'intérêt envers un sujet intrinsèquement déjà compliqué.

Toute évocation d'évènements historiques dans l'ordre temporel fait écho à des dates clés de l'histoire nationale de chaque État. Ainsi, traditionnellement, les historiens français organisent leurs plans, quels qu'ils soient, autour de 1789. Ce n'est pas celle retenue ici. Premièrement, parce que, thèse comparative oblige, l'étude de la France est ici complétée par deux autres pays, pour lesquels 1789 évoque certes, un fait historique

---

<sup>126</sup> J.-P. SCHREIBER, « La laïcité dans tous ses États », in A. DIERKENS (dir.), *op. cit.*

<sup>127</sup> J. BAUBÉROT, *Les laïcités dans le monde*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>128</sup> G. DAVIE, *Religion in Britain since 1945*, *op. cit.* Cf. également G. DAVIE, *Religion in Britain. A persistent paradox*, *op. cit.*

<sup>129</sup> C'est le cas de la Turquie, pays n'entrant cependant pas dans notre champ d'étude.

<sup>130</sup> A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale. Sulle radici «religiose» dello Stato «laico»*, *op. cit.*, p. 204.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 205.

marquant mais non déterminant. Ensuite, parce que, au regard de notre sujet, le tournant majeur est indéniablement le XVI<sup>e</sup> siècle, soit deux siècles avant la Révolution française.

**26. Annonce du plan.** - Anglais, Français, Italiens, nous sommes tous les héritiers d'un legs multimillénaire, extrêmement riche et diversifié, y compris au niveau du droit matrimonial. C'est pourquoi ce premier Titre s'intéressera en premier lieu à l'héritage commun reçu par les trois États (Chapitre 1), pour se concentrer ensuite sur la période courant à partir du XVI<sup>e</sup> siècle qui entérine, elle, une rupture certaine et de nouvelles façons de penser (Chapitre 2).



## **Chapitre 1 : L'héritage commun : l'union des couples, de l'Antiquité au Moyen Âge**

**27.** « **Dans tous les cas, mariez-vous** ». - La citation que l'on attribue à Socrate (470-399 av. J.-C.), « Dans tous les cas, mariez-vous. Si vous tombez sur une bonne épouse, vous serez heureux ; et si vous tombez sur une mauvaise, vous deviendrez philosophe, ce qui est excellent pour l'homme », est riche d'enseignements, à plus d'un titre. Elle nous confirme tout d'abord que, d'aussi loin que l'on s'en souvienne, le sujet du mariage a toujours été source de réflexion pour les uns comme pour les autres. Les nombreuses discussions que l'on peut encore avoir aujourd'hui à ce propos ne sont donc, en un sens, que de lointains échos de ce qu'elles étaient il y a plus de deux mille ans.

L'injonction « mariez-vous » nous éclaire également sur un aspect que l'on a parfois tendance à oublier de nos jours : pendant des siècles, la question de savoir s'il était judicieux de se marier (et avec qui) ne se posait guère. Le mariage était tout simplement incontournable. Il représentait une étape essentielle dans la vie des hommes et des femmes. Au-delà de son aspect rituel, marquant de façon solennelle la fin de l'enfance et l'entrée dans le monde adulte ainsi que, du moins normalement, dans la parentalité, il constituait un ciment, un vecteur de stabilité, bien sûr et en premier lieu familial, mais, au-delà, sociologique, organisationnel, institutionnel, que les hommes de l'époque se sont chargés de transcrire en termes juridiques. La législation propre au droit des couples existe donc elle aussi depuis la nuit des temps mais c'est sous les Romains qu'elle s'est en particulier structurée, pour ensuite, depuis Rome, se diffuser dans les territoires conquis, notamment en Bretagne, future Angleterre, et en Gaule, future France, laissant en guise de premier héritage matrimonial commun la notion de consensualisme.

**28. Francs et chrétiens.** - À partir du III<sup>e</sup> siècle, le paysage européen change en profondeur. D'une part, de nouvelles peuplades, qualifiées de barbares, déferlent sur le continent : Wisigoths, Francs et Lombards s'installent durablement et finissent par imposer, entre autres, certaines coutumes maritales inédites. D'autre part, les adeptes d'une nouvelle religion, née dans la partie orientale de l'Empire romain, vont, petit à petit, également diffuser leurs préceptes, très innovants sur de nombreux sujets. Ces deux groupes saisiront vite l'importance à accorder à la notion de mariage, afin d'asseoir leur propre autorité. De ce deuxième héritage commun, naîtra le principe d'une union en deux

temps, avec fiançailles franques, moralement déterminantes bien que sans valeur légale, et mariage chrétien proprement dit.

**29. Puissance chrétienne, émergence des monarchies.** - Les Romains disparus, les Barbares assimilés, l'Europe à partir du VIII<sup>e</sup> siècle est essentiellement marquée par la montée en puissance de cette religion chrétienne qui s'est muée en une formidable organisation hiérarchique, d'une influence telle qu'elle amène les rois à vouloir s'allier à elle : c'est le temps de la théocratie royale, de cette union du trône et de l'autel. Au départ peu présent, l'État va s'appuyer sur les institutions chrétiennes afin de pouvoir lui-même se développer. Cette situation au rapport de forces déséquilibrées fera croire à l'Église qu'elle peut aller encore plus loin et imposer un nouveau genre de théocratie, pontificale cette fois, à un moment où les monarchies européennes commencent pourtant à montrer des signes d'indépendance vis-à-vis de la toute-puissance papale. Les principes chrétiens de l'union matrimoniale se verront à nouveau approfondis, avec une nouvelle place accordée aux fiançailles, un renforcement du principe consensualiste ainsi que de celui de l'indissolubilité. À l'époque, nul ne penserait à s'affranchir des dogmes religieux en la matière, ce qui constitue là un troisième héritage commun à l'Angleterre, la France et l'Italie. Mais les premières contestations, tant théologiques que politiques, sont bien présentes. Et c'est là une autre forme de legs partagé.

**30.** Les trois États sont donc les héritiers, d'une part, du monde romain<sup>132</sup> (Section 1) et, d'autre part, de la religion chrétienne (Section 2). Notre premier chapitre s'étalera donc sur ces quelques mille cinq cents premières années, au cours desquelles ont été adoptées diverses mesures décisives, jusqu'à ce que les premières objections commencent à ébranler ce socle que l'on croyait pourtant intemporel (Section 3).

## **Section 1 : L'héritage romain**

**31.** Selon le droit romain, l'union matrimoniale repose sur la seule volonté des parties, ce qui explique qu'elle soit traditionnellement qualifiée de consensualiste, selon le principe « en vertu duquel un acte juridique n'est soumis à aucune forme particulière pour sa

---

<sup>132</sup> L. JERPHAGNON, *Histoire de la Rome antique*, Paris, Hachette, 2005.



validité, le consentement ayant à lui le pouvoir de créer des obligations »<sup>133</sup> (§1). Ce même respect de la volonté des parties permet également à ces dernières de mettre fin à leur union (§2). Le droit romain n'a cependant pas tout permis et a exclu certaines catégories de personnes du champ d'application du *Legitimum Matrimonium* (§3).

## § 1 : Consensualisme

**32. Mariage et séminaire de la République.** - L'importance accordée par les Romains à l'institution du mariage tient au lien très étroit établi entre mariage, d'une part, et Cité<sup>134</sup> et citoyenneté, d'autre part.

S'il existe en effet diverses possibilités d'obtenir cette dernière, ouvrant droit à un statut privilégié indéniable, la façon la plus simple et la plus sûre est de naître sous la puissance paternelle dans le cadre d'un mariage régulier. Ainsi, l'enfant légitime né d'un père citoyen acquiert automatiquement la citoyenneté romaine. Comme le souligne Madame Anne Lefevre-Teillard, « le contrôle de l'accès au mariage permet de contrôler celui à la condition de citoyen »<sup>135</sup>. N'est-ce pas d'ailleurs Cicéron qui décrivait déjà, dans son *De Officiis*, « la première et la plus intime de toutes les liaisons, c'est celle d'entre le mari et la femme » comme « ces petites sociétés<sup>136</sup> (...) (qui) font comme les Séminaires de la République » ?

**33. Consentement des époux.** - Il importe donc de contrôler l'accès au mariage, puisqu'il conditionne l'accès à un certain nombre de droits essentiels. Étonnamment, au vu de l'importance de l'institution et des conséquences qui en découlent, les Romains ont fait le choix de ne pas revêtir le mariage d'un certain formalisme, au même titre que n'importe quel contrat, mais ont à l'inverse tenu à privilégier le seul consentement des parties.

Certes, jusqu'à la fin de la République, il existe « un mariage patricien solennel et religieux, la *confarreatio* »<sup>137</sup>, au cours duquel la femme entre dans la *manus* de son mari, en « présence du flamme de Jupiter », c'est-à-dire du prêtre dédié au culte de ce Dieu. La

---

<sup>133</sup> R. GUILLIEN et J. VINCENT, s.v. « Consensualisme », *Lexique de termes juridiques*, op. cit., p. 121.

<sup>134</sup> À prendre ici dans son acception la plus vaste possible, au sens de pouvoir institutionnalisé par la Royauté, la République ou l'Empire, selon les époques.

<sup>135</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, p. 104.

<sup>136</sup> Selon l'orthographe de l'époque.

<sup>137</sup> O. ÉCHAPPÉ, « Mariage civil et mariage religieux : vers le divorce », in J.-B. D'ONORIO et S. RYŁKO, *Le mariage en question*, Paris, P. Téqui, 2014, p. 192.

cérémonie est accompagnée d'« un sacrifice » particulier puisqu'on y offre, entre autres, un gâteau ou un pain d'épeautre, d'où le nom de cette forme d'union (de *cum*, avec, et *far*, farine). En outre, *certa verba* doivent être prononcées en présence de dix témoins.

Cette forme de mariage tombera cependant vite en désuétude, pour laisser une place prépondérante aux *Justae Nuptiae*, mariage consensuel par excellence, dont la validité n'est subordonnée au respect d'aucune forme<sup>138</sup>, rompant en cela avec une tradition répandue dans l'Antiquité. Pas de contrat écrit. Pas de mariage par étapes : même si la notion de fiançailles, la *sponsalia*, existe, ces dernières ne produisent aucun effet juridique obligatoire. Pas d'union charnelle imposée. Le consentement, la volonté de s'engager, voilà ce qui importe : « Ce n'est pas l'union sexuelle, mais le consentement qui fait le mariage » (Ulpian, D. 35, 1, 15)<sup>139</sup>.

La cérémonie de mariage romain suit certes un certain rituel. Ainsi, la fiancée romaine se présente la tête couronnée de fleurs et recouverte d'un voile jaune foncé et brillant<sup>140</sup>, à l'instar d'une flamme (d'où son nom, le *flammeum*<sup>141</sup>). En outre, au cours de la cérémonie, ont lieu « prises d'auspices, sacrifices, association de la femme aux *sacra* familiaux »<sup>142</sup>, symboles du respect des Romains pour leurs traditions ancestrales. Mais, si la cérémonie du mariage s'accompagne de rites et de sacrifices, ces derniers ne sont en aucun cas imposés par la loi romaine.

Comme le souligne le jurisconsulte Modestin, du III<sup>e</sup> siècle, « l'union de l'homme et de la femme » constitue « une communauté de toute la vie, la mise en commun du droit divin et humain »<sup>143</sup>, « une relation sociale à laquelle le droit, sous certaines conditions, reconnaît des effets ». On peut donc sans doute y voir un *negotium*<sup>144</sup>, une *conventio*, mais nullement un véritable acte juridique<sup>145</sup>.

---

<sup>138</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2015, p. 26.

<sup>139</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>140</sup> PLINE L'ANCIEN, *Histoire Naturelle*, livre XXI, 22.

<sup>141</sup> J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 33.

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, Lyon, l'Hermès, 1998, p. 13.

<sup>144</sup> R. GUILLIEN et J. VINCENT, *s.v.* « *Negotium* », *Lexique de termes juridiques*, *op. cit.*, p. 309 : « Une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit ».

<sup>145</sup> J.-L. THIREAU, *op. cit.*, p. 13.

## § 2 : Rupture du mariage romain

**34. Un consentement continu.** - Le consentement au mariage ne saurait être considéré comme quelque chose à prendre à la légère. C'est pourquoi il est requis qu'il perdure au-delà du jour de l'échange des vœux, sous peine d'entraîner la fin des liens matrimoniaux.

Ce que l'on nomme l'*honor matrimonii* ou l' *affectio maritalis* implique alors deux éléments : l'un matériel, le fait de vivre ensemble; l'autre intentionnel, la « volonté permanente d'être mari et femme »<sup>146</sup>. Que l' *affectio maritalis*, le sentiment conjugal, vienne à manquer, et le mariage cesse. Le mariage romain peut donc être dissout, faute de consentement continu.

**35. Fin du mariage.** - En dehors du décès de l'un des conjoints et de la perte de la liberté ou de la citoyenneté romaine<sup>147</sup>, un mariage peut être dissout de deux manières différentes : soit par consentement mutuel des époux (*divortium stricto sensu*), soit par répudiation de l'un des deux (*repudium*).

À l'origine, c'est-à-dire sous l'ancien droit romain, d'accès restreint, puisque seul le conjoint est autorisé à répudier sa femme - en cas d'adultère, d'absorption de vin ou de vol de clés de la cave, à l'insu du mari<sup>148</sup> - le processus va être rendu de plus en plus simple. Sous le droit classique, le divorce devient chose courante à Rome, pour l'homme comme pour la femme<sup>149</sup>.

À l'instar de la formation du mariage, le consensualisme prime. Il n'est nul besoin de justifier sa décision, nulle formalité à respecter, nul écrit à remettre, même si un « libelle de répudiation »<sup>150</sup> peut faciliter l'établissement de la preuve du *repudium*, nulle intervention d'un juge ou de tout autre autorité étatique. Il suffit d'exprimer sa volonté de rompre, selon l'acérbe – mais non obligatoire - formule « *Res tuas tibi habeto* » (« Emporte tes affaires »)<sup>151</sup>. La femme rassemble alors ses effets personnels et repart s'installer chez ses parents. À compter de cet instant, chacun reprend sa liberté (du moins, une certaine liberté en ce qui concerne la femme) et peut envisager de se remarier à sa guise.

---

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>147</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>148</sup> J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 110.

<sup>151</sup> GAIUS, D. 24, 2, 2, 1. Cf. également J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, p. 39.

**36. Évolutions.** - L'avènement de l'Empire modifie quelque peu la souplesse du système évoqué ci-dessus et instaure un cadre un peu plus strict, en imposant quelques règles au conjoint prenant l'initiative du divorce. Ce dernier doit dorénavant notifier à son futur ex-époux de son intention de divorcer, et cela, en présence de sept témoins. Par ailleurs, des mesures pécuniaires voient le jour : un mari pourra ainsi se voir contraint de rendre la dot quand une épouse prendra le risque de perdre cette dernière<sup>152</sup>.

Avec le temps et malgré l'influence de plus en plus forte de la nouvelle religion chrétienne, le principe du divorce restera non seulement possible mais parfaitement légitime. Les notions de *divortium* et de *repudium* vont cependant être progressivement plus encadrées, sous l'influence, en particulier, de deux grands empereurs législateurs.

Dans un premier temps, Constantin (312-337), tout en maintenant la possibilité d'un divorce unilatéral, introduit la notion de faute grave. L'homme peut ainsi « répudier sa femme si elle est adultère, empoisonneuse ou entremetteuse ». Tout autre motif est exclu, sous peine de perdre dot et donation et de ne pas avoir le droit de se remarier par la suite. De son côté, la femme « peut répudier son mari s'il s'est rendu coupable d'homicide, d'empoisonnement ou de violation de tombeaux, mais pas s'il est simplement buveur, joueur ou coureur »<sup>153</sup>. Dans le cas où la cause est légitime, la femme peut alors reprendre sa dot et la donation faites lors du mariage<sup>154</sup>.

Plus tard, Justinien (527-565) va être amené à nuancer la notion de faute grave, en établissant une distinction entre le *repudium ex justa causa* et le *divortium bona gratia*. Dans le premier cas, il est nécessaire de rapporter la faute de l'un des deux époux, ce qui inclut l'adultère de la femme, l'entretien par le mari d'une concubine au domicile conjugal, l'attentat à la vie du conjoint, l'abandon du domicile conjugal et l'exercice par la femme d'une profession jugée déshonorante. Le second cas permet d'arguer non pas d'une faute mais d'un motif cependant sérieux, tel la folie incurable d'un époux, l'impuissance définitive du mari ou une longue absence<sup>155</sup>.

Le divorce par consentement mutuel reste quant à lui très libre. Seul Justinien l'interdira un temps, sauf lorsqu'il aura pour but de respecter le vœu de chasteté de l'un des

---

<sup>152</sup> J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, op. cit., p. 23.

<sup>153</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 116.

<sup>154</sup> Code Théodosien III, 16, 1.

<sup>155</sup> J.-L. THIREAU, op. cit., p. 24.

époux<sup>156</sup>. En dehors de cet épisode, l'accord des conjoints permet de mettre fin au lien matrimonial à tout moment, sans avoir à se justifier.

### § 3 : *Legitimum Matrimonium*

**37. Quelques limites.** - Le consensualisme romain ne rime pas pour autant avec une liberté matrimoniale absolue. Cette dernière est plus limitée en effet qu'il n'y paraît, et cela, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord parce que, si consentement il y a, à commencer par celui des premiers intéressés selon l'adage « *Non cogitur filius familias uxorem ducere* »<sup>157</sup> (« On ne peut point forcer un fils de famille à se marier »<sup>158</sup>), l'agrément des pères de ces derniers est également requis, « ce consentement est avant tout celui des chefs de famille sous la puissance desquels se trouvent les futurs époux »<sup>159</sup>, et ce, quel que soit l'âge des futurs conjoints, puisque l'on reste théoriquement sous l'autorité de son *Pater* jusqu'au décès de ce dernier.

Ensuite, parce tout le monde n'est pas éligible au mariage : les esclaves et les militaires n'ont pas le droit de se marier. En outre, le *Justum Matrimonium* est normalement interdit entre un Romain et un étranger<sup>160</sup>.

Enfin, parce que certaines conditions doivent être respectées pour rendre le mariage légitime : respect de l'âge des futurs époux, censés être pubères (âge fixé sous l'Empire à douze ans pour une jeune fille et à quatorze pour un garçon) ; respect de la monogamie<sup>161</sup>, ce qui implique pour les futurs époux d'être dégagés de tout lien matrimonial antérieur ; respect de certaines interdictions entre parents et alliés. Ainsi, toute union de parents en ligne directe est prohibée et cela, à l'infini. En ligne collatérale, l'interdiction sera au départ très étendue puis restreinte au minimum au II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., ce qui permettra de se marier alors entre cousins germains ou entre oncle et nièce<sup>162</sup>. Le mariage est en outre interdit entre adoptant et adopté, même s'il reste possible entre adopté et enfant naturel de l'adoptant.

---

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> D. 23, 2, 21.

<sup>158</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, p. 33.

<sup>159</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, p. 105.

<sup>160</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 26.

<sup>161</sup> INST. GAIUS, I, 63. Cf. également A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 106.

<sup>162</sup> *Ibid.*

**38. Conclusion Section 1.** - La République puis l'Empire romain ont posé le principe d'un droit des couples principalement fondé sur le consentement des conjoints. Une telle liberté a certainement favorisé une certaine classe sociale, en particulier celle des patriciens pour qui les mariages de leurs enfants valaient toutes les autres formes d'alliance, mais elle ne leur était pas exclusive, puisque tous les citoyens romains bénéficiaient de cette législation. En se fondant sur le consensualisme, en s'éloignant donc du formalisme et de ses contraintes, en réduisant au maximum les conditions de validité, le droit romain a rendu l'union et la désunion des couples très souples.

L'Empire romain va encore perdurer un certain temps puis laisser place à de nouvelles organisations, sans pour autant disparaître de la mémoire collective. Quand le droit romain sera « redécouvert » au cours du Moyen Âge, ces éléments retrouveront une nouvelle vigueur.

En attendant cette renaissance juridique, le monde occidental va connaître l'un de ses premiers grands bouleversements : l'essor d'une nouvelle religion.

## **Section 2 : L'héritage chrétien et le mariage consensuel**

**39.** Les premières communautés chrétiennes naissent au 1<sup>er</sup> siècle en Terre d'Israël, dans les pas de leur fondateur Jésus-Christ, attendu depuis la nuit des temps messianiques. Apparu dans la partie orientale de l'Empire romain, le christianisme va peu à peu se propager pour finalement se déployer autour du bassin méditerranéen puis essaimer en Europe, avec Rome pour épiscentre, ville sanctifiée par les martyres de Pierre et de Paul. Les pontifes successifs à la tête de cette nouvelle religion à visée universelle vont finir par s'imposer comme les partenaires incontournables de l'alliance qui se dessine avec les rois et les empereurs, selon la théorie de la théocratie royale (§1). La nouvelle religion va alors progressivement se structurer, développer un nouveau droit, le droit canonique, et mettre en place de nouvelles institutions, dont celle du mariage, sans pour autant faire table rase du passé romain (§2). C'est la grande époque de la *christianitas*, cet ensemble puissant de pays et de peuples chrétiens à vocation universelle, même si certaines contestations pointent déjà à l'horizon (§3).

## § 1 : « Rendez à César »

40. Comment une simple secte constituée d'une poignée d'adeptes, s'opposant non seulement à la religion dominante du territoire originel mais également au monde romain, va-t-elle arriver à se répandre dans le monde connu de l'époque, c'est-à-dire le monde méditerranée ? (A) Et comment va-t-elle réussir à prendre une telle ascendance au point que les plus grands rois et empereurs du monde occidental vont tous chercher sa bénédiction ? (B) Le processus a été lent et est le fruit d'une remarquable organisation mise en place dès les lendemains de la mort du Christ, d'évènements marquants ainsi que d'hommes visionnaires.

### A/ Naissance et affirmation de la chrétienté

41. « Tu es Pierre, et sur cette pierre, je bâtirai mon Église »<sup>163</sup>. - C'est en suivant les paroles de Jésus-Christ adressées à Simon-Pierre, fils de Yonas, que ce dernier quitte sa Galilée natale pour partir fonder le siège de l'Église chrétienne à Rome, déjà capitale de l'Empire romain. La tradition fait du disciple et apôtre de Jésus de Nazareth le premier évêque de Rome et de l'Église, un évêque à part dans la hiérarchie chrétienne. Mort en martyr dans les années 64-68, ses successeurs conservent aujourd'hui encore ce titre, accolé à celui de *Pontifex Maximus*<sup>164</sup>.

Durant les trois premiers siècles de notre ère, cette nouvelle Église, non reconnue par l'Empire romain, s'organise et jette ses premières bases, tant en matière disciplinaire que doctrinale.

À partir du début du IV<sup>e</sup> siècle, divers évènements majeurs vont lui permettre de prendre un réel essor. Il en va ainsi de la promulgation de l'édit de Milan, en 313, par l'empereur Constantin 1<sup>er</sup>, édit dit de tolérance, chaque sujet de l'Empire romain pouvant désormais « adorer à sa manière la divinité qui se trouve dans le ciel », un système « exceptionnel pour l'époque »<sup>165</sup>. Quelques années plus tard, en 380, la promulgation de l'édit de Thessalonique par l'empereur Théodose 1<sup>er</sup>, sous l'impulsion d'Ambroise, évêque

---

<sup>163</sup> Mt 16, 13-23.

<sup>164</sup> Nom anciennement porté par le grand prêtre de la religion romaine en charge de l'entretien du pont sacré.

<sup>165</sup> B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Les autorités compétentes pour élaborer le droit relatif aux confessions religieuses », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, op. cit., p. 15.

de Milan, fait du christianisme la religion officielle de l'Empire romain, en interdisant les cultes païens tout en tolérant la religion juive.

Entre ces deux dates, confronté à l'arrivée des premiers Barbares et à la difficulté de les contenir, Constantin 1<sup>er</sup> décide de déplacer sa capitale vers l'Est. Byzance, cette Nouvelle Rome au carrefour des grandes routes commerciales, entre la Méditerranée et la mer Noire, entre l'Europe et l'Asie, est officiellement consacrée en 324 et prend en 330 le nom de son fondateur, Constantinople, pour devenir le siège du gouvernement. La Rome ancienne, sur la rive occidentale de l'Empire, est abandonnée, prélude de la chute de l'Empire romain d'Occident en 476.

La nature a horreur du vide, disait Aristote : l'Église chrétienne va profiter de cette formidable opportunité pour s'imposer comme l'acteur incontournable des siècles suivants, assurant « l'ordre public dans »<sup>166</sup> le monde occidental.

Un pape, peu connu du grand public, va ici jouer un rôle fondamental, Gélase 1<sup>er</sup>.

## **B/ Théorie de la théocratie royale**

**42.** Peu de temps après la chute de l'Empire romain d'Occident (476), le pontife Gélase 1<sup>er</sup> (492-496) rédige deux textes devant faire date : *Du lien de l'anathème* est suivi de la *Lettre à Anastase* (1), ouvrant la voie à une nouvelle alliance entre papes et rois et empereurs (2).

### **1/ Textes gélasien**

**43.** Gélase 1<sup>er</sup> se penche sur la question non seulement de l'existence des pouvoirs distinguant un roi d'un pape, mais également sur les notions d'autorité et de pouvoir.

**44.** *Du lien de l'anathème.* - Dans son traité *Du lien de l'anathème*, Gélase opère tout d'abord la distinction entre dignité royale et fonction sacerdotale. À ce titre, il explique que le titre de *Pontifex Maximus* ne saurait être porté par un prince, quel qu'il soit, car il n'est pas « roi comme le Christ »<sup>167</sup>. En conséquence, « que celui qui milite pour Dieu ne s'implique nullement dans les affaires séculières et réciproquement que celui qui est

---

<sup>166</sup> J. PICQ, *Politique et religion*, Paris, Presses de Sciences Po, 2016, p. 45.

<sup>167</sup> Conférence d'A. JACQUEMIN, *D.U. Gratianus* octobre-novembre 2018, programme interuniversitaire européen délivré par la Faculté de droit Jean Monnet, Université Paris Saclay.



impliqué dans les affaires séculières n'apparaisse pas présider aux choses divines»<sup>168</sup>. Le pape affirme donc ici clairement non seulement l'existence des deux pouvoirs mais également l'idée que ces deux pouvoirs sont et doivent être séparés. Il reconnaît toutefois également la réciprocité de dépendance des deux pouvoirs.

**45. Lettre à Anastase.** - Dans un second temps, en 494, le pape Gélase adresse à l'empereur romain d'Orient Anastase (491-518) une lettre, sans doute plus célèbre que le texte précédent, dans laquelle il développe les concepts d'autorité et de pouvoir. L'autorité doit être entendue comme « la capacité d'abord religieuse, mais également politique et morale, des empereurs de dire la loi et de la rendre normative »<sup>169</sup>. Le pouvoir, à l'inverse, doit être compris comme « la puissance exécutive de faire appliquer la loi par les magistrats »<sup>170</sup>. En ce sens, il ne fait pas de doute que l'autorité est supérieure au pouvoir.

Gélase affine ensuite son raisonnement en faisant coïncider autorité et pontificat, pouvoir et royauté. C'est ainsi qu'il peut conclure au « principe d'une supériorité de nature de l'*auctoritas* pontificale sur la *potestas* royale »<sup>171</sup>. À l'instar de ce qu'il avait écrit dans son *Du lien de l'anathème*, le pontife souligne à nouveau l'importance de reconnaître « l'autonomie de chaque pouvoir agissant dans sa propre sphère »<sup>172</sup> mais précise que cette autonomie existe « en vertu d'une délégation divine »<sup>173</sup>. Quant aux relations entre les rois et les évêques, subalternes des papes, le pontife prévoit à la fois « la subordination du pouvoir des rois à celui des évêques pour ce qui touche aux *res divinae* », tout en reconnaissant que les évêques doivent se soumettre aux rois<sup>174</sup>.

## 2/ Nouvelle doctrine, nouvelle alliance

**46. Nouvelle alliance.** - C'est sur la base de cette doctrine que va se créer progressivement une alliance entre rois et empereurs, d'un côté, et pontifes, de l'autre, entre autorité temporelle et autorité spirituelle, entre le trône et l'autel.

---

<sup>168</sup> A. JACQUEMIN, *Le clerc dans la cité: limitations des activités séculières des clercs de Constantin à la fin de l'époque carolingienne*, Paris, les Éditions du Cerf, 2016, p. 171.

<sup>169</sup> Conférence d'A. JACQUEMIN, *D.U. Gratianus* octobre-novembre 2018, *op. cit.*

<sup>170</sup> *Ibid.*

<sup>171</sup> Y. SASSIER, *Royauté et idéologie au Moyen Âge*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 64.

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> A. JACQUEMIN, *Le clerc dans la cité: limitations des activités séculières des clercs de Constantin à la fin de l'époque carolingienne*, *op. cit.*

Entamée dans les années 751-754, à la suite de la déposition du roi franc de l'époque, Childéric III (743-751), par Pépin le Bref (751-768) puis du sacre de ce dernier par le pape Étienne II (752-757), cette alliance va offrir, d'un côté, une légitimité nouvelle et un prestige accru à la dynastie carolingienne, tout en favorisant la naissance des États pontificaux, protégés par l'armée de la nouvelle dynastie. Cet accord hors normes permet ainsi au fils de Charles Martel de recevoir l'appui officiel de l'Église, à une époque où personne ne discute la suprématie morale de l'Église, faisant par là taire les rumeurs d'usurpation du trône. En échange de son titre de « *Rex Francorum Dei Gratia* », « Roi des Francs par la grâce de Dieu », Pépin le Bref apporte secours au pape en lutte contre les Lombards, chasse ces derniers de la région de Ravenne et donne au pontife les territoires récupérés au lieu de les restituer à Byzance, à laquelle ils appartenaient pourtant. Pour la première fois, un roi est sacré, c'est-à-dire oint « avec de l'huile, symbole de lumière et de puissance »<sup>175</sup>. Pour la première fois, deux autorités vont travailler de concert pour promouvoir la justice de Dieu sur terre. Mais que l'on ne s'y trompe pas : l'une domine l'autre, la première constituant la source dérivée de la seconde.

47. Entre les écrits de Gélase et le sacre de la dynastie carolingienne, les célèbres paroles du Christ « Mon royaume n'est pas de ce monde »<sup>176</sup> et « Rendez donc à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu »<sup>177</sup> mais également celles de l'apôtre Paul « Il n'y a point d'autorité qui ne vienne de Dieu et les autorités qui existent ont été instituées de Dieu »<sup>178</sup> viennent d'acquérir une saveur et une valeur toutes particulières.

Cette théocratie royale va engendrer un certain nombre de conséquences, au titre desquelles figure en bonne place l'institution du mariage.

## § 2 : Le mariage chrétien

48. **Le mariage.** - Le premier signe accompli par le Christ a lieu au cours d'un mariage, à Cana<sup>179</sup> : le vin vient à manquer et se voit remplacé par l'eau, conservée dans des jarres et changée en vin. Au-delà du miracle lui-même, cette scène marque les premiers

---

<sup>175</sup> S. SOLEIL, *Introduction historique aux institutions*, Paris, Flammarion, 2010, p. 39.

<sup>176</sup> Jn 18, 36.

<sup>177</sup> Mt 22, 15 - 21 ; Mc 12, 13-17 ; Lc, 20, 25.

<sup>178</sup> Épîtres de saint Paul aux Romains, XIII, 1.

<sup>179</sup> E. PETIT, *Pourquoi le droit canonique ?*, Saint-Maur, Éditions Parole et silence, 2013, p. 179. Cf. également Jn 2, 1-12.

pas publics du Fils de l'homme<sup>180</sup> mais également le lien très spécial existant entre le Christ et le mariage, symbole de l'union du Christ avec son Église et de Dieu avec son peuple. C'est pourquoi dès l'origine, le mariage de l'homme et de la femme chrétiens est vécu comme un acte à part, « une institution dont la sainteté confère au droit qui la concerne une nature particulière »<sup>181</sup>.

**49. Le droit.** - Le droit développé par cette Église, le droit canonique, repose dans un premier temps sur la littérature apostolique, la législation conciliaire, sans oublier le droit romain. Il va peu à peu s'étoffer pour bientôt inclure d'autres sources, telles celle des Pères de l'Église, ces auteurs religieux à l'influence considérable sur la doctrine chrétienne, dont le nom est réservé à l'origine aux chefs de l'Église puis aux défenseurs de la foi contre les erreurs doctrinales, comme saint Ambroise et saint Augustin. Il faut également mentionner la législation issue des conciles locaux ; les capitulaires, ces actes promulgués par les rois carolingiens mêlant dispositions de droit canonique et de droit séculier (puisque alliance il y a) ; les décrétales, sorte de rescrit romain et enfin, les fausses décrétales, à travers lesquelles l'Église cherche à continuer d'affirmer le droit romain selon l'adage « *Ecclesia vivit lege Romana* »<sup>182</sup>.

Toutes ces sources fournissent de précieuses informations sur le droit chrétien du mariage de l'époque, c'est-à-dire quand l'Empire romain existe encore (A) mais également quand il va être confronté à l'influence barbare (B).

---

<sup>180</sup> J.-L. LAFFITTE, « Du fils de l'homme à la plénitude cosmique de l'eucharistie », *Revue Teilhard de Chardin*, Bruxelles, Société Pierre Teilhard de Chardin, 2016, n° 56, p. 43 et s.

<sup>181</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 112.

<sup>182</sup> « L'Église vit selon le droit romain ».

## **A/ Le mariage chrétien au temps des derniers Romains**

**50.** Dans un premier temps c'est-à-dire quand l'Empire romain d'Occident existe encore, deux domaines matrimoniaux vont se trouver grandement influencés par la doctrine chrétienne. Il s'agit du mariage lui-même et de sa dimension toute particulière, entraînant en conséquence son respect total, c'est-à-dire son indissolubilité.

**51. Le mariage, le veuvage et la virginité.** - Selon saint Ambroise (340-397) et saint Augustin (354-430), son disciple, il existe une « gradation ascendante »<sup>183</sup> entre les trois thématiques du mariage, du veuvage et de la virginité : le mariage doit être considéré inférieur au veuvage, lui-même étant inférieur à la virginité.

Partant de ce principe, saint Augustin, parfois surnommé le « Docteur du mariage chrétien », va même jusqu'à préciser que renoncer au mariage devrait prévaloir sur tout le reste. C'est ainsi que le code Théodosien, en 438, va inciter les veuves à ne pas se remarier en adoptant des mesures, entre autres, d'ordre successoral peu favorables en cas de remariage (par exemple, en faisant perdre à la femme remariée l'usufruit d'un bien légué par son premier mari).

Bien qu'inférieur au veuvage ou à la virginité, le mariage n'en a pas moins acquis une dimension atypique.

**52. Vers l'indissolubilité.** - Parce qu'elle place le mariage sur un piédestal, la doctrine chrétienne va être amenée à s'intéresser, au départ de manière feutrée, puis de plus en plus fermement, à la problématique de la séparation du couple.

Les textes sont clairs, et cela, dès l'origine : « Que l'homme donc ne sépare pas ce que Dieu a joint »<sup>184</sup>. Il faut cependant s'accommoder du pouvoir romain, encore puissant, qui autorise toujours le divorce.

Une première marche vers l'indissolubilité du mariage est franchie avec l'introduction, en 331, par celui que l'on surnomme parfois le treizième apôtre, Constantin, de la nécessité d'attester de causes légitimes lors d'un divorce<sup>185</sup>. De manière concrète, il faut désormais pouvoir démontrer soit que l'épouse est coupable d'adultère,

---

<sup>183</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, p. 51.

<sup>184</sup> Mc 10, 9.

<sup>185</sup> *Supra* n° 35.

d'empoisonnement ou de proxénétisme, soit que le mari est poursuivi pour meurtre, violation de sépulture ou vol de troupeaux<sup>186</sup>.

Malgré cette première « victoire », attestant d'une influence certaine du culte catholique sur Constantin (ou de celle d'Hélène, sa mère), force est de constater que, selon la législation romaine, la notion de faute grave ne signifie pas la fin de la liberté de mettre fin à une union et que le divorce par consentement mutuel reste très simple à obtenir.

Quelques années plus tard, lors du Concile de Carthage en 407, la doctrine catholique décide de se démarquer radicalement du droit romain en interdisant purement et simplement toute possibilité de divorcer<sup>187</sup>.

C'est le principe dit de l'indissolubilité des liens conjugaux, à cette heure circonscrit aux seuls chrétiens.

## **B/ Le mariage « barbare » et son influence sur le mariage chrétien**

**53.** L'Europe des V<sup>e</sup>-X<sup>e</sup> siècles doit faire face à de nombreuses invasions de peuplades barbares. Le mariage européen va petit à petit à nouveau changer de visage sous l'influence de ces tribus d'origine germanique aux mœurs autres, qui vont être partiellement intégrées aux principes catholiques matrimoniaux (1). En revanche, sur le thème de la fin du mariage, l'Église reste ferme et réaffirme sa position du principe d'indissolubilité lors de l'affaire de Lothaire II (2).

### **1/ Le mariage « barbare »**

**54. Un mariage en deux temps** - Le « mariage barbare »<sup>188</sup> a ceci de particulier qu'il s'effectue par étapes, selon une tradition bien établie hors d'Europe, en particulier en droit juif. Ce dernier se déroule en effet en deux phases, avec tout d'abord des « fiançailles »<sup>189</sup>, qui lient les deux personnes en présence, de telle sorte qu'elles auront besoin d'un divorce pour se séparer, suivies du mariage proprement dit, qui enclenche le début des obligations maritales.

---

<sup>186</sup> J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, op. cit., p. 24.

<sup>187</sup> S. R. PINCI, *La loi sur le divorce en Italie. Données sociologiques, juridiques et de droit comparé*, thèse Paris 2, 1987, p. 63.

<sup>188</sup> S. SOLEIL, *Introduction historique aux institutions*, op. cit., p. 42.

<sup>189</sup> Le terme de fiançailles est généralement retenu mais il est impropre : il s'agit en réalité d'un mariage en deux étapes : cf. § 343 et s.

Peut-on y voir une influence sur le mariage franc ? Il est vrai que la *desponsatio* franque, terme souvent traduit par fiançailles, va, tout comme les « fiançailles » juives, au-delà de la simple promesse mutuelle de mariage : il constitue un engagement qui « permet à chacune des parties d'en exiger en principe l'achèvement »<sup>190</sup>. Il crée donc de véritables obligations : la jeune fille se voit placée sous l'autorité de son futur mari ; elle s'engage à ce titre à lui être fidèle et s'expose aux effets de l'adultère dans le cas inverse. Le jeune homme, quant à lui, s'engage à recevoir la jeune fille chez lui au terme fixé<sup>191</sup>.

Vient ensuite la deuxième étape, la *traditio puellae*, c'est-à-dire la remise de la jeune fille à son nouvel époux, suivie de la consommation du mariage et du début de la vie commune. Le mariage prend fin par la mort de l'un des époux ou par le divorce, communément admis.

**55. Intégration catholique du principe des fiançailles.** - À partir du moment où la théocratie royale se met en place, le mariage dit chrétien va évoluer de manière décisive.

Les notions de consensualisme (« *Nuptias enim non conubitus sed consensus facit* »<sup>192</sup>) et de non-formalisme, chères aux yeux des Romains, sont réaffirmées.

L'Église se démarque cependant de l'ancien *Imperium* en affirmant son refus de toute ingérence paternelle ou familiale : « Le mariage est l'engagement libre des deux époux »<sup>193</sup> et des seuls époux. Ce refus de prendre en compte le vœu des *Paters* est le début d'un long combat entre l'Église et les familles nobles et puissantes, pour lesquelles une jeune fille représentait, plus qu'un enfant, un pion sur l'échiquier des alliances.

La place du prêtre au moment de l'échange des consentements est définie : agissant uniquement à titre de témoin, il ne saurait être considéré comme un intermédiaire.

Enfin, influencée par les usages francs, l'Église catholique va peu à peu imposer que le mariage soit dorénavant précédé de fiançailles, « promesse du futur mariage »<sup>194</sup>. Lors de la cérémonie proprement dite, les époux s'échangent consentements et anneaux, le mari verse une dot, le tout étant couché par écrit en présence de témoins.

---

<sup>190</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 124.

<sup>191</sup> J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, op. cit., p. 42.

<sup>192</sup> ULPIEN, Dig. 35. 1. 15 : « Ce n'est pas la consommation du mariage qui fait les noces mais le consentement ».

<sup>193</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, op. cit., p. 59.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 115.

## 2/ Affirmation du principe d'indissolubilité

56. L'Église évolue en matière de mariage. En matière d'indissolubilité des liens du mariage, elle décide également de se démarquer nettement des traditions passées. Le principe d'indissolubilité reste fermement posé ; les arrangements auxquels avaient pu recourir certains grands des royaumes<sup>195</sup> ne sont en revanche plus tolérés à partir de 855, non seulement à la suite du concile de Paris de 829 qui pose le principe de l'indissolubilité de manière ferme mais également face aux problèmes engendrés par le divorce de Lothaire II (855-869).

57. **Lothaire II.** - Nous sommes alors en pleine période de « désagrégation du système impérial carolingien »<sup>196</sup>. Selon le principe du *divisio regnorum* posé en 806, le vaste empire de Charlemagne a été divisé entre ses descendants, soit en trois royaumes, tout en continuant à déclarer uni le peuple franc. Lothaire II, roi de Lotharingie, coincée entre la Francie occidentale et la Francie orientale, sans descendance masculine officielle, cherche à préserver son territoire coûte que coûte. Pour ce faire, il n'a guère le choix que de répudier sa femme au profit de sa maîtresse et mère de son fils illégitime, en tâchant de prouver que le premier « mariage » n'a jamais existé. Ce point de vue, validé par les évêques de Lotharingie lors des conciles d'Aix-la-Chapelle (862) et de Metz (863), est cependant refusé par le pape Nicolas 1<sup>er</sup> (858-867) : dans un souci de réaffirmation de la supériorité de l'autorité pontificale sur le pouvoir impérial, le pape va en effet intervenir, déposer les évêques ayant reconnu l'inexistence du mariage, excommunier Lothaire et l'obliger à reprendre son épouse légitime<sup>197</sup>.

Deux conséquences sont directement liées à cette décision.

58. **Conséquence politique.** - La première est d'ordre politique : à la mort d'un Lothaire II sans héritier, ses oncles Charles II dit le Chauve (848-877) et Louis II dit le Germanique (843-876) vont se redistribuer les territoires de la Lotharingie en 870, lors du traité de Meerssen, consacrant le démembrement définitif de la Lotharingie. Les cartes européennes vont en être éminemment bouleversées.

---

<sup>195</sup> À titre d'exemple parmi d'autres, Charlemagne, vers 771, répudie sa femme Désirée de Lombardie, fille de Didier 1<sup>er</sup>, dernier roi des Lombards, pour épouser Hildegarde de Souabe en troisièmes noces.

<sup>196</sup> S. SOLEIL, *Introduction historique aux institutions*, op. cit., p. 52.

<sup>197</sup> Conférence de M. SCHMOECKEL, *D.U. Gratianus* octobre-novembre 2018, programme interuniversitaire européen délivré par la Faculté de droit Jean Monnet, Université Paris Saclay.

**59. Réaffirmation théologique.** - Depuis le premier siècle, l'Homme ne doit pas séparer ce que Dieu a uni<sup>198</sup> ; c'est pourquoi saint Augustin considère le mariage comme un sacrement, un *mysterium*, que l'on ne saurait rompre par simple volonté. Si certains accommodements ont pu être pris en considération pour atténuer la rigueur du principe d'indissolubilité, il en ira désormais autrement. Un mariage légalement conclu mais non consommé pourra être éventuellement rompu pour justes raisons. Cela ne sera plus toléré en cas de mariage valide et consommé. Le principe du *Matrimonium validum ratum et consummatum* est posé. L'unité du couple, jusque là davantage considérée comme valeur morale et chrétienne, acquiert valeur de loi.

### § 3 : *Christianitas*

**60.** L'alliance originale décrite ci-dessus, conclue entre la papauté et les rois de l'époque, va constituer le socle de l'Europe occidentale pendant de nombreux siècles et faire naître une *christianitas*, une « chrétienté de l'Occident médiéval »<sup>199</sup>. L'expression renvoie à « une certaine unité, un caractère commun de tout l'Occident », l'unité se faisant « par l'Église »<sup>200</sup>. La religion chrétienne se veut vectrice de cohésion entre les peuples de l'Occident médiéval, en droite ligne de sa vocation universelle qui se propose de rassembler tous les hommes<sup>201</sup>, hors tout sentiment national<sup>202</sup>, sous le joug d'une même loi, en une sorte de *jus commune*. Mais, avec le temps, de royale, la théocratie va tenter de devenir pontificale (A) et engendrer des réactions plus ou moins violentes, aussi bien en Italie qu'en Angleterre (B).

#### A/ Théorie de la théocratie pontificale

**61. De nouvelles cartes européennes.** - « Hors de tout sentiment national », avons-nous précisé ci-dessus. C'est justement l'émergence de ce sentiment national qui va mettre à rude épreuve l'alliance conclue entre la papauté et les Carolingiens.

---

<sup>198</sup> Mc 10, 1-12.

<sup>199</sup> B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Les autorités compétentes pour élaborer le droit relatif aux confessions religieuses », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, op. cit., p. 19.

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> Éphésiens 2, 13-16.

<sup>202</sup> F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 29.



Querelles dynastiques, aggravées par les invasions normandes et autres incursions scandinaves, arabes, magyares ; extinction de la lignée ; généralisation des liens vassaliques ; émancipation de l'aristocratie, etc.<sup>203</sup> : tous ces événements expliquent la chute de l'Empire carolingien. L'espace laissé vacant va être comblé, en France, par l'instauration de la dynastie capétienne, avec le choix d'un Hugues Capet (987-996) bien moins puissant que ses vassaux, et outre-Rhin, par la restauration « de l'autorité royale en Allemagne »<sup>204</sup>. En 962, un nouvel empire, le Saint-Empire romain germanique, est ainsi constitué sous l'impulsion d'Otton 1<sup>er</sup> (962-973).

L'alliance traditionnelle est redessinée : le nouvel empereur reconnaît volontiers les territoires concédés à l'Église depuis Pépin le Bref et se présente en protecteur. Cependant, il cherche à imposer sa tutelle en exigeant de « tout pontife nouvellement élu » qu'il s'engage « avant sa consécration » à « prêter serment devant les *missi* impériaux et accepter un droit de contrôle sur l'administration pontificale »<sup>205</sup>. La querelle des Investitures se profile.

**62. *Dictatus papae.*** - Face à l'opposition de plus en plus marquée entre la papauté et l'Empire, face à la volonté des uns d'affirmer leur indépendance vis-à-vis du pouvoir temporel, ou de celle des autres, vis-à-vis du pouvoir spirituel, l'Église tente de réagir : en mars 1075, Grégoire VII (1073-1085), poursuivant l'œuvre de ses prédécesseurs Léon IX (1049-1054) et Nicolas II (1058-1061) et refusant toute notion de césaropapisme<sup>206</sup>, énonce la théorie de la « théocratie pontificale » dans vingt-sept propositions, les fameux *Dictatus papae*.

Il y déclare que seul le pontife romain est « universel » (II) ; qu'en tant que juge suprême, juste après Dieu, « sa sentence ne doit être réformée par personne » mais qu'il « peut réformer la sentence de tous » (XVIII) ; il ajoute qu'il ne peut être « jugé par personne » (XIX) et qu'il peut « déposer les empereurs » (XII)<sup>207</sup>. Enfin, le pontife interdit aux souverains le droit d'intervenir dans la désignation des évêques (III, XIII).

Le ton a changé, le modèle également. Il n'est ici plus question d'alliance, de contrat, entre deux autorités (ou plus exactement, entre autorité et pouvoir), comme du

---

<sup>203</sup> S. SOLEIL, *Introduction historique aux institutions*, op. cit., p. 52.

<sup>204</sup> P. MILZA, *Histoire de l'Italie, Des origines à nos jours*, Paris, Fayard, 2005, p. 194.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>206</sup> Larousse, s.v. « Césaropapisme » : « Régime où le pouvoir temporel prétend exercer un droit de contrôle sur le pouvoir spirituel de l'Église ».

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/c%C3%A9saropapisme/14336>

<sup>207</sup> M. PACAUT, *La théocratie : l'Église et le pouvoir au Moyen Âge*, Paris, Desclée, 1989, p. 66-67.

temps de Pépin le Bref et d'Etienne II, mais de concession, d'octroi : l'autorité temporelle doit se soumettre à l'autorité spirituelle, autorité concédante<sup>208</sup>.

C'est sur ce schéma que va s'élaborer l'allégorie des deux glaives : Dieu a donné à Pierre les deux glaives, c'est-à-dire le spirituel et le temporel ; à son tour, Pierre rétrocède aux princes le glaive temporel.

L'époque d'alors est ainsi faite qu'il est difficile de contester l'affirmation de la supériorité du pouvoir spirituel sur celui du temporel. C'est donc par un autre biais que vont se cristalliser les désaccords, à l'occasion des interventions du pape dans la vie des églises locales, et, en particulier, lors de la désignation des représentants de l'évêque de Rome.

Ce dernier point va en effet créer de nombreux conflits. Du côté des empereurs, la chose est entendue : dans la mesure où les évêques servent de relais à l'autorité impériale, il est normal que le Saint-Empire puisse nommer les dignitaires en question, en charge, par définition, des diocèses répartis sur son territoire. Or, une telle position ne peut être acceptée par la papauté, à une époque où elle cherche à lutter contre la simonie<sup>209</sup> et le nicolaïsme<sup>210</sup>, et donc à reprendre le clergé en main.

Ces tensions se retrouvent dans de nombreuses villes européennes soumises à l'Empire, dont celle de Milan, où naît le mouvement de la *pataria*, mais également en Angleterre, où une nouvelle monarchie vient de s'asseoir sur le trône (1066) et n'entend pas se laisser tout dicter depuis Rome.

## **B/ Réactions et tensions**

**63.** Deux exemples, l'un à Milan (1), l'autre en Angleterre (2), illustrent les tensions entre le clergé romain et les gouvernements locaux, face à l'enjeu de la nomination des dignitaires catholiques locaux.

---

<sup>208</sup> Conférence de F. JANKOWIAK, *D.U. Gratianus* octobre-novembre 2018, programme interuniversitaire européen délivré par la Faculté de droit Jean Monnet, Université Paris Saclay.

<sup>209</sup> Actes des Apôtres, 8, 9 – 21 : « Périssse ton argent avec toi, puisque tu as estimé pouvoir acheter le don de Dieu à prix d'argent ! ». Le terme désigne l'achat et la vente de charges spirituelles, de biens ecclésiastiques, etc.

<sup>210</sup> Le terme désigne l'incontinence sexuelle des clercs.

## 1/ Tensions milanaises : la *pataria*

64. À l'origine des *patarini*, dont le nom proviendrait du dialecte milanais signifiant « guenilles », se trouve la lutte contre la simonie<sup>211</sup>. Le mouvement prend par la suite une autre dimension lorsqu'arrive le temps de la nomination du successeur de l'évêque milanais Guido da Velate : les papes Alexandre II (1061-1073) puis Grégoire VII (1073-1085) soutiennent le candidat Attone, quand l'empereur Henri IV (1084-1105) choisit, lui, Gotofredo.

La nomination effective de ce dernier met, au sens littéral, le feu aux poudres : il contrevient au principe de la théocratie pontificale proclamée en 1075, lors du synode romain, et va à l'encontre de l'interdiction faite aux laïcs de concéder de quelconques investitures aux évêques, aux abbayes et aux églises<sup>212</sup>. La réaction est immédiate et Milan s'embrase : incendie de la ville, assassinat de personnalités. Face aux émeutes, l'empereur fait marche arrière et accepte un candidat tiers, Tedaldo.

Cet épisode milanais, relativement oublié, constitue une très modeste illustration du conflit, quant à lui bien connu et bien plus violent, qui va opposer Grégoire VII à Henri IV, ainsi que leurs successeurs respectifs. La querelle des Investitures va bien plus loin en effet que la *pataria* avec son lot d'excommunications, de dépositions, de repentances, d'humiliation (dont l'emblématique épisode de Canossa en 1077). Il n'y sera mis fin qu'en 1122, à la signature du concordat de Worms, la convention de Sutri de 1111 ayant été finalement déclarée nulle et non avenue. Désormais, l'empereur s'engage à respecter la liberté des élections épiscopales, sauf si elles viennent à être entachées d'irrégularités, auquel cas l'empereur a le droit de désigner le candidat qu'il juge le plus digne. Si l'empereur conserve l'investiture temporelle des évêques et des abbés, ladite investiture est limitée aux pays germaniques ; il perd donc sa faculté de nomination des évêchés bourguignons et italiens, tandis que revient au pape l'investiture spirituelle<sup>213</sup>.

## 2/ Tensions anglaises

65. Au moment où la papauté se lance dans la querelle des Investitures, un autre front, également relativement oublié de nos jours, s'ouvre pour Grégoire VII, venu cette fois de

---

<sup>211</sup> P. GOLINELLI (dir.), *La Pataria*, Milano, Europia - Jaca Book, 1984, p. 15.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>213</sup> P. MILZA, *Histoire de l'Italie, Des origines à nos jours, op. cit.*, p. 209.

l'Ouest, plus précisément de ce nouveau royaume qu'est l'Angleterre, fondé par Guillaume le Conquérant, sacré Guillaume I<sup>er</sup> (1066-1087) par l'archevêque d'York dans l'abbaye de Westminster le 25 décembre 1066.

Guillaume avait su compter sur l'appui de Rome avant la bataille d'Hastings. Dans une lettre écrite à Grégoire VII en 1080, le souverain anglais précise néanmoins : « Votre légat, Hubert, Très Saint-Père, m'a demandé de Votre Part de Vous faire allégeance, à Vous et à vos successeurs ... Je n'ai pas consenti à promettre fidélité, et je ne le ferai pas, car je ne l'ai jamais promis et n'ai aucune indication qu'aucun de mes prédécesseurs l'ait jamais fait... Priez pour nous et pour le bien de nos royaumes car nous avons toujours aimé Vos Prédécesseurs et c'est notre plus ardent désir, par-dessus toute chose, de Vous aimer avec la plus entière sincérité, et d'écouter Vos Avis avec la plus grande obéissance. »<sup>214</sup>. Aimer le pape, l'écouter, certes... De là à jurer fidélité, il y a un pas que le nouveau roi d'Angleterre ne franchit pas. Si la rupture est évitée, c'est bien parce que Rome se consacre à sa lutte contre l'Empire.

Le conflit s'accélère cependant avec le fils de Guillaume I<sup>er</sup>, Guillaume II (1087-1100), qui manque d'être excommunié. Le compromis finalement trouvé n'est pas sans rappeler le futur concordat de Worms puisqu'il permet de « garantir la réalité de l'élection de tout nouvel évêque, en présence du roi ou de ses représentants, à faire prêter les serments vassaliques par les nouveaux élus avant leur consécration et à réserver aux seules autorités de l'Église, en dernier lieu à Rome, l'investiture spirituelle »<sup>215</sup>.

**66.** Épuisé par tant de luttes, Grégoire VII meurt, brisé, en 1085. Sa réforme est cependant consolidée, la paix retrouvée pour quelques siècles. Les conflits larvés vont toutefois reprendre, sur fond de contestations politiques, étayées de manière plus juridique, et, plus grave, de controverses théologiques, premières attaques des fondations de la *christianitas*.

**67. Conclusion Section 2.** – La montée en puissance de l'Église catholique a engendré une forme d'alliance originale avec les rois et empereurs de l'époque, selon la théorie de la théocratie royale. Cette alliance va être cependant mise à mal à partir du moment où, d'une part, l'Église cherchera à imposer sa toute-puissance, en établissant la théorie de la

---

<sup>214</sup> R. MARX, *Histoire de l'Angleterre*, Paris, Fayard, 1993, p. 66.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 72.

théocratie dite pontificale, et où les États, quoi que embryonnaires, commenceront à vouloir rééquilibrer la balance des pouvoirs temporel et spirituel.

D'un point de vue matrimonial, il existe à ce stade une réelle unité européenne : le mariage se veut consensuel et indissoluble, alliant principes romains, barbares et chrétiens.

### **Section 3 : Premières contestations politiques et théologiques**

**68.** Au Moyen Âge classique, l'institution du mariage va être une fois de plus redéfinie, détaillée, systématisée (§1). Elle n'est néanmoins pas pérennisée dans la mesure où, à partir du XIV<sup>e</sup> siècle, la papauté doit à la fois affronter l'hostilité croissante de rois réclamant leur pleine souveraineté (§2) mais également, et de manière plus préoccupante pour l'Église, de théologiens ou de théoriciens politiques s'opposant à la théorie pontificale grégorienne (§3).

#### **§ 1 : Le mariage au Moyen Âge**

**69.** À partir du XI<sup>e</sup> siècle, l'Église va élaborer, en matière matrimoniale, un droit canonique de plus en plus précis, répondant ainsi à un certain nombre d'interrogations, ce qui ne manquera cependant pas d'en produire inévitablement d'autres. Parmi les points à traiter, deux sujets occupent une place prépondérante, celui relatif à la loi applicable et à la compétence judiciaire, question vite tranchée (A) mais surtout, celui opposant la théorie consensualiste à celle de l'union charnelle, que l'on va en fin de compte amalgamer (B).

#### **A/ Loi applicable et compétence judiciaire**

**70.** Les questions relatives à la loi applicable et à la compétence judiciaire sont assez vite résolues : vers 1169, on trouve dans la somme<sup>216</sup> « *Elegantius in iure divino* », dite *Summa Coloniensis*, l'affirmation que « le mariage est régi par les lois ecclésiastiques et que c'est à bon droit que les difficultés auxquelles il donne lieu sont tranchées par les juges d'Église »<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup> Larousse, s.v. « Somme théologique » : « Exposé doctrinal et raisonné de la théologie catholique au Moyen Âge (l'exemple classique est la *Somme théologique* de saint Thomas d'Aquin) ».

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/somme/73404>

<sup>217</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, p. 141.

Le lien conjugal ressort donc du droit canonique et des tribunaux ecclésiastiques, une double compétence d'autant plus facilement acceptée par les seigneurs et les princes de l'époque que le mariage est vu avant tout comme un acte religieux. À ce stade, le débat, théoriquement soulevé, ne pose aucun souci pratique ou politique.

## **B/ De la thèse romaine ou germanique ?**

**71.** Du côté de la doctrine matrimoniale proprement dite, les choses sont plus complexes. L'Église est en effet, comme nous l'avons vu précédemment, depuis maintenant plusieurs siècles, en présence de deux thèses matrimoniales, l'une issue de la tradition romaine, qui accorde une place prépondérante au consentement, l'autre héritée des peuples d'origine germanique, plaçant l'union charnelle au-dessus de tout. Ces thèses vont être reprises de manière plus systématique par deux grands théologiens (1) et pleinement théorisées (2).

### **1/ Théories en présence**

**72.** Deux théologiens, Gratien et Pierre Lombard, opposent deux visions du mariage chrétien.

**73. Gratien.** - Dans son ouvrage intitulé *Concordia discordantium canonum*, La concorde des canons discordants, datant du XII<sup>e</sup> siècle, et plus connu sous le nom de Décret, Gratien<sup>218</sup> enseigne que « seul le mariage consommé réalise pleinement le sacrement »<sup>219</sup>. Cette thèse s'avère cependant gênante pour les théologiens : prise à la lettre, elle induit que le mariage de Marie et de Joseph n'est pas parfait.

**74. Lombard.** - Plus ou moins aux mêmes dates, Pierre Lombard (v. 1100-1160), futur évêque de Paris, rappelle que le seul consentement suffit pour donner naissance à un mariage valide. De là, il distingue les *verba de futuro* des *verba de praesenti*.

---

<sup>218</sup> Dates de naissance et de mort inconnues. On ne sait presque rien de cet auteur ; il n'est pas impossible que derrière ce nom se cache en réalité un travail d'équipe. Pour aller plus loin sur Gratien et le mariage : A. WINROTH, "Gratian", in J. WITTE & G. S. HAUKE, *Christianity and family law*, New York, Cambridge University Press, 2017, p. 137.

<sup>219</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 133.

La première catégorie, celle des fiançailles, représente un engagement pour l'avenir mais ne crée pas de lien juridique en tant que tel. En conséquence, ces *verba de futuro* sont révocables et un autre mariage peut être envisagé à tout moment.

En revanche, la seconde catégorie, celle des *verba de praesenti*, constitue le vrai mariage, le vrai engagement, symbole de la volonté des époux, de l'homme comme de la femme.

## **2/ Conciliation des deux théories et conséquences**

**75. Conciliation des théories** - Comment concilier ces deux points de vue ? Le pape Alexandre III (1159-1181) va s'y atteler en réaffirmant, d'une part, la seule exigence du consentement. Le mariage est conclu de plein droit à partir du moment où les époux s'échangent leurs consentements. Toute autre union survenue ultérieurement, même suivie de *copula*, serait déclarée nulle<sup>220</sup>.

Cependant, seconde partie de l'argumentaire d'Alexandre III, les fiançailles suivies de relations charnelles forment elles aussi un véritable mariage.

Donc, pour qu'un mariage soit reconnu parfait, il faut adjoindre les *verba de futuro* aux *verba de praesenti* ou s'engager sur la voie des *verba de futuro carnali copula subsequata*. Cette théorie est confirmée ultérieurement par Innocent III (1198-1216) puis rendue irrécusable par Grégoire IX (1227-1241).

**76. Conséquences.** - Il résulte de cette nouvelle théorie de nombreuses conséquences juridiques.

Les fiançailles, qui ne jouaient jusque là qu'un rôle plus ou moins symbolique, prennent place dans l'institution du mariage. Elles ne requièrent aucune forme mais fixent l'âge minimum des fiancés à sept ans.

L'importance soulignée du consentement des époux amène en outre les législateurs canoniques à développer les notions de vices du consentement et d'empêchements.

Les époux doivent tout d'abord être libres de toute contrainte : si le consentement de l'un ou de l'autre des mariés est vicié, le mariage sera déclaré nul. Ce sera le cas lorsque

---

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 134.

la « violence provoque la crainte »<sup>221</sup> ou en cas d'erreur - erreur sur la personne, sur la fortune, sur la condition, sur une qualité<sup>222</sup>.

Quant aux empêchements, ils sont en mesure de rendre un mariage nul (empêchements dirimants, tels que l'âge, l'impuissance du mari, les vœux, la bigamie, la disparité de culte, etc.) ou illicite (empêchements prohibitifs, tels que la parenté, l'alliance, l'adultère, etc.).

Quant à l'action en nullité, elle est déclarée imprescriptible.

La nullité ayant de graves conséquences, non seulement sur les époux mais également sur leurs enfants (ces derniers courant le risque d'être déclarés illégitimes), va se développer alors la notion de mariage putatif, du verbe *putare*, croire : le principe de nullité se voit quelque peu atténué si au moins l'un des époux est de bonne foi, c'est-à-dire s'il ignorait l'existence du vice affectant le lien matrimonial.

**77. Rites.** - Le « triomphe de la doctrine consensualiste »<sup>223</sup> va entraîner d'autres répercussions, au niveau des rites cette fois. L'Église, en lutte contre les mariages clandestins, a conscience que le consentement doit offrir un minimum de visibilité. L'échange des anneaux, le port d'un voile par la mariée, la main droite de l'épouse placée dans celle de son mari deviennent autant de signes ritualisés, non sans rappeler l'époque romaine, offrant un peu de publicité au consentement et facilitant la preuve de ce dernier.

Une nouvelle étape est franchie quand finissent par s'imposer la publication des bans (lors du IV<sup>e</sup> concile de Latran en 1215), l'échange public des consentements à l'extérieur des portes de l'église (*in facie ecclesiae*) ainsi que la bénédiction nuptiale (à l'intérieur cette fois de l'église, au cours de la cérémonie proprement dite).

**78. Indissolubilité.** - Dernier aspect, et non des moindres, de la doctrine formulée par les décrétales d'Alexandre III et d'Innocent III, celui du principe de l'indissolubilité, fermement proclamé en cas de mariage consommé.

En effet, ce mariage *consummatum*, c'est-à-dire suivi de relations charnelles, est alors déclaré parfait - *ratum* – et devient à ce titre indissoluble.

Reste alors pour les époux, afin de pallier l'absence de divorce, soit le *divortium a vinculo*, c'est-à-dire la nullité du mariage, soit le *divortium a thoro*, c'est-à-dire la

---

<sup>221</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, p. 183.

<sup>222</sup> *Ibid.*

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 179.



séparation de corps, en cas d'adultère et de fornication spirituelle, c'est-à-dire d'hérésie ou d'apostasie<sup>224</sup>. La jurisprudence ajoutera par la suite les cas des sévices graves.

**79.** *Sponsalia per verba de praesenti, sponsalia per verba de futuro carnali copula subsecuta* : entre le XI<sup>e</sup> et le XVI<sup>e</sup> siècle, le modèle se répand dans toute l'Europe, en France comme en Angleterre<sup>225</sup>. L'Église catholique acquiert pendant la période du Moyen Âge classique une pleine autorité supérieure en matière matrimoniale que nul ne conteste ... pendant encore un temps.

## § 2 : Vers un premier dualisme Église – État

**80.** **Émergence des royaumes** - « Le grand phénomène du Moyen Âge, c'est la naissance des monarchies » a écrit Jacques Le Goff<sup>226</sup>. Face à l'empereur germanique et au pape, qui se partagent le pouvoir à vocation universelle depuis des siècles, un troisième acteur affirme qu'il est « empereur en son royaume »<sup>227</sup> et qu'il tient ledit royaume « de son épée et de lui »<sup>228</sup> : le roi. Naissance du sentiment national, progrès de la centralisation, notion du pouvoir monarchique, guerres et famines : beaucoup de facteurs expliquent cette montée en puissance des monarchies nationales, qui vont à nouveau rééquilibrer les diverses forces en présence. Le royaume de France tient ici une place prépondérante (A), l'épisode d'Anagni ouvrant, indirectement, une nouvelle page des rapports Église-État, celle dite des concordats (B).

### A/ Le royaume de France

**81.** **Philippe le Bel.** - Les premières années du règne de Philippe IV dit le Bel (1285-1314) sont marquées par son désir de davantage centraliser le royaume et d'en assainir les finances.

Face à la crise économique que traverse le pays à l'époque, le roi capétien a d'abord recours à des expédients, en présentant, boucs émissaires idéaux, les juifs puis les

---

<sup>224</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, p. 143.

<sup>225</sup> D. MCLEAN, "Marriage in England", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe, Proceedings of the meeting, Augsburg, November 28-29 1991*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 187.

<sup>226</sup> J. LE GOFF, « Les laïcs sont le moteur de l'histoire de l'Occident », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 11.

<sup>227</sup> L'expression est attribuée à Philippe II dit Auguste (1180-1223).

<sup>228</sup> *Ibid.*

Lombards, marchands et banquiers étrangers, souvent italiens, responsables de la situation. Cela ne suffit pas : Philippe IV finit non seulement par juger et condamner certains ecclésiastiques mais également par exiger une participation financière du clergé, ce que refuse le pape. Frappé d'excommunication, le roi décide alors de priver la papauté de l'argent prélevé en France.

Mais Philippe IV ne s'arrête pas là et tient à montrer que non seulement il a une « supériorité absolue sur le pape à l'intérieur du royaume »<sup>229</sup> mais qu'il a également pour lui le soutien de son peuple : en 1302, les États-généraux, pour la première fois réunis, interdisent toute intervention du pape, souverain étranger, dans les affaires temporelles internes du royaume de France.

**82. Boniface VIII.** - C'en est trop pour le pontife Boniface VIII (1294-1303) qui convoque, la même année, un concile à Rome et menace Philippe IV de déposition, dans sa bulle<sup>230</sup> *Unam sanctam*, rappel des *Dictatus papae* de 1075 : « L'Église nous enseigne qu'il y a deux glaives, le glaive spirituel et le glaive temporel. Les deux glaives sont au pouvoir de l'Église : le premier est manié par l'Église, le second pour l'Église ; le premier par les prêtres, le second par les rois, mais aussi longtemps que le prêtre le veut et le tolère (...) »<sup>231</sup>.

**83. L'attentat d'Anagni.** - L'issue d'une telle crise ne peut être que violente, au détriment de l'un ou de l'autre des deux camps. L'attentat d'Anagni, perpétré par Guillaume de Nogaret, le plus influent des légistes de Philippe le Bel, le 7 septembre 1303, avec l'aide des Colonna, ennemis du pape, a raison du rapport de force en faveur des Français, mais au-delà, du pouvoir étatique.

Au décès de Boniface VIII, survenu rapidement après le fameux soufflet et sa menace d'enlèvement par les troupes françaises, ses successeurs, Benoît XI (1303-1304) et Clément V (1305-1314), prudents, lèveront la sentence d'excommunication et pardonneront au roi. Plus personne ne fera plus jamais plus mention des *Dictatus papae* : l'incident scelle la fin du schéma de la théocratie pontificale.

---

<sup>229</sup> J. THÉRY, « Philippe le Bel, pape en son royaume », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 16.

<sup>230</sup> Larousse, s.v. « Bulle » : « Lettre apostolique rédigée en forme solennelle, dont l'objet est d'intérêt général et qui est scellé du sceau pontifical ».

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/bulle/11669>

<sup>231</sup> J. PICQ, *Politique et religion*, op. cit., p. 55.

Dès lors, le pouvoir civil et le pouvoir spirituel vont, de manière graduelle, faire acte de reconnaissance mutuelle, en tâchant désormais de délimiter l'étendue de la juridiction des pouvoirs des parties en présence. Les choses sont entendues, du côté du pouvoir politique étatique. Elles vont l'être également du côté de l'Église, peu à peu imprégnée des thèses de saint Thomas d'Aquin<sup>232</sup> (1225-1274), qui prône une place légitime au pouvoir séculier dans un ensemble créé par Dieu<sup>233</sup>. Il s'agit dorénavant de reconnaître deux autorités autonomes, deux sociétés parfaites. L'ère des concordats peut débuter.

## **B/ Une nouvelle ère, celle des concordats**

**84. Concordats.** - Ce terme apparaît, semble-t-il, pour la première fois en 1418 à la suite des accords du concile de Constance, conclu entre la papauté et la France, l'Allemagne, l'Espagne et l'Angleterre, traitant, entre autres, des questions relatives au nombre de cardinaux originaires de chaque pays et de la présence d'officiers anglais dans la curie romaine. Le fait est que le sujet de la nomination des évêques ou d'autres clercs constitue souvent la pierre d'achoppement entre les deux pouvoirs ; c'est pourquoi il est très souvent évoqué et minutieusement détaillé dans l'accord qu'est le concordat.

**85. Concordat de Bologne.** - Il en va ainsi du concordat le plus connu à l'époque, signé à Bologne en 1516 entre François I<sup>er</sup> (1515-1547) et Léon X (1513-1521).

L'accord vient mettre fin à un conflit surgi près de quatre-vingts ans auparavant, à la suite de l'adoption d'une mesure prise unilatéralement par Charles VII, roi de France en 1438, la Pragmatique Sanction de Bourges. Ce « texte fondateur de l'Église gallicane »<sup>234</sup> insistait sur le fait que le pape n'avait aucun pouvoir dans les nominations des évêques français.

Le concordat de 1516 se veut différent : même si François I<sup>er</sup> se trouve dans la position confortable du vainqueur de Marignan, il s'agit d'un accord négocié, qui va encadrer les relations entre la papauté et le royaume de France jusqu'à la Révolution. L'entente vise, entre autres, la régulation des pouvoirs de nomination : les rois français

---

<sup>232</sup> P. L. REYNOLDS, "St. Thomas Aquinas", in J. WITTE & G. S. HAUKE, *Christianity and family law*, op. cit., p. 184.

<sup>233</sup> Conférence de F. JANKOWIAK, *D.U. Gratianus* octobre-novembre 2018, op. cit.

<sup>234</sup> J. PICQ, *Politique et religion*, op. cit., p. 57.

obtiennent de Rome le droit de nommer qui ils souhaitent aux principaux bénéficiaires, tandis que Rome conserve le droit d'investiture spirituelle<sup>235</sup>.

Ce terrain d'entente va favoriser ce que l'on va appeler plus tard (le terme n'apparaît dans le Littré qu'en 1882<sup>236</sup>) le gallicanisme, du latin médiéval *gallicanus*, dérivé de *gallicus*, « gaulois », ce « catholicisme quasi national sous l'égide du politique »<sup>237</sup>, arrachant « à la religion catholique l'une de ses dimensions politiques, c'est-à-dire sa dépendance vis-à-vis d'une autorité politique étrangère »<sup>238</sup>, réduisant ainsi le pouvoir pontifical au seul spirituel, quand la royauté assoit son autorité sur le temporel.

Ce mouvement va, à plus ou moins long terme, faire des émules : réganisme espagnol, josphisme autrichien, fébronianisme allemand et *giurisdizionalismo* italien, au rôle clé lors de l'unité italienne.

**86.** C'est peu dire que l'Église voit sa suprématie remise en cause un peu partout par les diverses monarchies européennes. S'ajoute en outre des contestations émises en son propre sein. Les pourfendeurs des revendications temporelles pontificales semblent surgir de toute part, de plus en plus nombreuses.

### § 3 : Premières contestations théologiques

**87.** Le phénomène de contestations internes à l'Église catholique n'est pas nouveau, il est même inhérent à l'institution qui n'hésite pas à réunir conciles<sup>239</sup> et synodes<sup>240</sup> lorsque la nécessité de résoudre un différend théologique s'impose.

Mais là où auparavant les contestataires étaient plus ou moins réduits au silence et leurs textes mis à l'*Index*<sup>241</sup>, ceux des XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles se font plus réfléchis, plus visibles, voire même plus violents dans leurs propos. Deux personnages méritent ici d'être

---

<sup>235</sup> J. CORNETTE, « Louis XIV ou la religion royale », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 30-33.

<sup>236</sup> *Ibid.*

<sup>237</sup> J. BAUBÉROT, *Les laïcités dans le monde*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>238</sup> G. HAARSCHER, *La laïcité*, Paris, PUF, 2017, p. 12.

<sup>239</sup> Larousse, s.v. « Concile » : « Assemblée d'évêques et de théologiens qui, en accord avec le pape, décide de questions de doctrine et de discipline ecclésiastique ».

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/concile/17922>

<sup>240</sup> Larousse, s.v. « Synode » : « Assemblée réunie pour l'examen des problèmes de la vie ecclésiastique à tous les niveaux ».

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/synode/76191>

<sup>241</sup> Larousse, s.v. « Index » : « Liste officielle des livres dont la publication, la lecture, la vente étaient interdites aux catholiques, sauf permission de l'autorité compétente ».

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/index/42560>

mentionnés, le philosophe Marsile de Padoue (v. 1275-v. 1345) et le moine franciscain Guillaume d'Ockham (1285-1347).

Ce dernier, nous précise Georges de Lagarde, affirme, à propos de la primauté apostolique, que « 1° Saint Pierre n'a reçu du Christ aucune primauté sur les autres apôtres, 2° Saint Pierre n'a pas été évêque de Rome ; 3° Si Saint Pierre a exercé une certaine primauté, c'est par une concession des autres apôtres ; 4° le Christ n'a créé aucun droit de prééminence au profit d'un prêtre, et au regard des autres prêtres ; 5° C'est Constantin qui a conféré à l'Église de Rome sa primauté »<sup>242</sup>, des thèses faisant toutes écho au *Defensor Pacis* de Marsile de Padoue et qui sapent les fondements mêmes de l'Église catholique.

Si les écrits des deux auteurs aboutissent à une conclusion proche, le raisonnement de chacun se veut toutefois différent. Guillaume d'Ockham se place sous l'angle de la liberté : l'homme est « libre devant Dieu », donc « devant les autorités civiles et religieuses »<sup>243</sup> ; en conséquence, « le pape ne peut être qu'un serviteur »<sup>244</sup> et ne doit pas interférer dans les affaires temporelles.

Marsile, lui, va plus loin encore et annonce que « le pouvoir ne vient pas d'en haut ni de Dieu mais d'en bas et du « peuple de Dieu » »<sup>245</sup> : « L'évêque susdit s'efforce de revendiquer pour lui le gouvernement suprême parce que la plénitude du pouvoir lui a été concédée en particulier, à ce qu'il prétend, par le Christ, en la personne de saint Pierre (...) bien que néanmoins aucun gouvernement ou jugement coercitif sur quiconque en ce monde, et encore moins le gouvernement suprême, ne lui revienne, ni à lui ni à aucun autre évêque, prêtre ou clerc »<sup>246</sup>.

Quoi qu'il en soit de leurs divergences potentielles, les deux théologiens se rejoignent en matière matrimoniale, en proclamant nettement la compétence de l'empereur, non seulement donc pour gouverner, mais au-delà pour légiférer et juger du mariage<sup>247</sup>. Une brèche doctrinale est ouverte, qui va trouver un écho politique retentissant.

**88. Conclusion Section 3.** – Les contestations à l'encontre de l'Église se multiplient en ces XIII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles. Elles émanent de royaumes qui entendent se prévaloir de

---

<sup>242</sup> G. DE LAGARDE, « Marsile de Padoue et Guillaume d'Ockham », *RSR*, 17, 1937, p. 176.

<sup>243</sup> J. PICQ, *Politique et religion, op. cit.*, p. 53.

<sup>244</sup> *Ibid.*

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 52 : *Defensor pacis*, III, chapitre I, in J. QUILLET, *La philosophie politique de Marsile de Padoue*, Paris, Vrin, 1970.

<sup>247</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, p. 270.

prérogatives traditionnellement détenues par le pouvoir pontifical, mais également de théologiens récusant la toute-puissance et de l'Église et du pape.

Le droit des couples, qui se veut toujours uniforme sur le continent européen, est toujours plus affiné, tout en restant fondé sur deux grands principes, ceux du consentement et de l'indissolubilité.

L'unité européenne, quelle soit religieuse, politique ou juridique, telle qu'engendrée par la *christianitas* est encore présente mais elle est en train de se fissurer très sérieusement.

## Conclusion Chapitre 1

89. Les premiers siècles de notre ère, après avoir été un long temps soumis à l'Empire romain, voient l'émergence d'un monde nouveau centré autour d'une nouvelle religion, la chrétienté.

À partir du V<sup>e</sup> siècle, cette institution va chercher à imposer ses propres marques, tâche à la fois facilitée par l'effondrement de l'Empire romain d'Occident mais rendue particulièrement compliquée par l'arrivée des Barbares en Europe.

Dès lors, la papauté s'allie avec la nouvelle dynastie des Carolingiens et édifie le principe de la théocratie royale, théorie plus tard remise en cause par le principe de la théocratie pontificale grégorienne.

À la fin du XIV<sup>e</sup> siècle, l'institution matrimoniale établie par la théologie chrétienne au cours des siècles précédents se veut à la fois un dosage de tradition romaine (consentement) et de tradition germanique (fiançailles), tout en ayant ses caractéristiques propres (*matrimonium ratum et consummatum* et indissolubilité).

Les premières remises en question, tant politiques (de la part des royaumes émergents) que théologiques (parfois au sein même de l'Église) se profilent cependant : à ce stade, elles ne font qu'ébranler le monde chrétien européen sans toutefois le faire ployer. Mais les brèches ouvertes vont aller en s'élargissant et l'histoire, y compris celle matrimoniale, va maintenant s'accélérer.





## Chapitre 2 : L'institution matrimoniale dans une *Christianitas* déchirée

90. L'Europe, via la papauté et les empires, a tenté de créer une forme d'unité, tant religieuse que politique et culturelle. Au fil des siècles, ce rêve de *christianitas* va se trouver confronté non seulement à la politique des nouveaux royaumes émergents, désireux d'imposer leurs propres lois, mais également à des contestations théologiques internes : de révoltes en révolutions, l'héritage commun va se fissurer de manière spectaculaire, ébranlant sérieusement les fondements mêmes de l'Angleterre, de la France et de l'Italie.

91. **Réforme et impact politique.** - Rétrospectivement, il est classique d'affirmer que tout démarre avec la Réforme protestante, bien que cette dernière ne constitue, finalement, que le point d'orgue inéluctable des oppositions doctrinales et politiques entre tenants et opposants des théories de la théocratie royale et pontificale. Il est cependant vrai que la Réforme du XVI<sup>e</sup> siècle marque le début non seulement d'un nouveau rapport de forces entre Rome et les nations européennes précédemment toutes catholiques, mais, au-delà, d'un nouvel ordre au sein même de chaque pays. L'Angleterre d'avant Luther n'a plus rien à voir avec celle dont hérite Jacques I<sup>er</sup>. François I<sup>er</sup> n'aurait certainement jamais envisagé la France des XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles.

L'impact de la réforme luthérienne est indéniable d'un point de vue politique sur du court comme du moyen terme. Henry VIII, originellement fervent catholique, puis ses successeurs transforment leur pays en profondeur, pour en faire une nation anglicane, nouvelle religion née de la Réforme, sous l'égide de la *Church of England*, établissant avec cette dernière des liens tenus, toujours en vigueur. Côté français, la Réforme enflamme violemment les esprits et débouche sur une terrible guerre de Religions, avant que la paix ne revienne à la signature de l'édit de Nantes, en 1598.

92. **Réforme et impact sur le droit des couples.** – Les conséquences de la Réforme sont également perceptibles au niveau du droit des couples : en choisissant d'importer ou, à l'inverse, de refuser la doctrine protestante, en acceptant d'intégrer ou non le décret *Tametsi*, adopté par le concile de Trente en réaction à la vague religieuse réformatrice, les trois États, jusque là relativement proches les uns des autres d'un point de vue

matrimonial, vont commencer à réellement se démarquer, en récusant les dogmes matrimoniaux catholiques traditionnels, en les modifiant ou en les maintenant. D'un modèle commun, les configurations matrimoniales se multiplient selon les territoires, elles se nationalisent, plus ou moins soumises à l'influence de Rome : mariage civil, mariage religieux, voire mariage religieux différent d'une confession à une autre, divorce, etc. L'unité matrimoniale européenne permise du temps de l'hégémonie de l'Église chrétienne n'est plus.

**93. Révolutions.** - La Réforme protestante constitue un tournant majeur dans l'histoire européenne immédiate. Elle ouvre également la voie, de manière plus ou moins directe, à d'autres événements qui vont ultérieurement à nouveau bousculer, plus ou moins radicalement, les divers ordres nationaux avec, à nouveau, de fortes conséquences matrimoniales. Sans la Réforme, sans doute pas de Révolutions, du moins pas de la façon dont elles ont débuté. Sans les Révolutions anglaises du XVII<sup>e</sup> siècle, pas de *Toleration*, pas de *Marriage Act* de 1753 puis de 1836, posant les bases du droit du mariage anglais tel que nous le connaissons encore aujourd'hui, du moins dans ses grands principes. Sans la Révolution française, pas de mariage civil, pas de divorce, pas de concordat.

L'étape des Révolutions dépassée, l'histoire anglaise se stabilise, lui permettant d'ouvrir d'ailleurs un autre front, celui de l'industrie. Il n'en va pas de même côté français et italien, une nouvelle fois secoués par des changements fondamentaux : l'Italie réalise enfin son unité rêvée et découvre, à l'instar de la France, le principe de laïcité. Les cartes de ces deux pays sont rebattues, le droit matrimonial revu.

**94.** Il est délicat de balayer quatre siècles en quelques pages. Il nous paraît cependant indispensable de revenir sur cette période, afin de mieux pouvoir appréhender les systèmes juridiques contemporains des trois États. Nous nous intéresserons donc dans un premier temps à la Réforme protestante (Section 1) puis aux Révolutions anglaises et françaises (Section 2), en analysant leurs impacts respectifs, tant d'un point de vue politique que matrimonial. Viendra ensuite le temps des laïcités française et italienne, à l'accent, il est vrai, parfois plus politique que juridique (Section 3).

## Section 1 : Vers un dualisme au sein même de l'Église

95. Luther (1483-1546) n'est pas le premier à remettre en question la suprématie papale, voire la théologie chrétienne. Depuis le XII<sup>e</sup> siècle, Marsile de Padoue et Guillaume d'Ockham, déjà évoqués<sup>248</sup>, mais également Érasme, Thomas More, Pierre Valdo, John Wyclif, Jean Hus, pour n'en citer que quelques uns, ont participé à cette réflexion sur les sources du pouvoir et dénoncé les abus de la papauté.

Luther va-t-il plus loin que d'autres dans la réflexion et la critique<sup>249</sup> ? Nous laissons aux théologiens et autres spécialistes le soin de répondre à cette question délicate. Ce qui est certain, c'est qu'il va rassembler ses arguments en un volume, intitulé *Disputatio pro declaratione virtutis indulgentiarum* (Dispute sur la puissance des indulgences), plus connu sous le nom des 95 thèses, et le faire publier en 1517<sup>250</sup>. L'ouvrage du moine Luther, fin connaisseur du droit canonique, propose de réorienter la théologie romaine. Ce à quoi le pape Léon X va répondre, dans sa *Bulla contra errores Martini Lutheri et sequacium*<sup>251</sup> de 1520, par une menace d'excommunication, octroyant à Luther un délai d'un an pour se rétracter.

La suite est connue : non seulement Luther brûle publiquement la bulle papale mais également le *Corpus iuris canonici*, soit l'ensemble des textes constituant le droit canonique de l'époque. L'excommunication tombe l'année suivante. En 1521, face à la diète de Worms, Luther réitère ses positions. Cependant, à la différence d'un Jean Hus, Luther ne finira pas sur le bûcher, bénéficiant du soutien de Frédéric III (1483-1525), prince séculier allemand mais surtout électeur de Saxe, à qui Charles Quint doit une partie de sa couronne.

À partir de 1520-21, Luther, retiré à Wittenberg, et ce, jusqu'à la fin de sa vie, protégé par l'électeur de Saxe, va affiner sa théologie niant les prérogatives papales. À ses yeux, l'homme ne peut être sauvé que s'il a la foi (« Seule la foi sauve ») ; or, la foi est une grâce accordée par Dieu, qui ne saurait être achetée, par le biais des indulgences ou autre. Si la foi ressort du domaine interne, alors l'Église n'a pas de fonction politique à

---

<sup>248</sup> Cf. *supra* § 86.

<sup>249</sup> S. OZMENT & J. WITTE, "Martin Luther", in J. WITTE & G. S. HAUKE, *Christianity and family law*, op. cit., p. 207.

<sup>250</sup> Soulignons la révolution silencieuse que constitua la technique de l'impression mise au point par Gutenberg à partir des années 1450.

<sup>251</sup> Bulle contre les erreurs de Martin Luther et de ses disciples.

gouverner. C'est le principe du « sacerdoce universel », principe essentiel du protestantisme, qui s'oppose au « sacerdoce commun » romain<sup>252</sup>.

Ses thèses ne laisseront personne indifférent : critiquées et déformées par ses détracteurs, bien sûr ; développées, reprises et amplifiées par ceux qui vont adhérer à cette nouvelle façon de voir, à commencer par Melanchthon (1497-1560), son disciple, puis par Calvin (1509-1564).

En tout état de cause, elles vont transformer le visage de l'Europe. Au départ d'une manière qui se veut théologique, donc relativement calme : ce sera le concile de Trente (1545-1563). Mais, très vite, les réactions violentes, voire meurtrières, vont prendre le pas, enclenchant guerres de Religion (comme en France, de 1562 à 1598) et guerre de Trente Ans (1618-1648), véritable catastrophe européenne. La diplomatie reprendra le dessus avec le traité de Westphalie (1648), confirmant le compromis de la paix d'Augsbourg établi en 1555, selon le célèbre principe « *Cujus regio, ejus religio* », lequel concédait la liberté religieuse, non pas aux sujets mais aux États de l'empire, et repris en français selon l'adage « une foi, une loi, un roi ». Le maître du pays est donc aussi le maître des consciences de ses sujets.

**96.** C'est dans cette ambiance particulière que le système juridique de l'Angleterre, de la France et de l'Italie, y compris bien sûr leur droit matrimonial jusque là en vigueur, va être totalement réformé. Nous nous proposons de prendre le temps de comprendre l'impact que la Réforme protestante a eu, dans un premier temps de manière généraliste (§1), puis plus spécifiquement, sous l'angle matrimonial (§2).

## **§ 1 : Impacts généraux de la Réforme en Angleterre, en France et en Italie**

**97.** La Réforme protestante a transformé l'Angleterre en profondeur, convertissant cet État traditionnellement catholique en une nation à Église établie, avec à sa tête une nouvelle confession, l'anglicanisme (A). En France, elle va donner lieu à un épisode de guerre civile entre factions catholiques et protestantes extrêmement violent, période qui laissera longtemps des stigmates dans le pays, même une fois la paix revenue (B). L'Italie,

---

<sup>252</sup> La formule du sacerdoce universel est formulée dans trois textes, rédigés en 1520 : *Lettre à la noblesse chrétienne de la nation allemande*, *Prélude à la captivité babylonienne de l'Église* et *Traité de la Liberté chrétienne*.

qui n'a pas plus été épargnée, a vu s'opposer Guelfes et Gibelins, avec des conséquences cependant moins extrêmes (C).

## **A/ L'Angleterre, Henry VIII et l'*establishment* de l'Église anglicane**

**98.** Rome ne s'est pas faite en un jour, l'établissement de l'Église anglicane non plus. Le processus, entamé sous Henry VIII (1), va mettre de nombreuses années à se définir, oscillant entre retour en arrière et bonds en avant (2), pour finir par se stabiliser sous l'impulsion de la reine Élisabeth I<sup>re</sup> (3). Le royaume en sort profondément changé.

### **1/ Le schisme**

**99.** Si le roi anglais Henry VIII est connu pour sa forte personnalité (ne dit-on pas qu'il aurait inspiré l'histoire de Barbe bleue ?), il a un sens aigu de la politique et la religion catholique chevillée au corps. Il est donc primordial de revenir sur le contexte (a) ayant ouvert la voie à son premier divorce, avant d'acter la rupture définitive avec Rome (b).

#### a/ Contexte préalable au schisme

**100. Henry VIII.** - Le premier à s'engouffrer dans la brèche ouverte par Luther n'est donc ni italien, ni français. Il est connu pour sa stature imposante, ses relations complexes avec les deux grandes puissances européennes de l'époque et ses six épouses. Avec lui, l'Angleterre va jeter les bases de ce qui va devenir l'anglicanisme, qui se veut plus qu'une simple déclinaison du terme gallicanisme.

L'histoire d'Henry VIII (1509-1547) est celle d'un roi tiraillé. Il tente de se rapprocher tantôt de l'empire de Charles Quint, tantôt du royaume de François I<sup>er</sup>, mais ne trouve pas sa place dans le couple franco-germano-hollando-espagnol, les deux superpuissances de l'époque.

Il a également besoin d'asseoir sa nouvelle dynastie, celle de la maison Tudor, récemment établie<sup>253</sup>, après la guerre civile des Deux-Roses (1455-1485). Or, Catherine d'Aragon, son épouse, veuve en premières noces de son frère aîné Arthur, prince de Galles

---

<sup>253</sup> Il n'en est que le deuxième souverain, après son père Henry VII, fondateur de la dynastie Tudor.

(qui aurait dû régner), épousée par dispense du pape Jules II (1503-1513)<sup>254</sup>, si elle donne naissance à cinq enfants, ne réussit à offrir au royaume qu'une seule héritière, Marie. Les années passant, et même s'il n'existe aucun équivalent à la loi salique en Angleterre, il devient clair que le rêve d'héritier mâle s'éloigne. L'idéal serait donc qu'Henry VIII puisse faire annuler son premier mariage et se remarier avec Anne Boleyn, sur laquelle il a jeté son dévolu.

**101. Clément VII.** - Le roi va tenter d'obtenir l'accord du pape Clément VII (1523-1534) en avançant l'excuse – tardive – d'avoir épousé la veuve de son frère Arthur. C'est ainsi qu'il invoque le Lévitique 20, 21 : « *Si un homme prend la femme de son frère, c'est une impureté* »<sup>255</sup>.

Malheureusement, le calendrier tombe mal et c'est à un pape extrêmement affaibli qu'il revient de trancher l'affaire. Affaibli parce que, d'une part, le pontife est pris dans la tourmente de la Réforme, ce qui lui laisse peu de porte de sortie en la matière : accorder la dissolution du mariage royal anglais, c'est donner du grain à moudre aux critiques de Luther à l'encontre des indulgences catholiques.

D'autre part, revenir sur le mariage d'Henry VIII signifie s'opposer à Charles Quint, résolument hostile à l'annulation du mariage de Catherine d'Aragon, qui n'est autre que sa tante. Comment oser et pouvoir lui faire front, après le sac de Rome (1527) dû aux mercenaires lansquenets des troupes impériales?

Si l'on ajoute à cela que François 1<sup>er</sup> ne souhaite nullement renforcer la dynastie Tudor<sup>256</sup>, on comprend bien que le dossier d'Henry VIII, pourtant solide<sup>257</sup>, ne peut que se voir opposer une fin de non-recevoir pontificale, ce qui advient effectivement.

#### b/ Vers le schisme

**102. Réaction royale.** - Face au refus papal de prononcer la fin de son mariage, Henry VIII, fin connaisseur de la doctrine chrétienne, rassemble le plus grand nombre possible

---

<sup>254</sup> Obtenue le 24 novembre 1504, la dispense permet à Henry et à Catherine de se marier le 22 juin 1509.

<sup>255</sup> C. GUERIN-BARGUES, « Le Parlement de la Réforme et la naissance de l'Église d'Angleterre », in G. GIRAUDEAU, C. BARGUES et N. HAUPAIS, *Le fait religieux dans la construction de l'État*, Actes du colloque de l'Université d'Orléans, 17-18 janvier 2014, Paris, Éditions Pedone, 2016, p. 75.

<sup>256</sup> G. DICKENS, « La Réforme en Angleterre et en France », in F. BÉDARIDA, F. CROUZET et D.W.J. JOHNSON, *De Guillaume le conquérant au Marché commun*, Paris, Albin Michel, 1979, p. 72.

<sup>257</sup> M. FERRANTE, « Due matrimoni alle origini dello scisma anglicano? », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, p. 1 et s.

d'universitaires et de théologiens<sup>258</sup>, dont des réformateurs tels que Martin Bucer, réformateur protestant strasbourgeois réfugié en Angleterre, ou William Tyndale<sup>259</sup>, humaniste polyglotte, afin qu'ils trouvent une solution à ce qui ressemble à un point de blocage. Leur réponse, qui sera suivie, est simple : couper les liens avec Rome et faire attribuer à Henry VIII le titre de « Chef Suprême de l'Église d'Angleterre »<sup>260</sup>, ce qui sera fait en 1531.

**103. Activisme parlementaire.** - Cette étape décisive franchie, Henry VIII décide d'aller plus loin. Plus ou moins à l'instar de Philippe le Bel en son temps, et alors que, jusqu'à présent, il avait surtout légiféré en conseil<sup>261</sup>, le monarque anglais va chercher à faire légitimer sa politique par le Parlement. Entre 1529 et 1536, ce dernier va ainsi siéger beaucoup plus que pendant les vingt premières années de règne du monarque anglais<sup>262</sup> et faire preuve d'une forte activité anti-papale.

En 1532 et 1534, les deux Assemblées adoptent une série de lois « contre le paiement des annates<sup>263</sup> au pape et l'assemblée du clergé »<sup>264</sup>, acceptent de se soumettre à la volonté du roi et reconnaissent au droit canonique même valeur que toute autre loi du Parlement, plaçant donc le droit canonique sous le contrôle du roi, via l'adoption de la *Supplication Against the Ordinaries*<sup>265</sup>.

En 1533, nouvelle intervention parlementaire avec l'adoption de l'*Act for Submission of the Clergy and Restraint of Appeals*<sup>266</sup> interdisant de faire appel à Rome quel que soit le sujet, ce qui inclut les questions matrimoniales, tout en imposant de maintenir le droit canonique de l'Église romaine jusqu'au vote, ou non, d'un nouveau canon, anglican cette fois.

---

<sup>258</sup> J.-F. MAILLARD, « Henry VIII et Georges de Venise. Documents sur l'affaire du divorce », *RHR*, 181, 1972, p. 160.

<sup>259</sup> G. DICKENS, « La Réforme en Angleterre et en France », in F. BÉDARIDA, F. CROUZET et D.W.J. JOHNSON, *op. cit.*, p. 72.

<sup>260</sup> J. H. BAKER, *An introduction to English legal history*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 141 : « This realm of England is an empire (...) governed by one supreme head and king ».

<sup>261</sup> C. GUERIN-BARGUES, « Le Parlement de la Réforme et la naissance de l'Église d'Angleterre », in G. GIRAUDEAU, C. BARGUES et N. HAUPAIS, *Le fait religieux dans la construction de l'État*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>263</sup> Larousse, s.v. « Annates » : « Redevance que payait au Saint-Siège le bénéficiaire lors de son investiture et qui équivalait à une année de revenu ».

<sup>264</sup> F. CHAMPION, *Les laïcités européennes au miroir du cas britannique : XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2006, p. 25.

<sup>265</sup> *Supplication Against the Ordinaries* de 1532. Cf. également C. GUERIN-BARGUES, « Le Parlement de la Réforme et la naissance de l'Église d'Angleterre », in G. GIRAUDEAU, C. BARGUES et N. HAUPAIS, *Le fait religieux dans la construction de l'État*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>266</sup> *Act for Submission of the Clergy and Restraint of Appeals* de 1533.

En 1534, l'*Act of Supremacy*<sup>267</sup> est finalement voté, suivi du *Treasons Act*<sup>268</sup> : toute personne qui refuserait au roi le titre de « Chef Suprême de l'Église » « par les actes, les écrits » et même « par la parole »<sup>269</sup> sera considérée comme hérétique et jugée comme telle. Henry VIII détient désormais « le droit de nommer les évêques, d'excommunier et de réprimer l'hérésie, nonobstant tout usage, autorité ou loi étrangère »<sup>270</sup>.

**104. Rupture.** - Une dernière étape est franchie quand Cranmer, archevêque de Canterbury, annule le mariage d'Henry et de Catherine et valide l'union du roi avec Anne Boleyn, très enceinte. L'issue est inéluctable et le pape ne peut qu'excommunier Henry VIII (1534).

La rupture est consommée. Une nouvelle Église vient d'être définie, mais de manière territoriale et non encore de façon doctrinale : Henry VIII, pourtant auréolé du titre de *Defensor fidei* octroyé en 1521 par Léon X et confirmé par Clément VII en 1523<sup>271</sup>, vient de rompre, non pas avec le catholicisme, mais avec Rome<sup>272</sup>. Ainsi, les *Six Articles* promulgués en 1539 réaffirment « la valeur des sept sacrements, de la messe, du célibat des prêtres » et visent « à réduire la portée de la traduction de la Bible »<sup>273</sup> en langue anglaise. À tel point que pendant longtemps, la doctrine de cette Église sera qualifiée de « *Catholicism without the Pope* »<sup>274</sup>, et fera dire à Bossuet que « L'Église d'Angleterre parle ambigument »<sup>275</sup>. Ce qui change est d'ordre politique : l'Église d'Angleterre est désormais détachée de Rome et constitutionnellement liée à l'exécutif, au législatif et au judiciaire anglais<sup>276</sup>.

---

<sup>267</sup> *Act of Supremacy* de 1534.

<sup>268</sup> *Treasons Act* de 1534.

<sup>269</sup> R. MARX, *Histoire de l'Angleterre*, *op. cit.*, p. 176.

<sup>270</sup> C. GUERIN-BARGUES, « Le Parlement de la Réforme et la naissance de l'Église d'Angleterre », in G. GIRAUDEAU, C. BARGUES et N. HAUPAIS, *op. cit.*, p. 86.

<sup>271</sup> R. MARX, *op. cit.*, p. 162.

<sup>272</sup> F. CHAMPION, *Les laïcités européennes au miroir du cas britannique : XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>273</sup> R. MARX, *op. cit.*, p. 176.

<sup>274</sup> D. MACCULLOCH, "The Birth of Anglicanism", *Ecc LJ*, 7, 2004, p. 419.

<sup>275</sup> C. GUERIN-BARGUES, « Le Parlement de la Réforme et la naissance de l'Église d'Angleterre », in G. GIRAUDEAU, C. BARGUES et N. HAUPAIS, *Le fait religieux dans la construction de l'État*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>276</sup> R. SANDBERG & N. DOE, "Order and Canon Law of the Church of England and Anglican Communion", in A. MELLONI, *Dizionario del sapere storico-religioso del Novecento*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 740.



## 2/ Tergiversations royales

**105. D'un camp** - Au décès de celui que l'on surnomme *Old Coppernose*<sup>277</sup>, montent tour à tour sur le trône ses trois enfants, issus de trois lits différents, aux personnalités et opinions religieuses et politiques assez contrastées.

C'est ainsi que le fils légitime tant désiré, Édouard VI, fils de Jeanne Seymour, troisième épouse d'Henry VIII, arrive au pouvoir en 1547.

Farouche adepte des thèses luthériennes, il fait publier le *Book of Common Prayer*, ensemble de prières et pratiques à suivre en Angleterre. Ne sont plus désormais conservés que deux sacrements (le baptême et la communion) ; la transsubstantiation y est dénoncée ; le culte des images et des statues, interdit. L'autel devient une simple table et le prêtre, un guide parmi d'autres<sup>278</sup>.

L'Angleterre est devenue protestante, pour six ans.

**106. À l'autre** – Édouard VI, décédé en 1553 à l'âge de seize ans, est suivi sur le trône par sa demi-sœur Marie I<sup>re</sup>, fille de Catherine d'Aragon. Épouse de Philippe II d'Espagne, elle est une farouche adepte du catholicisme et est d'ailleurs passée à la postérité sous le nom de *Bloody Mary* pour avoir réprimé violemment un certain nombre d'opposants (tout comme son père et son frère avant elle, cela dit). Ayant fait soumission au pape, elle restaure l'ordre catholique tout au long de son règne.

L'Angleterre est redevenue catholique, pour cinq ans.

## 3/ Retour à la stabilité

**107.** Marie I<sup>re</sup> est à son tour suivie de sa demi-sœur, Élisabeth I<sup>re</sup>, fille d'Anne Boleyn, qui va tâcher au cours de son long règne (1558-1603) de calmer les diverses tensions en présence, en faisant adopter un certain nombre de lois, en s'appuyant à son tour sur la légitimité du Parlement.

---

<sup>277</sup> À l'occasion d'une réforme monétaire peu populaire, l'effigie du roi perd une partie de son appendice.

<sup>278</sup> R. MARX, *Histoire de l'Angleterre, op. cit.*, p. 174.

**108. Act of Supremacy.** - Au lendemain de son accession, en 1559, *the Virgin Queen* fait voter un nouvel *Act of Supremacy*<sup>279</sup> par lequel elle renonce au titre de « Chef suprême de l'Église d'Angleterre » pour adopter celui de « Gouverneur suprême du royaume au spirituel comme au temporel »<sup>280</sup>. Elle confirme la juridiction royale sur le clergé, au détriment de la juridiction papale et fait emprisonner ou déposer tous les évêques refusant de prêter serment à la couronne<sup>281</sup>. Elle rappelle que derrière toutes les lois du royaume, y compris les lois religieuses, se trouve une seule et même autorité; ce faisant, elle instaure le concept de monisme juridique, *legal monism*<sup>282</sup>.

**109. Act of Uniformity.** - Elle fait ensuite adopter en 1562 un nouvel *Act of Uniformity*<sup>283</sup> qui rend obligatoires, sous peine d'amende, le service religieux du dimanche et le rite du *Book of Common Prayer* de 1552. Tout en ambiguïté, ce livre de prières cherche à rallier à la fois les protestants et les catholiques modérés<sup>284</sup> et sera donc clairement rejeté par les radicaux de ces deux religions.

**110. XXXIX Articles.** - En 1563, l'Église d'Angleterre acquiert son statut définitif via les *XXXIX Articles*, plateforme doctrinale de l'Église d'Angleterre, assortis d'une nouvelle version du *Book of Common Prayer*, version bien trop mesurée pour les puritains, ces adeptes du calvinisme souhaitant « purifier » l'Église d'Angleterre. Ceux qui désormais se qualifient de « *low church* », Église d'en bas, « jugent la *high church*, Église d'en haut, anglicane trop proche de l'Église romaine tant par son organisation hiérarchique que par ses rituels »<sup>285</sup>. Bien plus tard, en 1620, le *Mayflower* quittera l'Angleterre. À son bord, quelques centaines de Pères pèlerins puritains, membres de la *low church*, les fameux *Pilgrim fathers*, abandonneront la vieille Europe à ses dissensions religieuses et partiront fonder un Nouveau Monde. Mais c'est là une autre histoire. Pour l'heure, les puritains rongent leur insatisfaction, au même titre que les catholiques : modeste victoire pour ces derniers, la reine a été excommuniée en 1570 par le pape Pie V (1566-1572). Il n'en reste

---

<sup>279</sup> *Act of Supremacy* de 1558/9.

<sup>280</sup> J. PICQ, *Politique et religion*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>281</sup> *Ibid.*

<sup>282</sup> A. PEARCE, "England's law of religion – the history of a discipline", in N. DOE & R. SANDBERG, *Law and religion : new horizons*, Leuven, Paris, Walpole, Peeters, 2010, p. 13.

<sup>283</sup> *Act of Uniformity* de 1562.

<sup>284</sup> R. Helmholz suggère que l'influence du droit canonique romain a été plus forte que ce que l'on a longtemps pensé : R. HELMHOLZ, *Roman Canon Law in Reformation England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

<sup>285</sup> J. PICQ, *op. cit.*, p. 82.

pas moins qu'ils constituent tous « des citoyens de seconde zone, privés de certains droits, de leurs droits politiques et de l'accès aux emplois publics »<sup>286</sup>.

**111.** Bon an, mal an, les choses vont rester en l'état pendant près d'un siècle, apportant un répit appréciable au peuple, à la monarchie, à la nouvelle Église. Tous n'apprécient pas le nouveau modèle politico-religieux mis en place par les divers souverains anglais, loin d'accorder une quelconque liberté religieuse, mais l'on s'accorde en général à dire qu'il a du moins évité le traumatisme des guerres de Religion, tel que va le connaître la France.

## **B/ En France**

**112.** Le royaume de France va, lui, vivre en son sein trente-six années d'exactions, de cruauté, de conflits, faisant des victimes par milliers, avec le massacre de la Saint-Barthélemy, le 24 août 1572, comme point d'orgue.

Cette période douloureuse représente inévitablement un moment clé de l'histoire dudit pays ; il n'en demeure pas moins que l'issue du conflit est tout autant marquante puisqu'elle incarne le symbole d'une certaine idée de la liberté religieuse, événement exceptionnel pour l'époque.

L'édit de Nantes, signé par Henri IV (1589-1610) en 1598<sup>287</sup>, octroie en effet aux protestants un large exercice public de leur culte : pour la première fois en Europe, un roi n'impose pas sa religion à son peuple mais à l'inverse consacre et organise pour plusieurs décennies la coexistence de deux religions adversaires<sup>288</sup>. Les huguenots se voient autorisés à vivre leur foi en privé, en leur domicile ; en public, ils acquièrent le droit de se réunir dans les temples. Un acte de pacification, « entre conviction privée religieuse et raison publique politique »<sup>289</sup>.

La paix est revenue, la religion catholique reste majoritaire et d'État mais les protestants peuvent vivre leur confession sans peur d'en trépasser.

---

<sup>286</sup> J. BAUBÉROT et S. MATHIEU, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France : 1800-1914*, Paris, Éd. du Seuil, 2002, p. 78.

<sup>287</sup> Édit de Nantes du 13 avril 1598.

<sup>288</sup> E. BARNAVI, « L'édit de Nantes : le triomphe des Politiques », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 27.

<sup>289</sup> J. PICQ, *Politique et religion*, *op. cit.*, p. 186.

## C/ En Italie

**113.** Les multiples États italiens observent de loin ce qui se passe en Angleterre, en France, en Allemagne. S'ils ne se lancent pas dans des conflits similaires à ceux de la France ou à des restructurations doctrinales du type anglais, c'est sans doute parce qu'ils sont occupés avec leurs propres luttes opposant deux factions ennemies, les Guelfes et les Gibelins, et cela, depuis le début de la querelle des Investitures, pourtant officiellement terminée depuis 1122.

À l'origine, l'un des deux camps soutient l'empereur : ce sont les Gibelins, du nom - mal prononcé - de la ville de Waiblingen, propriété de la famille adverse des Hohenstaufen de Souabe. Leur font face les Guelfes, nom dérivé de la maison souabe Welf, soutenant, eux, la papauté<sup>290</sup>. L'opposition Guelfes-Gibelins se prolonge sur le terrain italien même après la fin de la querelle des Investitures, mettant ainsi face à face les grandes familles locales. Au XIII<sup>e</sup> siècle, le conflit se complique un peu plus avec un parti guelfe subdivisé entre Guelfes noirs et Guelfes blancs.

Sur place, les villes oscillent d'un parti à l'autre : Pise, Sienne et Milan sont plutôt gibelines, Venise et Florence plus guelfes. Avec la Réforme, les Gibelins prennent souvent majoritairement fait et cause pour les catholiques, tandis que les Guelfes tendent à soutenir la cause protestante. Mais le conflit en restera toujours au niveau clanique et n'aura, en conséquence, pas le même impact qu'en France ou en Angleterre.

**114. Conclusion § 1.** - Il ressort de manière logique de tout ce qui précède que, en matière matrimoniale, chaque pays va commencer à développer un droit plus personnel, plus national, plus ou moins soumis à l'influence de Rome. En tout état de cause, l'institution matrimoniale va s'en trouver profondément bouleversée.

### § 2 : L'institution du mariage au XVI<sup>e</sup> siècle

**115.** Pour enrayer la montée en puissance de la Réforme, l'Église se doit de réagir. C'est ce qu'elle va faire en organisant le concile de Trente, dans les villes de Trente et de Bologne, entre 1545 et 1563. À l'issue de ces dix-huit années de débats, répartis sur cinq pontificats, auxquels participent deux cent dix-sept évêques lors de la troisième session,

---

<sup>290</sup> P. MILZA, *Histoire de l'Italie, Des origines à nos jours, op. cit.*, p. 210.

l'Église de Rome remet de l'ordre dans ses institutions, réprime certains abus, clarifie un certain nombre de problèmes doctrinaux. Elle consolide certains principes établis en les rendant obligatoires dans le monde catholique romain. Le concile déclare en outre le pape « pasteur universel de l'Église ayant plein pouvoir pour régir l'Église universelle »<sup>291</sup>, renforçant ainsi considérablement l'autorité de ce dernier. À la clé, la conviction que « la Contre-Réforme a vraisemblablement sauvé le catholicisme romain du naufrage »<sup>292</sup>.

Les souverains de l'époque n'entendent pas rester passifs et souhaitent à l'inverse jouer un rôle au sein de ce concile. C'est pourquoi ils déclarent que « les décrets ne pourront s'appliquer à l'intérieur d'un État que dans la mesure où les instances séculières décideront une « réception » expresse, après vérification comme quoi cette législation conciliaire ne heurte en rien les maximes propres aux droits concernés »<sup>293</sup>.

**116.** Analysons donc dans un premier temps le décret tridentin portant plus particulièrement sur le mariage, le fameux décret *Tametsi*, qui reprend certains principes mais en élabore surtout d'autres, en particulier en matière de publicité du mariage (A), pour nous intéresser ensuite à sa réception dans les trois États, ce qui ne soulèvera guère de difficulté en Italie comme en Angleterre, mais fera l'objet de fortes tensions en France (B).

#### **A/ Le concile de Trente et le décret *Tametsi***

**117.** Pour mieux se distinguer des luthériens tout en restant fidèle à sa doctrine déjà établie, le concile réaffirme que le mariage entre deux personnes est un sacrement, qui ne saurait être rompu sur simple volonté. Le principe de l'indissolubilité du mariage se voit donc à nouveau clairement posé.

Le concile insiste également sur le fait que seul le consentement échangé entre époux rend un mariage valable, sous réserve que ledit consentement ne soit point entaché de vices. Pour lutter contre les mariages dits « clandestins », le concile rend la cérémonie du mariage publique, à peine de nullité : le consentement doit désormais être échangé devant un ministre (évêque ou curé de la paroisse d'un des deux époux), ainsi qu'en présence de deux ou trois témoins, *in facie ecclesiae*. Le ministre du culte, il est important

---

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 518.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 516.

<sup>293</sup> B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Les autorités compétentes pour élaborer le droit relatif aux confessions religieuses », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, op. cit., p. 29.

de le rappeler, n'administre pas le consentement en lui-même, il n'est qu'un « témoin privilégié »<sup>294</sup>. Le concile adopte une autre mesure de publicité, les bans. La procédure, dont l'absence n'entache cependant pas le mariage de nullité, vise à informer la communauté catholique d'une future union ; à ce titre, les bans doivent être publiés au cours de la messe pendant trois dimanches consécutifs, sans susciter d'opposition. En conséquence, une union conclue entre un homme et une femme enlevée, qui plus est non consentante audit mariage, sera déclarée nulle.

Par ailleurs, le concile reprend l'idée réformatrice de l'instauration de registres, d'abord testée à Nuremberg, où apparaissent « les noms des conjoints et des témoins, ainsi que le jour et le lieu du mariage »<sup>295</sup>.

Enfin, le concile réaffirme la juridiction ecclésiastique en matière matrimoniale.

À l'issue du concile<sup>296</sup>, il est prévu que le décret *Tametsi*<sup>297</sup> entre en vigueur « dans chaque paroisse trente jours après sa publication dans la paroisse »<sup>298</sup>.

## **B/ Réception du décret *Tametsi***

**118.** Si le décret *Tametsi* ne soulève guère de difficultés en Italie et en Angleterre (1), il en va différemment en France (2), où la question du consentement des parents à un potentiel mariage continue d'opposer le royaume français à Rome.

### **1/ Une réception aisée**

**119. Réception italienne.** - Côté italien, l'application tridentine ne soulève pas de difficulté. À titre d'exemple, Florence et Venise intègrent le décret dans leur législation séculière<sup>299</sup>.

**120. Réception anglaise.** - Côté anglais, l'application du concile de Trente en général et celle du décret *Tametsi* en particulier ne posent pas plus de problème : l'Angleterre ayant

---

<sup>294</sup> J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, op. cit., p. 57.

<sup>295</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, op. cit., p. 306.

<sup>296</sup> Sur son vote difficile et son application délicate : J. WERCKMEISTER, « Quelques observations sur les personnes en situation matrimoniale irrégulière dans le droit de l'Église catholique », *RSR* 81/1, 2007, § 15-19.

<sup>297</sup> Décret *Tametsi* (« bien que ») de 1563.

<sup>298</sup> J. GAUDEMET, op. cit., p. 297.

<sup>299</sup> *Ibid.*

rompu avec Rome, elle n'entend rien modifier à sa législation en vigueur et refuse, officiellement, d'appliquer les dispositions tridentines<sup>300</sup>. Elle maintient donc la distinction entre le mariage *de futuro* et *per verba praesenti*, sans pour autant imposer, par exemple, la présence d'un prêtre ou de témoins.

Cependant, elle adopte le principe tridentin des bans, devant être publiés trois dimanches de suite, afin de lutter en particulier contre les mariages clandestins.

L'Église d'Angleterre étant née de la problématique du divorce d'Henry VIII, on aurait pu supposer, qu'après la *Reformation*, elle accorderait le divorce à tous, suivant en cela la théologie luthérienne et les *XXXIX Articles* qui ne reconnaissent plus que deux sacrements, le baptême et l'eucharistie. Dans un premier temps, cependant, l'Angleterre va demeurer, et à tout le moins fort paradoxalement, une « *divorceless society* »<sup>301</sup>. Les tribunaux ecclésiastiques anglicans vont donc continuer à accorder des séparations *a mensa et thoro* en cas d'adultère, sans possibilité de remariage, ou des nullités *a vinculo matrimonii* en cas d'invalidité de l'union originelle, avec possibilité de remariage, comme stipulé dans le droit canonique romain. Dans tous les autres cas, le principe, pourtant catholique, de l'indissolubilité du mariage reste la norme.

## **2/ Une réception officiellement rejetée mais partiellement intégrée**

**121. Réception française.** - En France, le décret tridentin va être à la fois non réceptionné et partiellement intégré. Il existe en effet un réel point d'achoppement, celui du consentement des parents en matière matrimoniale, que le royaume de France souhaite rendre obligatoire.

**122. Contexte.** - En 1556, quelques sept années avant la fin du concile de Trente, le royaume d'Henri II (1547-1559) fait adopter un édit<sup>302</sup> sur les « mariages clandestins »<sup>303</sup>, requérant le consentement des parents pour tout mariage conclu jusqu'à l'âge de trente ans

---

<sup>300</sup> D. MCLEAN, "Marriage in England", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe, op. cit.*, p. 187. L'arrêt *Middleton v Crofts* (1736) 2 Atk 650 insiste ainsi sur le fait que les canons non reconnus par le Parlement n'imposent aucune obligation aux laïcs.

<sup>301</sup> G. O. W. MUELLER, "Inquiry into the State of a Divorceless Society – Domestic Relations Law and Morals in England from 1660 to 1857", *University of Pittsburgh Law Review*, 18, n° 3, 1957, p. 545.

<sup>302</sup> Édit du Roy Henri II, touchant les mariages clandestins de 1556.

<sup>303</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, p. 170.

pour les jeunes hommes, de vingt-cinq ans pour les jeunes filles. En cas de divergence de point de vue, le consentement du père prime sur celui des autres intéressés. Au-delà des trente et vingt-cinq ans, les parents doivent donner leur avis, après avoir été sollicités par des « actes respectueux »<sup>304</sup>.

À l'issue du concile de Trente, soit en 1563, en vertu des principes gallicans, le décret *Tametsi* est soumis au Parlement de Paris. Mais la France est alors en pleine guerre de Religions et ne peut se permettre de susciter davantage l'hostilité des grandes familles. La réception du décret *Tametsi*, mettant l'accent sur le consensualisme exclusif de toute autorité parentale, n'aura donc officiellement pas lieu.

**123. Ordonnance de Blois.** - « Officiellement ». Quelques années plus tard en effet, en 1579, sous Henri III (1574-1589), est prononcée l'ordonnance de Blois<sup>305</sup>, qui reprend à son compte un certain nombre d'avancées tridentines : sont ainsi exigées la publication des bans (art. 40), la présence du « curé, vicaire ou autre » pour recevoir le consentement des parties (faisant du ministre du culte davantage cette fois un acteur qu'un témoin privilégié, dans la mesure où le mariage n'est considéré formé qu'à partir du moment où le prêtre déclare les époux unis<sup>306</sup>) et de quatre témoins (art. 40), sans oublier la tenue des registres de mariage.

En revanche, sur la question du consentement parental, l'État reste ferme. Il va même plus loin, en assimilant désormais le défaut de consentement des parents à un « rapt ».

Par rapt, il faut comprendre tout mariage conclu entre mineurs de moins de vingt-cinq ans sans l'accord préalable des parents, entraînant potentiellement la peine de mort, prononcée par un tribunal royal exclusivement compétent en la matière. Le curé qui accepterait de procéder à une telle cérémonie se verrait qualifié de « fauteur du crime de rapt » (art. 40). De leur côté, les notaires reçoivent l'interdiction de « recevoir aucune promesse de mariage par parole de présent »<sup>307</sup> (art. 44).

Via l'ordonnance de Blois, le royaume de France vient de parvenir à récupérer un certain nombre de prérogatives matrimoniales.

---

<sup>304</sup> *Ibid.*

<sup>305</sup> Ordonnance de Blois de 1579.

Texte intégral : <https://documents.univ-toulouse.fr/150NDG/PPN058990844.pdf>

<sup>306</sup> J.L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, op. cit., p. 59.

<sup>307</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 171.



En principe, la France n'interfère cependant pas avec le lien matrimonial proprement dit, ce dernier ressortant toujours de la compétence du droit canonique et des tribunaux ecclésiastiques.

**124. L'appel comme d'abus.** - Pour contourner cette dernière difficulté, un nouveau concept va être développé : « l'appel comme d'abus », que Madame Anne Lefevre-Teillard décrit comme suit : « ce dernier permet de contraindre, par la saisie du temporel, le juge ecclésiastique à réformer sa sentence qui a été cassée comme « abusive » par le parlement. Or, sont déclarées abusives, sur appel des justiciables ou du procureur du roi au for ecclésiastique, toutes les sentences qui ne respectent ni la législation royale, ni l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence des parlements. Par étapes successives, au cours du XVII<sup>e</sup> siècle, toute la formation du lien passe sous le contrôle de l'État qui accentue sa pression soit en légiférant soit en interprétant »<sup>308</sup>.

C'est ainsi que, petit à petit, les parlementaires vont parvenir à faire déclarer nuls les mariages conclus sans consentement préalable des parents, en s'appuyant sur le propre concile de Trente. Le concile de Trente avait en effet explicité la notion de rapt de violence en soulignant qu'un mariage conclu entre un homme et une femme enlevée et non consentante audit mariage serait déclaré nul. Les parlementaires vont petit à petit assimiler cette notion au « rapt » de l'ordonnance de Blois et déclarer que tout mariage entre mineurs de moins de vingt-cinq ans sans accord préalable des parents sera déclaré nul, en vertu du concile de Trente, offrant ainsi aux parents désireux de lutter contre d'éventuelles mésalliances une arme redoutable d'efficacité<sup>309</sup>.

Insensiblement, une partie de l'institution du mariage vient de passer de l'Église au royaume français.

**125. Conclusion § 2.** – L'unité matrimoniale qui a pu régner aux cours des siècles précédents n'est plus. Il reste certes une large base commune. Mais les trois États ayant choisi des voies différentes dans leurs relations avec Rome, chacun va commencer à développer son propre droit matrimonial, à ce stade en théorie, plus qu'en pratique.

**126. Conclusion Section 1.** - Il ressort clairement de tout ce qui précède que le XVI<sup>e</sup> siècle constitue un tournant décisif dans l'histoire des trois nations : si les États italiens

---

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>309</sup> J.L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille, op. cit.*, p. 61.

restent en phase avec la ligne doctrinale de la papauté, le royaume de France, chef de file du gallicanisme, entend bien, lui, faire entendre sa voix et refuse de suivre Rome aveuglément. Quant à l'Angleterre, elle va plus loin encore dans l'ébranlement des fondations de la théologie catholique romaine en rompant tous liens avec la papauté. Ces bouleversements sont d'une ampleur inédite et vont entraîner de nombreuses conséquences. Mais, il est important de le souligner, ces bouleversements relevant de l'ordre politique et théologique sont avant tout conceptuel.

Car, pour l'heure, et de manière très pratique, que nos couples s'appellent Pierre et Marie, Matteo et Marta ou John et Elizabeth, les choses ont relativement peu changé : d'une manière générale, ils se marient à l'église de leur quartier, entourés de leur famille et amis, après avoir publié les bans trois dimanches de suite. Le prêtre les accueille sur le parvis de l'église, fait prononcer les vœux de mariage *in facie ecclesiae* avant de les faire entrer dans le bâtiment pour y célébrer la messe. L'homme et la femme resteront unis jusqu'à ce que la mort les sépare. Si l'un ou l'autre, voire les deux, désire(nt) mettre fin à la vie conjugale, il lui/leur faudra soit vivre séparément, sans possibilité de se remarier, soit invoquer leur cause devant un tribunal ecclésiastique, que ce dernier relève ou non de Rome. Tous anglicans que soient John et Elizabeth, ils ne pourront pas plus divorcer que Matteo et Marta ou Pierre et Marie. Tous catholiques que soient Pierre et Marie, ils devront faire reconnaître leur mariage en signant un registre devant un prêtre et quatre témoins, comme Matteo et Marta (qui n'ont pas besoin d'avoir autant de témoins). Certes, pour l'anglicanisme, le mariage n'est plus un sacrement reconnu selon le dogme officiel ; certes, pour le gallicanisme, il n'est pas question que les parents ne puissent pas avoir voix au chapitre dans le choix du mariage de leurs enfants. Mais pour le commun des mortels, de manière très concrète, l'institution matrimoniale du XVI<sup>e</sup> siècle, si elle a évolué, n'est pas encore bouleversée.

Cependant, et de manière fondamentale, ce siècle a ouvert la voie à un nouvel ordre juridique qui va bientôt se mettre en place, modifiant profondément le quotidien de nos trois couples. Et cela ne va pas se faire en douceur.

## Section 2 : Un vent de révolution

127. Le XVI<sup>e</sup> siècle a constitué un tournant majeur, d'un point de vue politique et religieux, pour les trois États, sans pour autant impacter en profondeur la vie quotidienne de leurs citoyens respectifs. Il en va aller très différemment de l'Europe des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, sur laquelle souffle un fort vent de révolutions.

Trois dates capitales symbolisent les Révolutions anglaises et française : 1649, 1688, 1789.

Si la *Civil War* de 1649 donne naissance à un court épisode républicain, la *Glorious Revolution* de 1688 instaure de manière pérenne en Grande-Bretagne un nouveau régime politique, celui de la monarchie parlementaire. Cette période clé de l'histoire anglaise, en passe de devenir britannique, permet d'ouvrir une ère de liberté de pensée, de conscience, de paroles, jusqu'alors minimisée, voire ignorée, niée, bafouée. Conséquence directe de la Révolution, dite glorieuse car aucune goutte de sang n'a été versée, la *Toleration* va permettre, au fur et à mesure du temps, d'ouvrir la voie à la reconnaissance de la pluralité religieuse, tout en confirmant l'aspect établi de l'Église anglicane.

La Révolution française de 1789 va, quant à elle, se prolonger dans le temps et avoir des conséquences tant nationales qu'internationales autres. Le pays va osciller entre République, Directoire, Consulat, Empire, Restauration et il faudra attendre 1870 pour qu'il adopte de manière définitive le régime républicain. Au cours de cette longue période instable, de nouveaux concepts, entre autres religieux, tous en lien avec l'affirmation des principes de Liberté, d'Égalité et de Fraternité, vont émerger et tanguer entre liberté totale et restriction étatique contrôlée. Il n'en demeure pas moins que la France instaure elle aussi le principe de pluralité religieuse, sans pour autant établir d'Église. Le catholicisme n'est en effet que la religion majoritaire, rien de plus.

Ces épisodes fondamentaux bouleversent totalement le droit de nos couples. Mariage civil, mariage religieux, divorce, tout devient possible ou interdit, au gré des circonstances.

Il importe donc d'examiner la situation de l'Angleterre (§1) et de la France (§ 2), avant d'entrer dans le détail de l'institution matrimoniale de ces deux pays (§3). Exceptionnellement, nous mentionnerons les États italiens dans le paragraphe consacré à la Révolution française, les deux étant liés.

## § 1 : Les Révolutions anglaises

**128.** Le décès en 1603 d'Élisabeth I<sup>re</sup> laisse le trône Tudor vacant : c'est à son cousin écossais que va revenir la couronne anglaise. Jacques VI d'Écosse devient alors Jacques I<sup>er</sup>, roi d'Angleterre et d'Irlande (1603-1629), et installe la dynastie des Stuart, aux règnes mouvementés, sur la Grande-Bretagne. Deux révolutions vont en effet secouer les îles britanniques en moins d'un siècle (A). Une nouvelle ère, dite de Tolérance, s'ouvre alors, plus ambiguë qu'elle n'y paraît cependant (B).

### A/ La monarchie anglaise doublement secouée

**129.** À moins de quarante ans de distance, l'Angleterre doit faire face non pas à une, mais à deux Révolutions, l'une qu'elle qualifie de guerre civile, l'*English Civil War* (1), l'autre de glorieuse, la *Glorious Revolution* (2). Dans un cas comme dans l'autre, le Parlement joue un rôle essentiel et transforme le royaume en une monarchie résolument parlementaire, mettant un terme à cette longue période au cours de laquelle monarques et Communes n'ont cessé de s'affronter à propos de leurs pouvoirs respectifs<sup>310</sup>.

#### 1/ *The English Civil War*

**130. République.** - La première Révolution anglaise, qualifiée outre-Manche d'*English Civil War*, est l'épilogue violent de la lutte non moins violente que se livrent pendant plusieurs années (mais en fait, depuis plusieurs siècles, si l'on accepte de faire débiter cette opposition au XII<sup>e</sup> siècle), d'une part, le pouvoir royal à tendance absolutiste et, d'autre part, les tenants des forces parlementaires. Au milieu de la mêlée, des non-conformistes protestants, des catholiques et des *levellers* des plus révolutionnaires.

De crises en guerres civiles, la Grande Rébellion culmine avec l'épisode de l'exécution<sup>311</sup>, le 30 janvier 1649, du roi Charles I<sup>er</sup>, fils de Jacques I<sup>er</sup>, et l'instauration d'une République baptisée *Commonwealth and Free-State*, avec Olivier Cromwell à sa

---

<sup>310</sup> Les premiers affrontements remontent au XII<sup>e</sup> siècle et sont l'occasion de l'octroi de la *Magna Carta* par Jean Sans Terre en 1215.

<sup>311</sup> Décapité sur l'échafaud.

tête : double mise à mort donc, celle « du roi mais surtout du principe monarchique »<sup>312</sup>, selon les paroles de Monsieur Jean Baubérot.

S'ouvre alors une période d'anarchie militaire telle que, à la mort de Cromwell, le Parlement finit par rappeler sur le trône Charles II (1660-1685). Contrairement à son père, le nouveau roi va chercher à tout prix le compromis.

### **131. Charles II.** – Le compromis est double.

D'un point de vue institutionnel, Charles II reconnaît le renouvellement triennal du Parlement<sup>313</sup>, prélude nécessaire à une vraie vie politique.

D'un point de vue religieux, il introduit en 1662 un nouveau *Book of Common Prayer*, toujours en vigueur. Mais s'il impose l'anglicanisme comme culte établi avec l'adoption de l'*Act of Uniformity* de 1662<sup>314</sup>, il entend accorder aux catholiques et aux non-conformistes protestants, avec la *Royal Declaration of Indulgence* de 1672<sup>315</sup>, une tolérance qui leur avait été jusqu'ici niée. Ce geste sera cependant limité dans le temps puisque dès l'année suivante, en 1673, non seulement le roi devra abandonner la *Declaration*<sup>316</sup>, mais il devra donner son *royal assent* aux premiers *Test Acts*<sup>317</sup> votés par le Parlement, exigeant de tout officier civil de renoncer à la doctrine catholique de la transsubstantiation et d'adopter le culte anglican.

Sur le terrain religieux, la lutte entre souverain et Parlement perdure donc, opposant un monarque prônant la tolérance civile à un Parlement opposé à une « Église très 'compréhensive' »<sup>318</sup>. La voie menant à plus d'écoute, d'ouverture d'esprit, de respect est cependant ouverte. Elle n'ira qu'en s'élargissant.

## **2/ The Glorious Revolution**

**132. Derniers soubresauts.** - Les tensions vont être à nouveau fortement exacerbées à la mort de Charles II en 1685. La couronne passe en effet à son frère Jacques II (1685-1688), converti au catholicisme une quinzaine d'années auparavant.

---

<sup>312</sup> J. BAUBÉROT et S. MATHIEU, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France : 1800-1914*, op. cit., p. 44.

<sup>313</sup> J. PICQ, *Politique et religion*, op. cit., p. 105.

<sup>314</sup> *Act of Uniformity* de 1662.

<sup>315</sup> *Royal Declaration of Indulgence* de 1672.

<sup>316</sup> F. CHAMPION, *Les laïcités européennes au miroir du cas britannique*, op. cit., p. 49.

<sup>317</sup> *Test Acts* de 1661.

<sup>318</sup> F. CHAMPION, op. cit., p. 48.

Durant son court règne, le nouveau monarque va lui aussi s'attacher à instaurer la liberté religieuse pour les juifs et les catholiques et aider les quakers à s'installer outre-Atlantique, en les autorisant à fonder la Pennsylvanie, sous la direction de William Penn.

Les parlementaires, en particulier les *tories*, se sentent menacés sur tous les fronts, dont celui religieux. Hostiles aux Stuart, ils vont inviter la fille de Jacques II, Marie, à revenir en Angleterre pour prendre le pouvoir. La princesse anglaise ayant épousé en 1677 Guillaume III d'Orange-Nassau, prince protestant hollandais, c'est depuis les Provinces-Unies qu'est lancée sur Londres une opération militaire soutenue par le Parlement, visant à destituer Jacques II.

Ce dernier, afin d'éviter un deuxième bain de sang, préfère abdiquer en décembre 1688 en faveur du couple qui va régner conjointement, « étrange solution d'une royauté bicéphale »<sup>319</sup>, sous les noms de Guillaume III et de Marie II (1689-1702). Au cours de cette révolte en douceur, prenant le nom plus honorifique de *Glorious Revolution*, le rôle du Parlement est fondamental du début jusqu'à la fin, tant et si bien qu'elle aurait parfaitement pu être baptisée *Parliamentary Revolution*.

**133. Monarchie parlementaire.** - S'ouvre alors une nouvelle ère pour la monarchie anglaise, résolument et définitivement parlementaire, « la meilleure des Républiques »<sup>320</sup> : le Parlement impose au *royal couple* la signature du *Bill of Rights*<sup>321</sup>, cette « charte politique limitant strictement les prérogatives du monarque »<sup>322</sup> « sous étroit contrôle du Parlement »<sup>323</sup>.

D'un point de vue religieux, Guillaume III et Marie II promettent de respecter la religion réformée.

Au-delà, une sorte de « contrat », un *covenant*, est passé entre les divers protagonistes : l'Église anglicane est confirmée comme étant « établie », ce qui lui confère un statut indéniablement supérieur aux autres religions. Pour autant, ladite Église ne saurait imposer sa loi sans l'intervention du Parlement.

Par ailleurs, le pays se définit désormais comme « nation protestante »<sup>324</sup>, mettant ainsi un terme à un certain nombre d'hésitations théologiques.

---

<sup>319</sup> R. MARX, *Histoire de l'Angleterre*, op. cit., p. 276.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 222.

<sup>321</sup> *Bill of Rights* de 1688/9.

<sup>322</sup> J. PICQ, *Politique et religion*, op. cit., p. 107.

<sup>323</sup> F. CHAMPION, *Les laïcités européennes au miroir du cas britannique*, op. cit., p. 54.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 56.

**134.** D'un point de vue institutionnel, le pays entre dans une longue période de stabilité ; il a dorénavant tout loisir de se pencher sur d'autres questions fondamentales, au titre desquelles figure celle de la tolérance religieuse.

## **B/ Toleration**

**135.** Depuis l'*establishment* de son Église, l'Angleterre a conscience de traiter ses citoyens différemment selon leurs confessions. Charles II et Jacques II ont bien tenté d'assouplir la législation anti-catholique et anti-*dissenter* mais les esprits n'étaient pas encore assez mûrs pour l'époque.

L'affirmation de la « nation protestante » revendiquée désormais par l'Angleterre pose la question de la place de ces derniers sur son sol et va amener rapidement les parlementaires à ajuster puis à infirmer leurs lois anti-*dissenters* (1). Il faudra attendre beaucoup plus longtemps pour que ces mêmes lois soient également abrogées dans leur version anti-catholique (2). Quant aux autres religions, la nation anglaise s'étant construite quasiment exclusivement contre les catholiques et les protestants *dissenters*, elles passeront finalement relativement facilement entre les mailles du filet anglican (3). À l'issue de ce chapitre débutant en 1689 et pouvant être considéré comme définitivement clos en 1888, l'Angleterre peut être désormais considérée comme un pays d'une ouverture d'esprit religieux totale, d'une tolérance absolue, d'un libéralisme innovant, même si tolérance ne signifie pas égalité (4).

### **1/ Tolérance vis-à-vis des *dissenters***

**136.** Afin de tourner ne serait-ce que partiellement la douloureuse page des tensions religieuses, afin également de résoudre le paradoxe issu du *Bill of Rights* déclarant le pays « nation protestante », l'Angleterre se doit d'amender sa législation anti-protestante *dissenter*.

C'est ainsi que le Parlement adopte à la même date que le *Bill of Rights* de 1689 le *Toleration Act*<sup>325</sup>, octroyant une « liberté partielle mais consistante pour l'époque »<sup>326</sup> aux *dissenters*, c'est-à-dire aux dissidents presbytériens, congrégationalistes, baptistes et

---

<sup>325</sup> *Toleration Act* de 1689.

<sup>326</sup> J. BAUBÉROT et S. MATHIEU, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France : 1800-1914*, op. cit., p. 45.

quakers. Hautement symbolique, ce premier pas reste cependant d'effet limité. Il faudra en effet attendre 1828<sup>327</sup> pour que soient effectivement abolis les *Test Acts* et autre *Corporation Act*<sup>328</sup>, votés à l'encontre des presbytériens en 1661 et que les limitations des droits publics des dissidents soient définitivement levées<sup>329</sup>.

L'apaisement religieux prôné par le Parlement en 1689 ne lève donc pas tous les interdits. Il ne vise pas non plus toutes les religions.

## 2/ Tolérance vis-à-vis des catholiques

**137. Renforcement de la législation anti-catholique.** - Les catholiques, toujours potentiellement vus comme des « soldats du pape »<sup>330</sup>, des « *recusants* », ne sont nullement concernés par le *Toleration Act*.

Westminster renforce dans un premier temps sa législation anti-catholique. Ainsi, en 1700, est adopté le *Popery Act*<sup>331</sup> par lequel « une prime est accordée aux dénonciateurs de prêtres clandestins qui risquent l'emprisonnement à vie tout comme les maîtres d'écoles catholiques » ; il y est fait « interdiction (...) aux catholiques d'hériter et d'acheter des biens fonciers » ; en outre, « les enfants de parents catholiques ont l'obligation de suivre les enseignements de l'Église établie »<sup>332</sup>.

Le Parlement réitère sa position en 1701, avec l'*Act of Settlement*<sup>333</sup>, interdisant l'accès au trône de la couronne anglaise à quiconque serait catholique ou marié à un catholique romain.

**138. Assouplissement puis abrogation de la législation anti-catholique.** - Pour les catholiques, il va donc falloir patienter : la plupart de leurs incapacités civiles<sup>334</sup> ne sera partiellement supprimée qu'en 1778 puis en 1791 par le vote de deux lois émancipant partiellement les catholiques<sup>335</sup>.

---

<sup>327</sup> *Sacramental Test Act* de 1828.

<sup>328</sup> *Test Acts et Corporation Act* de 1661.

<sup>329</sup> J. BAUBÉROT et S. MATHIEU, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France : 1800-1914*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>330</sup> R. MARX, *Histoire de l'Angleterre*, *op. cit.*, p. 277.

<sup>331</sup> *Popery Act* de 1700.

<sup>332</sup> F. CHAMPION, *Les laïcités européennes au miroir du cas britannique*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>333</sup> *Act of Settlement* de 1701.

<sup>334</sup> J. BAUBÉROT et S. MATHIEU, *op. cit.*, p. 76.

<sup>335</sup> *Papist Act* de 1778 et *Roman Catholic Relief Act* de 1791.



Mais c'est surtout le *Roman Catholic Relief Act* de 1829<sup>336</sup> qui va éliminer les nombreuses restrictions imposées aux catholiques romains anglais, dont celles du serment d'allégeance. Désormais, ces derniers vont pouvoir voter, être élus au Parlement, travailler dans la fonction publique, ouvrir des écoles, édifier des lieux de culte.

Au même titre que les *dissenters* ou que les anglicans.

Diverses autres lois vont une par une abroger ce qui reste de l'arsenal juridique anti-catholique : ainsi, le *Roman Catholics Charities Act* de 1832<sup>337</sup> autorise la possession d'établissement de charité. Lorsque la hiérarchie et le droit canonique de l'Église catholique sont réintroduits en 1850, cela suscite un énième soulèvement anti-papiste du Parlement qui adopte en 1851 l'*Ecclesiastical Titles Act*<sup>338</sup> érigeant en infraction pénale le fait de porter un titre épiscopal suivi du nom d'une ville du Royaume-Uni par toute personne qui ne serait pas membre de l'Église établie. Mais devant l'inutilité de cette dernière loi, le Parlement l'abrogera en 1871, refermant le chapitre anti-catholique anglais.

### 3/ Tolérance vis-à-vis des autres religions

**139.** Il est intéressant de noter que tous les textes mentionnés ci-dessus visent toujours expressément telle ou telle confession. À défaut de loi, il semble donc possible de pouvoir vivre selon ses rites et de pouvoir participer, par exemple, à la vie publique.

C'est le cas de la religion juive : n'étant visés expressément par aucune législation prohibitive, certains de ses représentants parviennent, lors d'élections générales, à se faire élire en tant que membres du Parlement. C'est une première, aussi la question du serment se pose-t-elle. Faut-il maintenir la mention « *On the true faith of a Christian* » dans le serment à prêter au Parlement, comme le souhaiteraient les *Lords*, ou à l'inverse, l'éradiquer, selon le vœu des *Commons* ?

Un habile compromis va finalement permettre de résoudre l'épineuse controverse en permettant à chaque chambre de formuler son serment comme bon lui semble. C'est ainsi que le 26 juillet 1858, Lionel de Rothschild prête serment devant la Chambre des Communes, devenant le premier membre du Parlement de confession juive<sup>339</sup>. En 1866, la

---

<sup>336</sup> *Roman Catholic Relief Act* de 1829.

<sup>337</sup> *Roman Catholics Charities Act* de 1832.

<sup>338</sup> *Ecclesiastical Titles Act* de 1851.

<sup>339</sup> M. CHARLOT, *Religion et politique en Grande-Bretagne*, Paris, Presses de la Sorbonne nouvelle, 1994, p. 71.

chambre des Lords se rallie finalement aux *Commons* : le *Parliamentary Oaths Act*<sup>340</sup> est adopté par les deux chambres et remplace « *On the true faith of a Christian* » par « *So help me God* »<sup>341</sup>.

Quant aux athées, dont on ne parle qu'à peine à l'époque, ils obtiendront eux aussi le droit d'entrer au Parlement en 1888<sup>342</sup>.

#### **4/ Toleration, libéralisme, liberté et égalité**

**140. Libéralisme.** - Entre le XVI<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle, le chemin religieux anglais a été long, sinueux, parfois douloureux. Il en est d'abord résulté l'établissement d'une nouvelle Église, longtemps associée à une discrimination très forte à l'encontre de ceux qui n'adhéraient pas à son dogme. Cette période a été suivie, dans un deuxième temps, d'une nouvelle interprétation de la notion de religion et de l'acceptation d'une certaine forme de tolérance. S'est alors ouverte la voie au principe de liberté religieuse, ouvrant elle-même la voie au libéralisme dans toutes ses acceptations. Une fois cette notion de tolérance acceptée, c'est tout le libre-marché de l'opinion qui va s'ouvrir, timidement d'abord, largement ensuite. Les idées de Locke ont vaincu.

**141. Liberté, pas égalité.** - La *Reformation* anglaise a bien abouti à une forme de liberté, celle de penser différemment selon sa conscience<sup>343</sup>. Sans doute pour la première fois de l'histoire (ou du moins l'une des premières fois) place-t-on cette liberté, non pas sous l'angle de l'État, d'une contrée géographique, mais bien sous le prisme de l'être humain, de l'*individual man*.

Le « *free-born Englisman* »<sup>344</sup>, né du long et violent conflit entre le Parlement et le pouvoir monarchique, pouvant s'appuyer sur des textes aussi fondateurs que ceux de la *Magna Carta* de 1215 et du *Bill of Rights* de 1689, devient le symbole de l'individu, de la tolérance, de la liberté, du libéralisme, base de la société anglo-saxonne. Quelle que soit sa

---

<sup>340</sup> *Parliamentary Oaths Act* de 1866.

<sup>341</sup> M. CHARLOT, *Religion et politique en Grande-Bretagne*, op. cit.

<sup>342</sup> N. DOE, « Les îles britanniques (1800-1920) », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, op. cit., p. 192.

<sup>343</sup> O. CHADWICK, "The Liberal State : On liberalism", in S. FERRARI & R. CRISTOFORI, *Law and religion : an overview*, Farnham, Ashgate, 2013, p. 90.

<sup>344</sup> J. BAUBÉROT et S. MATHIEU, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France : 1800-1914*, op. cit., p. 73.

religion. Or, elles commencent à être nombreuses, ces religions, en ces XVII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles : bien sûr, les anglicans ; bien sûr, les premiers *dissenters*, c'est-à-dire les presbytériens, congrégationalistes, baptistes et quakers ; bien sûr, les catholiques, juifs et athées<sup>345</sup>. N'oublions pas cependant les nouveaux courants diversement incarnés par les *Latitude Men*, hostiles à tout dogmatisme et prônant la tolérance selon une conception très universaliste du salut<sup>346</sup> ; les maçons et la première Grande Loge, créée à Londres en 1717<sup>347</sup> ; l'Église unitarienne, à partir de 1773 ; les méthodistes (*revival of religion*) qui font leur apparition au XVIII<sup>e</sup> siècle sous l'impulsion de John Wesley et qui vont rapidement se décliner en *Wesleyan Connection*, courant plus conservateur, *Methodist New Connection*, plus libéral, et *Primitive Methodists*, soutenant les ouvriers, surtout dans la région des *Levellers*<sup>348</sup> ; les évangéliques (*Evangelical movement*) réunissant les non-conformistes issus du puritanisme du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>349</sup> ; et enfin, la *Broad Church*, revisitant l'ancien latitudinarisme<sup>350</sup>.

Tous ces courants feront dire à Voltaire, lors de son exil anglais entre 1726 et 1728, que « S'il n'y avait en Angleterre qu'une religion, le despotisme serait à craindre ; s'il y en avait deux, elles se couperaient la gorge ; mais il y en a trente et elles vivent en paix et heureuses »<sup>351</sup>. Il ajoutera également qu'un « Anglais, comme un homme libre, va au Ciel par le chemin qui lui plaît »<sup>352</sup>. Nous avons vu qu'aux dates de l'exil de Voltaire en Angleterre, qu'il qualifie de « terre de liberté », ladite liberté n'est pas totale pour tous. Mais il est vrai qu'il y règne déjà une certaine idée de pluralité religieuse, source, aux yeux du grand philosophe, de paix civile<sup>353</sup>.

Cependant, tolérance ne signifie nullement égalité, comme nous le verrons en particulier en droit matrimonial.

**142. Conclusion § 1.** – L'Angleterre sort puissante de sa période révolutionnaire : elle a affermi sa monarchie, tout en la transformant en profondeur et en la plaçant désormais sous le signe du régime monarchique parlementaire. Elle a définitivement établi son Église. Plus

<sup>345</sup> F.-J. RUGGIU, « L'Angleterre, modèle de tolérance? », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 26.

<sup>346</sup> J. BAUBÉROT et S. MATHIEU, J. BAUBÉROT et S. MATHIEU, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France : 1800-1914*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>351</sup> VOLTAIRE, *Lettres philosophiques*, Paris, Flammarion, 2006, p. 100.

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>353</sup> J.-M. GOULEMOT, « Voltaire : « Écrasons l'Infâme ! » », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 34-37.

sereine, elle peut se permettre d'ouvrir la porte de la tolérance religieuse, de manière mesurée au départ, puis de plus en plus largement.

Pour paraphraser Voltaire, est-ce parce que la France ne connaît véritablement que deux religions qu'elles s'opposèrent si violemment au XVI<sup>e</sup> siècle ? Que les XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles furent si fortement anticléricaux ? Ce qui est certain, c'est que la Révolution française a été beaucoup plus virulente que son homologue anglais, avec des conséquences autres.

## **§ 2 : La Révolution française**

**143.** Le sujet est connu et a fait l'objet d'un grand nombre d'essais, d'ouvrages, de thèses. Nous nous permettrons de ne revenir que sur certains éléments fondamentaux précédant la Révolution (A), avec trois édits ayant fait date, ceux de Nantes, de Fontainebleau et de Versailles, le premier ayant donné naissance à une véritable tolérance religieuse, le deuxième l'ayant abolie, quand le dernier a cherché à trouver une solution administrative à la position des protestants français. Nous nous intéresserons ensuite aux phases clés de la Révolution proprement dite (B), l'accent étant en particulier placé sur la Constitution civile du clergé, réorganisant civilement le culte catholique ; la loi du 20 septembre 1792, confirmant l'emprise étatique de l'état-civil, amorcée avec l'édit de Tolérance, et enfin la Constitution de l'An III, entérinant le principe d'une première séparation de l'Église et de l'État. Il sera alors temps de se pencher sur le concordat de 1801, ainsi que sur les 77 Articles organiques, voulus par Napoléon et ouvrant la voie, en France, à un système de reconnaissance religieuse pluraliste (C).

### **A/ À la veille de la Révolution**

**144.** La France adopte tour à tour trois édits fondamentaux, qu'il convient de mentionner brièvement.

**145. Édit de Nantes.** - La position de la France au XVI<sup>e</sup> siècle est singulière : à la sortie des guerres de Religion, elle donne en effet naissance, en adoptant l'édit de Nantes, à une véritable tolérance religieuse devenant par là-même « une créature d'exception dans le paysage politique européen : une monarchie catholique qui se comportait comme un État

protestant, affranchi de toute tutelle supranationale et n'obéissant qu'à la seule raison d'État »<sup>354</sup>. Le royaume organise la coexistence confessionnelle et ne reçoit officiellement ni les décrets du concile de Trente ni l'Inquisition, « au bénéfice de tout le monde »<sup>355</sup>. Il a réussi avant beaucoup d'autres à concilier divers antagonismes, à, entre autres, imposer sa tolérance en matière religieuse, à pacifier le royaume, tout en continuant à affirmer son gallicanisme.

**146. Édít de Fontainebleau.** - Pourtant, le 17 octobre 1685, l'édít de Fontainebleau<sup>356</sup> revient sur le cadre défini quatre-vingt-sept années auparavant, provoquant, à court terme, l'exil d'environ deux cent mille réformés, soit près de 2,5% de la population française de l'époque, et, à plus long terme, une inflexion majeure de l'économie et des finances du royaume, ce qui bénéficiera au demeurant aux pays accueillant les réfugiés, à commencer par l'Angleterre. La révocation de l'édít de Nantes ramène également sur le devant de la scène la problématique du mariage « au Désert »<sup>357</sup>.

On peut légitimement se demander ce qui a poussé Louis XIV à revenir sur un édít « garant de la paix civile »<sup>358</sup>. Certains auteurs y voient la « clé de voûte d'une politique dévote à l'espagnole »<sup>359</sup>. D'autres insistent sur les tensions internes liées à l'adhésion au protestantisme par les - plus ou moins - grands du royaume de France<sup>360</sup>, ce qui aurait poussé le roi à réagir dans la mesure où, contrairement à l'Angleterre où la noblesse faisait bloc, le roi avait besoin de rallier des suffrages et conforter sa base majoritaire. N'oublions pas, par ailleurs, qu'au long des siècles que traversent simultanément l'Angleterre et la France, l'un put / sut se tenir loin des complications continentales quand l'autre se trouva pris dans un jeu d'alliances compliqué à honorer, voire était directement impliqué dans des conflits avec ses voisins. Ainsi, selon Monsieur Jean Picq, si Louis XIV révoque l'édít de Nantes, c'est pour « compenser le soutien limité qu'il a apporté au pape et à l'empereur dans la résistance face aux Turcs assiégeant Vienne »<sup>361</sup>.

---

<sup>354</sup> E. BARNAVI, « L'édít de Nantes : le triomphe des Politiques », *loc. cit.*, p. 27.

<sup>355</sup> *Ibid.*

<sup>356</sup> Édít de Fontainebleau du 17 octobre 1685.

<sup>357</sup> H. CHAUNU, « Le mariage civil des protestants au XVIII<sup>e</sup> siècle et les origines de l'état civil », *Annales, économies, sociétés, civilisations*, 5<sup>e</sup> année, n° 3, 1950, p. 342

<sup>358</sup> E. BARNAVI, *loc. cit.*, p. 22.

<sup>359</sup> H. CHAUNU, *loc. cit.*

<sup>360</sup> G. DICKENS, « La Réforme en Angleterre et en France », in F. BÉDARIDA, F. CROUZET et D. W. J. JOHNSON, *De Guillaume le conquérant au Marché commun, op. cit.*, p. 81.

<sup>361</sup> J. PICQ, *Politique et religion, op. cit.*, p. 123.

On notera que quelques années auparavant, en 1663, Louis XIV avait obtenu de la Sorbonne la rédaction de six articles dont le premier déclarait que « le pape et même l'Église n'ont reçu de puissance de Dieu que sur les choses spirituelles et qui concernent le salut, et non point les choses temporelles ou civiles »<sup>362</sup> : en tout état de cause, gallicanisme ne signifie pas tolérance envers les protestants et Louis XIV reste le seul maître du jeu en la matière.

**147. Édît de Versailles.** - Louis XVI tentera bien, en 1787, *via* l'édît de Versailles, dit de Tolérance<sup>363</sup>, de revenir – partiellement - sur la décision prise par son ancêtre, en accordant aux protestants un état civil. Ainsi, ces derniers se voient entre autres octroyer la possibilité de se marier devant soit un officier de justice du lieu de résidence, soit un curé de paroisse catholique, agissant alors non pas comme ministre du culte catholique mais comme officier d'état civil<sup>364</sup>, préfiguration de ce qui va plus ou moins se passer cinq années plus tard : « à l'usage des non-catholiques, l'édît établit donc un mariage purement civil, contractés devant des autorités laïques, parallèlement au mariage catholique traditionnel qui continue de régir le reste de la population »<sup>365</sup>. La mesure est par ailleurs intéressante puisqu'elle offre une réelle alternative : en effet, « si le curé refuse de marier un couple, le juge pourra le faire à sa place. La déclaration du mariage doit toujours se faire devant le curé, témoin privilégié de l'engagement, mais si celui-ci n'en prend pas acte, un officier public peut enregistrer le mariage »<sup>366</sup>.

Il est cependant trop tard : la Révolution est sur le point d'éclater.

---

<sup>362</sup> C. LE TERTRE, *La religion et le droit civil du mariage*, Paris, Defrénois, 2004, p. 7.

<sup>363</sup> Édît de Fontainebleau du 17 octobre 1685, révoquant l'édît de Nantes.

<sup>364</sup> Y. BRULEY, « Mariage et famille sous Napoléon », *Napoleonica. La Revue*, n° 14, 2012, p. 113.

<sup>365</sup> J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>366</sup> J.-C. BOLOGNE, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Lattès, 1995, p. 322 in D. BORRILLO, *La famille par contrat*, Paris, PUF, 2018, p. 42.

## B/ La Révolution

**148.** Cette période, dense s'il en est, est émaillée de déclarations, de constitutions, de lois, de décrets, tous plus importants les uns que les autres pour la future République française. Dans l'impossibilité de les passer tous en revue, nous nous permettons de ne citer que certains d'entre eux, en rapport avec le droit matrimonial.

**149. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.** - La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen d'août 1789<sup>367</sup> qui suit les premiers mouvements énonce des principes extrêmement novateurs (ou presque, si l'on accepte de se référer à la Constitution américaine de 1787).

Elle promeut entre autres le principe de la liberté des hommes, en particulier en matière religieuse (art. 10), à condition toutefois que sa manifestation ne trouble pas l'ordre public. Ce nouveau principe sera ultérieurement réitéré par la Constitution du 3 septembre 1791<sup>368</sup>, qui revient sur « la liberté de tout homme (...) (à) exercer le culte religieux auquel il est attaché ».

Aucune religion n'est privilégiée. À l'inverse, l'État, cherchant à atteindre une certaine neutralité religieuse, place les diverses religions sur un même pied d'égalité, « égalité particulièrement défendue par les protestants réformés »<sup>369</sup>.

**150. Constitution civile du clergé.** - Mais les temps sont troubles et, surtout, les caisses de l'État vides. Cette réflexion en amenant une autre, l'idée de récupérer les biens du clergé va vite faire son chemin : la Constitution civile du clergé, adoptée le 12 juillet 1790 par l'Assemblée nationale constituante<sup>370</sup> va ainsi décider de la nationalisation desdits biens. Ce faisant, la Constitution revient sur les avancées de neutralité religieuse et montre à l'inverse que la religion est liée à l'État, « faite *pour* l'État, (...) *dans* l'État »<sup>371</sup>.

*Via* la Constitution civile, l'Assemblée nationale constituante va en profiter pour réorganiser le culte catholique : les diocèses doivent coïncider avec les départements ; les

---

<sup>367</sup> Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen .

<sup>368</sup> Constitution de 1791.

<sup>369</sup> F.-R. DUCROS, « L'État face à la pluralité confessionnelle au XIX<sup>e</sup> siècle », in G. GIRAudeau, C. BARGUES et N. HAUPAIS, *Le fait religieux dans la construction de l'État*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>370</sup> Décret du 12 juillet 1790 sur la constitution civile du clergé.

<sup>371</sup> F.-R. DUCROS, « L'État face à la pluralité confessionnelle au XIX<sup>e</sup> siècle », in G. GIRAudeau, C. BARGUES et N. HAUPAIS, *op. cit.*, p. 94.

évêques et les curés doivent être élus<sup>372</sup>. Il appartient désormais à l'archevêque métropolitain dont dépend le diocèse concerné, et non plus au pape, d'accorder l'investiture canonique. Cette réorganisation n'enterre donc pas seulement le concordat de 1516<sup>373</sup>, mais crée également une « première fonctionnarisation du clergé français »<sup>374</sup>, véritable fracture entre prêtres constitutionnels et prêtres réfractaires, ces derniers refusant de prêter le « (...) serment de veiller avec soin sur les fidèles du diocèse qui lui est confié, d'être fidèle à la nation, à la loi, au roi et de maintenir de tout son pouvoir la constitution décrétée par l'Assemblée nationale et acceptée par le roi », (art. 21), puis, au-delà, entre pro- et contre-révolutionnaire.

Autant Rome n'avait pas condamné la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, autant la Constitution civile du clergé fait l'objet d'un bref *Quod aliquantum* le 10 mars 1791, par lequel le pape Pie VI (1775-1799) considère la Constitution civile, certes plusieurs mois après son adoption, comme une « intrusion du pouvoir séculier dans la constitution de l'Église ». Il déclare également « sacrilège l'ordination des évêques assermentés et menace de suspension les prêtres jureurs »<sup>375</sup>.

**151. Loi du 20 septembre 1792.** - Dans ces conditions, il devient difficile de continuer à confier aux prêtres le devoir de tenir les registres de naissance, de mariage et de décès, mission traditionnellement confiée aux curés depuis l'ordonnance de Villers-Cotterêts (1539)<sup>376</sup>. Progressivement, il faut « se résoudre à laïciser complètement l'état-civil »<sup>377</sup> : la loi du 20 septembre 1792<sup>378</sup> transfère les registres depuis les églises vers les mairies ; ils sont désormais tenus par un représentant du conseil général de la commune.

**152. Terreur.** – La période qui s'ensuit ressemble malheureusement à une nouvelle forme de guerre de religion, qui finit par éclater en Vendée en mars 1793, pour se propager sur tout le territoire : « (...) les églises sont fermées, les signes religieux martelés, les rues débaptisées. Dumont et Lebon offrent aux prêtres le choix entre le mariage et la guillotine

---

<sup>372</sup> J. PICQ, *Politique et religion, op. cit.*, p. 128.

<sup>373</sup> J. TULARD, « L'État nationalise l'Église », *Historia*, 2005/05 (n° 701), p. 54.

<sup>374</sup> F.-R. DUCROS, « L'État face à la pluralité confessionnelle au XIX<sup>e</sup> siècle », in G. GIRAUDEAU, C. BARGUES et N. HAUPAIS, *Le fait religieux dans la construction de l'État, op. cit.*, p. 94.

<sup>375</sup> R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États : deux siècles de pratique concordataire, 1801-2010*, Paris, Éd. du Cerf, 2012, p. 27.

<sup>376</sup> Y. BRULEY, « Mariage et famille sous Napoléon », *loc. cit.*, p. 113. Cf. également B. FAUCHER, « Les registres de l'état civil protestant en France depuis le XVI<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours », *Bibliothèque de l'École des chartes*, 1923, 84, p. 306 et s.

<sup>377</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>378</sup> Loi du 20 septembre 1792 instaurant le mariage civil.



et Carrier, à Nantes, les noie... »<sup>379</sup>. Les persécutions et les massacres s'accompagnent également d'une politique de déchristianisation radicale : abolition de la semaine judéo-chrétienne, du calendrier, du comput chrétien des années, remplacés par l'instauration d'un nouveau culte à la Raison puis à l'Être suprême<sup>380</sup>.

**153. Constitution du 5 fructidor an III.** - Après de telles blessures, il importe d'aller de l'avant : c'est ce que tente de faire la Convention en approuvant le décret entérinant la séparation de l'Église et de l'État le 21 février 1795<sup>381</sup>, dont le principe est repris à l'article 354 de la Constitution du 5 fructidor an III<sup>382</sup>, signant là un texte « d'une étonnante nouveauté »<sup>383</sup>. Le texte précise en effet, et cela bien avant 1905, que « Nul ne peut être empêché d'exercer, en se conformant aux lois, le culte qu'il a choisi. Nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'un culte. La République n'en salarie aucun ».

Cette première séparation n'est pas, loin s'en faut, louée de tous : elle assure une liberté religieuse à titre individuel, pas à titre collectif et fera dire à l'abbé Grégoire, le 21 décembre 1794, lors de son discours à la Convention : « La liberté du culte existe en Turquie, elle n'existe point en France »<sup>384</sup>.

La Constitution de l'an III en profite également pour affiner la législation relative à la tenue des registres, dorénavant confiés aux agents municipaux, aux officiers municipaux ou aux adjoints<sup>385</sup>. Le processus sera achevé avec la loi du 28 pluviôse an VIII<sup>386</sup> qui confiera la tenue des registres aux maires et à leurs adjoints, comme officiers d'état-civil.

**154.** Entre 1789 et 1799, la France a traversé une période révolutionnaire hors norme, inauguré une monarchie constitutionnelle pour finalement élire une Convention, elle-même remplacée ensuite par le Directoire, adopté ses premières constitutions. Si ces dix années sont indéniablement associées à d'importantes réformes démocratiques, dans le prolongement des Lumières du XVIII<sup>e</sup> siècle, elles sont également synonymes de guerre civile, de divisions religieuses, de la chute de la monarchie, de la Terreur. En 1799, lorsque le jeune Napoléon Bonaparte (1799-1814) prend le pouvoir, l'une de ses préoccupations est de ramener la stabilité.

---

<sup>379</sup> J. TULARD, « L'État nationalise l'Église », *loc. cit.*

<sup>380</sup> R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États*, *op. cit.*

<sup>381</sup> Décret du 21 février 1795 proclamant la Liberté des cultes et la Séparation de l'Église et de l'État.

<sup>382</sup> Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795).

<sup>383</sup> J. TULARD, *loc. cit.*

<sup>384</sup> J. PICQ, *Politique et religion*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>385</sup> V. en particulier le Titre VII – Corps administratifs et municipaux.

<sup>386</sup> Loi du 28 pluviôse an VIII, Loi concernant la division du territoire de la République et l'administration.

## C/ Le nouveau régime instauré par Napoléon Bonaparte

**155.** Napoléon Bonaparte, une fois à la tête du pays<sup>387</sup>, va se lancer dans un certain nombre de réformes. Il va ainsi s'atteler à apaiser les tensions religieuses, en particulier avec les catholiques, en signant un concordat avec le pape Pie VII (1800-1823) (1). Pour autant, il n'est plus question de revenir sur les acquis révolutionnaires de liberté, d'égalité, de fraternité. C'est ainsi que le Premier Consul va signer, en marge du concordat, les 77 Articles Organiques non seulement afin de limiter l'emprise papale accordée par le concordat, mais également pour offrir aux autres religions présentes en France la possibilité (voire l'obligation) d'organiser l'exercice de leurs propres cultes (2). Ce faisant, il offre aux Français un véritable pluralisme religieux.

### 1/ Le concordat de 1801

**156. Bon ordre et sûreté publique** - Les vicissitudes religieuses françaises ne sont pas encore totalement apaisées. Qui plus est, la Révolution s'est propagée en Europe, cause de tensions supplémentaires à tous les niveaux et dans tous les domaines.

Portalès, homme clé du nouveau régime, est convaincu qu'il faut, entre autres choses, « réconcilier la Révolution avec le Ciel »<sup>388</sup>. Non pas au nom d'une quelconque liberté, non pas au nom de la religion, mais bien parce que « le bon ordre et la sûreté publique ne permettent pas que l'on abandonne les institutions de l'Église à elle-même »<sup>389</sup>. Forte de cette justification d'utilité, de bon ordre, de sûreté, donc de paix sociale, la puissance étatique se voit légitimée à régler l'organisation d'un culte.

C'est ainsi que Bonaparte va signer le 26 messidor an IX (15 juillet 1801) un nouveau concordat<sup>390</sup> avec le pape Pie VII, instaurant un nouveau régime, qui n'est ni de séparation, ni de religion d'État mais un « régime d'inséparation » entre l'Église et l'État, selon la jolie expression prêtée à Émile Poulat.

---

<sup>387</sup> Le coup d'État des 18 et 19 brumaire an VIII (9 et 10 novembre 1799) impose le Consulat, remplacé par l'Empire entre le 18 mai 1804 et le 6 avril 1814.

<sup>388</sup> J. PICQ, *Politique et religion, op. cit.*, p. 132.

<sup>389</sup> *Ibid.*

<sup>390</sup> Concordat du 26 messidor an IX (15 juillet 1801). Texte complet : <https://www.napoleon.org/histoire-des-2-empires/articles/le-concordat-de-1801/>

Ce nouveau modèle ne signifie pas un retour dans le temps. Il signe, précise Bonaparte, « l'arrêt du processus révolutionnaire »<sup>391</sup> : la Révolution était « fixée aux principes qui l'ont commencée », elle peut et doit être considérée comme « finie »<sup>392</sup>.

L'essentiel désormais est donc d'assurer la paix civile, ce qui passe par la paix religieuse : en ce sens, le concordat est un acte politique dont la portée dépasse le contenu.

Bonaparte reviendra ultérieurement à nouveau sur ce lien religion – utilité/paix sociale lors de son discours aux curés de la ville de Milan, le 5 juin 1800 : « Nulle société ne peut exister sans morale ; il n'y a pas de bonne morale sans religion ; il n'y a donc que la religion qui donne à l'État un appui ferme et durable »<sup>393</sup>.

L'un des moyens pour retrouver cette paix religieuse, est de recourir à un instrument ayant déjà fait ses preuves, une convention internationale négociée (pendant un an) puis signée entre un Premier Consul tout puissant et une papauté déjà affaiblie, qui va avoir du mal à peser face à ce dernier. À l'issue, dix-sept articles concordataires et une victoire certaine pour Bonaparte.

**157. Préambule.** - Dès le Préambule du concordat, il est clairement affirmé que la religion catholique est « la religion de la grande majorité des citoyens français »<sup>394</sup>. Pie VII aurait certainement préféré que la religion catholique soit reconnue religion d'État, mais cela aurait été somme toute délicat à proclamer après le régime de séparation des années 1794-95.

Au-delà du côté tactique et politique, c'est un aspect récurrent de Bonaparte que de vouloir « gouverner les hommes comme le plus grand nombre veut l'être (...) C'est la manière de reconnaître la souveraineté du peuple »<sup>395</sup>. Or, si la religion catholique reste majoritaire dans le pays, il en existe d'autres, simple constatation sociologique<sup>396</sup>. En se plaçant sous cet angle, Bonaparte esquisse une certaine neutralité de l'État en matière religieuse, sans l'exprimer ouvertement.

**158. Corps de texte.** - Le concordat de 1801, tout comme celui de Bologne en son temps, revient sur le processus de nomination des représentants de l'Église : au

---

<sup>391</sup> P. PORTIER, *L'État et les religions en France : une sociologie historique de la laïcité*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2016, p. 44.

<sup>392</sup> Déclaration consulaire du 25 décembre 1799.

<sup>393</sup> P. PORTIER, *op. cit.*, p. 45.

<sup>394</sup> Concordat du 26 messidor an IX, préambule.

<sup>395</sup> Déclaration au Conseil d'État, le 1<sup>er</sup> août 1800.

<sup>396</sup> P. PORTIER, *op. cit.*, p. 49.

gouvernement de nommer archevêques et évêques ; au pape de dispenser ensuite l'institution canonique<sup>397</sup>. D'un point de vue financier, prêtres et évêques recevront « un traitement convenable » de la part du gouvernement<sup>398</sup>.

Mais là s'arrêtent les avantages conférés à la papauté. En échange de ces traitements, et non sans rappeler la Constitution civile du clergé, les ecclésiastiques devront prêter serment à l'État : « Je jure et promets à Dieu, sur les saints Évangiles, de garder obéissance et fidélité au Gouvernement établi par la Constitution de la République française. Je promets aussi de n'avoir aucune intelligence, de n'assister à aucun conseil, de n'entretenir aucune ligue, soit au-dedans, soit au-dehors, qui soit contraire à la tranquillité publique ; et si, dans mon diocèse ou ailleurs, j'apprends qu'il se trame quelque chose au préjudice de l'État, je le ferai savoir au Gouvernement »<sup>399</sup>.

Enfin, les hommes d'Église sont priés ne pas oublier de conclure leur office divin par un : « *Domine, salvam fac Rempublicam ; Domine, salvos fac Consules* »<sup>400</sup> (« Seigneur, garde sauve la République ; Seigneur, garde saufs les Consuls »).

Les évêques sont (re)devenus des préfets spirituels.

## 2/ Les 77 Articles Organiques

**159. Texte** – Le concordat s'accompagne d'un autre document, les 77 Articles Organiques, adoptés dans le but de dépasser l'opposition au concordat, en particulier celle de Talleyrand et de Fouché<sup>401</sup>.

Promulgués unilatéralement par la loi du 18 germinal an X<sup>402</sup>, « dans la pure tradition gallicane »<sup>403</sup>, ils sont encore plus explicites, s'il s'en faut, de l'esprit néo-gallican du nouveau régime.

Le pape n'est plus désigné comme tel mais sous le terme de « cour de Rome »<sup>404</sup>. Tout ce qui vient de ladite cour doit être approuvé par le gouvernement<sup>405</sup>. L'article 24 des

---

<sup>397</sup> Concordat du 26 messidor an IX, art. IV.

<sup>398</sup> *Ibid.*, art. XIV.

<sup>399</sup> *Ibid.*, art. VI.

<sup>400</sup> *Ibid.*, art. VIII.

<sup>401</sup> R. MINNERATH Roland, *L'Église catholique face aux États*, op. cit., p. 32.

<sup>402</sup> Loi du 18 germinal an X (8 avril 1802) modifiée relative à l'organisation des cultes.

<sup>403</sup> *Ibid.*

<sup>404</sup> *Ibid.*, art.1.

<sup>405</sup> *Ibid.*, art. 1, 2, 3, 4.

Articles Organiques va jusqu'à renvoyer à la déclaration faite par le clergé de France de 1682, dite des Quatre Articles<sup>406</sup>, manifeste du gallicanisme rédigé par Bossuet.

Et si l'article 39 ne précise pas encore la forme que devra prendre le catéchisme, ce sera chose faite en 1806, à l'occasion de la publication du « Catéchisme à l'usage de toutes les Églises de l'Empire français »<sup>407</sup> qui enseigne les devoirs suivants : « L'amour, le respect, l'obéissance, la fidélité, le service militaire, les impôts ordonnés pour la conservation et la défense de l'Empire et de son trône (...) »<sup>408</sup>.

**160. Réception.** – Du fait de leur unilatéralité, Rome ne reconnaîtra jamais les Articles Organiques.

Ils seront en revanche, bien accueillis par les cultes protestants, soit le protestantisme luthérien et le protestantisme réformé, les Articles leur accordant à nouveau un statut officiel. Quant à la communauté juive, si elle a certes également bien accueilli l'octroi d'un statut officiel, elle a vu l'unité de ses membres mise à mal à l'occasion de la réunion du Grand Sanhédrin, véritable source de tensions en particulier sur la question du mariage.

**161. Nouvelle organisation pour le culte protestant.** - Aux structures préalables des confessions protestante et juive, Bonaparte substitue une nouvelle hiérarchie centralisatrice, calquée sur le modèle catholique. Comme le précise Monsieur François-Régis Ducros, « la puissance publique est désormais seule à décider de l'organisation des cultes reconnus »<sup>409</sup>.

Selon les mêmes règles édictées pour le culte catholique (en utilisant cependant un vocabulaire autre), les cultes protestants sont rassemblés en consistoires, composés de ministres du culte et de laïcs élus<sup>410</sup>. Les ministres du culte, « obligatoirement français »<sup>411</sup>, une fois approuvés par le Premier Consul, doivent, comme leurs homologues catholiques, prêter serment.

---

<sup>406</sup> Quatre Articles du 19 mars 1682.

<sup>407</sup> *Catéchisme à l'usage des diocèses de l'Empire français*, Paris, Nyon, 1806.

<sup>408</sup> En réponse à la question : « Quels sont les devoirs des chrétiens envers les princes qui les gouvernent, et quels sont, en particulier, nos devoirs envers Napoléon I<sup>er</sup> notre empereur ? ».

<sup>409</sup> F.-R. DUCROS, « L'État face à la pluralité confessionnelle au XIX<sup>e</sup> siècle », in G. GIRAUDEAU, C. BARGUES et N. HAUPAIS, *Le fait religieux dans la construction de l'État*, op. cit., p. 99.

<sup>410</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>411</sup> P. PORTIER, *L'État et les religions en France*, op. cit., p. 55.

**162. Nouvelle organisation pour le culte juif.** - La reconnaissance du culte juif ne se fera pas en même temps que celle du culte protestant et il faudra attendre le décret impérial du 17 mars 1808<sup>412</sup> pour ce faire, ledit décret entérinant les décisions prises à l'occasion de la convocation (7 mars 1806) et de la réunion (février-mars 1808) du Grand Sanhédrin, institution qui avait pourtant disparu depuis plus de quinze siècles<sup>413</sup>.

Plus ou moins à l'instar des cultes catholique et protestant, le culte israélite est organisé de manière pyramidale : un Consistoire central chapeaute les anciennes communautés ; les consistoires départementaux sont formés de laïcs et de rabbins, proposés par des notables locaux et nommés par l'État. En revanche, et contrairement aux autres cultes, les ministres du culte juif ne sont pas rémunérés par l'État. Les consistoires ont en charge la direction et l'administration du culte ; ils sont également tenus d'enseigner les décisions rendues par le Grand Sanhédrin<sup>414</sup>.

**163.** Le concordat ne concerne que le seul culte catholique, pas les Articles Organiques. C'est pourtant bien ce dernier document, moins connu, qui instaure en France un nouveau système de reconnaissance pluraliste.

**164. Italie.** - L'action de Bonaparte a eu un écho en France, bien sûr, mais également dans beaucoup d'autres pays européens, à commencer par l'Italie.

Intrinsèquement, la péninsule italienne ne connaît pas de révolte ou de révolution. Mais sa proximité géographique avec la France fait que la Révolution française l'impacte fortement. En effet, cinq « républiques sœurs » vont naître hors du sol français en cette fin du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>415</sup> : la République cispadane en 1796, la République cisalpine et la République ligurie en 1797, la République romaine en 1798, ainsi que la République parthénopéenne en 1799<sup>416</sup>.

---

<sup>412</sup> Décret impérial n° 3 237 du 17 mars 1808, qui prescrit des mesures pour l'exécution du règlement du 10 décembre 1806 concernant les juifs.

<sup>413</sup> B. BLUMENKRANZ et A. SOBOUL, *Le grand Sanhédrin de Napoléon*, Toulouse, Éd. Privat, 1979, p. 11. Pour plus de détails sur cette période où le Grand Sanhédrin joua un rôle si important : E. FOREY, *État et institutions religieuses*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, p. 290.

<sup>414</sup> B. BLUMENKRANZ et A. SOBOUL, *op. cit.*, p. 15.

<sup>415</sup> Seules les Républiques sœurs italiennes sont ici mentionnées ; à ces dernières, on peut ajouter les Républiques batave et helvétique.

<sup>416</sup> R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États*, *op. cit.*, p. 29.

Les nouvelles constitutions du « *triennio rivoluzionario* » (1796-1799) adoptent toutes, sauf en Ligurie, les principes de séparation entre l'Église et l'État et d'égalité des cultes, alors en vigueur en France<sup>417</sup>.

Plus tard, Bonaparte, alors nommé Consul à vie, imposera à la jeune République italienne (1802-1805) dont il deviendra le président, un concordat<sup>418</sup>, sur le modèle de celui de 1801, à ceci près cependant que la religion catholique y sera déclarée « religion de la République italienne »<sup>419</sup>. En outre, il sera précisé que les matières non expressément régies par le concordat, en particulier la législation matrimoniale<sup>420</sup>, ressortent du droit canonique.

En temps et en heure, toutes ces nouvelles normes prendront une tonalité particulière.

**165. Conclusion § 2.** – En quelques années, le paysage français a changé du tout au tout. D'une monarchie, la France s'est transformée en Empire, après avoir tenté le régime républicain. De religion officielle du royaume, le catholicisme n'est plus qu'une religion parmi d'autres. De gallicans, les rapports unissant la France à Rome sont devenus concordataires, après avoir été nettement séparés. Contrairement cependant à l'Angleterre, rien de ce qui précède n'est définitif.

### **§ 3 : L'institution matrimoniale aux temps des Révolutions**

**166.** Les événements analysés ci-dessus ont bouleversé en profondeur les États concernés, à tous les niveaux, y compris celui de l'institution matrimoniale. Le droit des couples va en conséquence s'en trouver impacté et traverser une période extrêmement instable, faite de progrès et de recul. À l'issue de cette période trouble, l'Angleterre parviendra finalement à stabiliser son droit matrimonial (A) ; il faudra encore un peu de temps à la France pour parvenir à une telle stabilisation (B).

---

<sup>417</sup> *Ibid.*

<sup>418</sup> *Concordato italiano del 7 settembre 1803.*

<sup>419</sup> *Ibid.*, art.1.

<sup>420</sup> *Ibid.*, art. 20.

## A/ L'Angleterre

**167.** Outre-Manche, quatre grandes dates vont marquer l'histoire du droit des couples : 1653, 1753, 1836 et 1857. Elles correspondent toutes à l'adoption de *Marriage Acts* novateurs. Le premier, de 1653, ouvre, de manière certes temporaire, la voie au mariage exclusivement civil (1). Le deuxième, de 1753, pose les bases de la publicité du mariage anglican (bans, célébration diurne, par un ministre du culte reconnu, enregistrement dans les registres paroissiaux), afin de limiter les mariages clandestins (2). S'avérant imparfait, il sera nécessaire d'avoir recours à une troisième loi en 1836, établissant de nouveaux critères en vu du mariage anglican, du mariage religieux non-anglican, ainsi que du mariage civil, qui signe là son grand retour (3). Enfin, la dernière loi, de 1857, retire aux tribunaux ecclésiastiques toute juridiction matrimoniale, pour confier cette dernière à une nouvelle cour, offrant désormais à tous la possibilité de divorcer et supprimant par là-même la pratique des divorces parlementaires (4). En 1857, la législation matrimoniale anglaise a atteint sa (quasi) pleine maturité.

### 1/ *Marriage Act* de 1653

**168.** Une première transformation de taille, bien qu'éphémère, a lieu à l'avènement du *Commonwealth* et de l'État libre d'Angleterre, d'Écosse et d'Irlande (1649-1660), donc de la parenthèse républicaine des îles britanniques : aux termes du *Marriage Act* de 1653<sup>421</sup>, ne sont reconnus valables que les mariages célébrés par un juge de paix<sup>422</sup>, fonctionnaire de l'État.

Il est assez fréquent de lire que ces unions constituent les premiers mariages civils. Cependant, lors de la cérémonie, certes non bénie par un ministre du culte, les futurs époux doivent tout de même déclarer leur volonté de vouloir se marier en présence de Dieu : « *I do here in the presence of God (...)* »<sup>423</sup>.

La restauration de la monarchie en 1660 entraînant le rétablissement du *Book of Common Prayer* et l'abolition du mariage dit « civil » par Charles II, le mariage religieux revient sur le devant de la scène pour les cent soixante-seize années suivantes.

---

<sup>421</sup> *Marriage Act* de 1653.

<sup>422</sup> D. MCLEAN, "Marriage in England", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, op. cit., p. 188.

<sup>423</sup> *Ibid.*



## 2/ *Lord Hardwicke's Clandestine Marriage Act de 1753*

169. Le véritable tournant a lieu en 1753, avec l'adoption du *Lord Hardwicke's Clandestine Marriage Act*<sup>424</sup>, dont le but premier est de lutter contre les mariages clandestins, « *a disgrace to any civilized nation* »<sup>425</sup>. La nouvelle loi bouleverse l'ordre précédemment établi en droit matrimonial, en tentant de faire obstacles aux mariages clandestins (a), même si elle s'avère imparfaite, puisqu'excluant de son champ d'application l'Écosse (b) ainsi que les juifs et les quakers (c).

### a/ La loi de 1753

170. **Un air de déjà-vu.** - De nouvelles formalités, non sans rappeler le décret *Tametsi* du concile de Trente, pourtant officiellement non reconnu outre-Manche, sont instaurées.

Ainsi, les bans doivent être lus en l'église trois dimanches de suite.

En outre, tout mariage doit être célébré, de jour, par un ministre du culte reconnu comme tel, dans une chapelle ouverte au public<sup>426</sup>. L'union doit figurer dans les registres paroissiaux, ce qui implique la signature des deux époux, de deux témoins et du ministre du culte.

Que l'une de ses formalités vienne à manquer et le mariage est déclaré *null and void* quand le célébrant risque d'être condamné à quatorze ans de déportation<sup>427</sup>.

171. **Autorisation parentale.** - Face à l'opposition de nombreux *noblemen*, satisfaits du système précédemment mis en place et souvent eux-mêmes bénéficiaires de ces *clandestine marriages*, Lord Hardwicke, *Lord Chancellor* et instigateur de la loi, cède sur un point : si l'un des futurs époux n'a pas atteint les vingt-et-un ans, il doit demander l'autorisation de ses parents<sup>428</sup>. Cette disposition fera dire à beaucoup que la loi de 1753 n'a été adoptée que dans le but de protéger le patrimoine, et non le mariage, « *for purpose*

---

<sup>424</sup> *Clandestine Marriages Act de 1753*.

<sup>425</sup> L. STONE, *The Road to divorce : England 1530-1987*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1992, p. 121.

<sup>426</sup> S.M. CRETNEY, « L'évolution du droit anglais en matière de mariage et de divorce », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF et INSTITUT DE DROIT COMPARÉ de LYON, *Mariage et famille en question, op. cit.*, p. 20.

<sup>427</sup> J.-P. DEQUEN & V. VORA, "The Islamic marriage conundrum symposium: an introduction", *Family Law*, 46, 2016, p. 87.

<sup>428</sup> L. STONE, *op. cit.*, p. 123.

*of protecting patrimony against matrimony* »<sup>429</sup>, à l'instar de ce qui se passait en France aux XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles.

**172. But premier.** - Ce faisant, la nouvelle loi abolit une pratique qui s'était, lentement mais sûrement, généralisée, en particulier dans les auberges autour des prisons de Mayfair et de Fleet, à Londres<sup>430</sup> : quelques mille quatre cents mariages s'y conclurent ainsi en très peu de temps<sup>431</sup> sans plus de cérémonie que d'entrelacer les mains des deux « époux ».

Poursuivre sur cette voie après 1753 s'avère tellement risqué pour l'officiant que la pratique déclinera rapidement jusqu'à complètement disparaître en Angleterre. Le but premier de la loi *Hardwicke*, tendant à éradiquer les mariages clandestins, est donc atteint.

L'*Act* va cependant s'avérer relativement insatisfaisant, pour deux raisons liées aux exclusions mises en place par la nouvelle législation, l'une territoriale, l'autre confessionnelle, toutes deux insérées à l'article 18 de la loi : « *Provided likewise, That nothing in this Act contained shall extend to that Part of Great Britain called Scotland, nor to any Marriages amongst the People called Quakers, or amongst the Persons professing the Jewish Religion, where both the Parties to any such Marriage shall be of the People called Quakers, or Persons professing the Jewish Religion respectively, nor to any Marriages solemnized beyond the Seas* »<sup>432</sup>.

#### b/ Exclusion territoriale

**173. Forum shopping.** – La première exclusion est d'ordre territorial : l'Écosse est officiellement évincée du champ d'application de la loi *Hardwicke*.

Se développe alors un *forum shopping* avant l'heure, consistant, pour les Anglais à la recherche d'un mariage rapide, secret et ne requérant aucun consentement parental, à traverser la frontière anglo-écossaise et à se rendre, en particulier, dans le petit village de Gretna Green, sorte de Las Vegas britannique de l'époque.

Ainsi, en 1835, Lord Brougham, homme politique et écrivain britannique, clame qu'« il est bien connu qu'à un moment donné l'archevêque de Canterbury, le *Lord*

---

<sup>429</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>430</sup> D'où les expressions, pour désigner les mariages clandestins, de *Mayfair and Fleet marriages* ou de *Rules of the Fleet*.

<sup>431</sup> E. RODOCANACHI, *Le forgeron de Gretna Green*, Paris, Firmin-Didot, 1928, p. 69.

<sup>432</sup> *Clandestine Marriages Act* de 1753, S. 18 : <https://alsatia.org.uk/site/statutes/1753-lord-hardwickes-marriage-act/>

*Chancellor* et le *Lord Privy Seal* ont tous été mariés à Gretna Green et (qu'ils) ont eu des ennuis après avoir contracté mariage là-bas »<sup>433</sup>.

L'année 1854 voit sept cent trente-et-un couples anglais unis en terre écossaise<sup>434</sup>, un chiffre non négligeable mais, malgré tout, relativement peu élevé par rapport aux *Fleet marriages*.

**174. Cérémonie écossaise.** - Laissons Emmanuel Rodocanachi, de l'Institut de France, nous conter la cérémonie matrimoniale : « En présence de celui qui remplissait les fonctions de « prêtre » et quelques témoins de circonstance, les deux contractants faisaient connaître leur intention de s'épouser en leur résidence et attestaient qu'ils n'étaient mariés ni l'un ni l'autre. Le « prêtre » leur enjoignait d'unir leurs mains, disait successivement à chacun « Prenez-vous pour époux celui que vous tenez par la main » et après leur réponse affirmative, il déclarait que devant Dieu et les témoins réunis, ils étaient mariés et nul ne peut rompre ce que Dieu a uni. Mention de ces paroles était portée sur les registres et un certificat remis aux époux. »<sup>435</sup>.

**175. Déclin de Gretna Green.** - L'habitude de traverser la frontière va durer près d'un siècle : elle subira un premier coup d'arrêt avec l'établissement d'une voie ferrée (« il fallait apparemment du pittoresque, de l'imprévu aux amoureux qui allaient y rendre définitives leurs fantaisies », précise Emmanuel Rodocanachi<sup>436</sup>) pour définitivement s'arrêter en 1856, lorsque sera votée une loi<sup>437</sup> imposant à ceux qui voudraient se marier sur le territoire écossais d'y avoir résidé un minimum de trois semaines au préalable<sup>438</sup>.

Emmanuel Rodocanachi note, à propos de cette loi, qu'elle ne manque pas « de piquant » puisqu'elle « fut promulguée à la demande du *Lord Chancellor* Brougham, qui s'était marié lui-clandestinement à Coldstream »<sup>439</sup>, autre village écossais favorisant les mariages rapides.

Et l'éminent membre de l'Académie des sciences morales et politiques de conclure : « Si l'on ne savait que l'Angleterre est un pays où les considérations de nécessité et le respect des traditions l'emportent sur le logique, il paraîtrait surprenant que

---

<sup>433</sup> L. STONE, *The Road to divorce : England 1530-1987*, op. cit., p. 131.

<sup>434</sup> *Ibid.*

<sup>435</sup> E. RODOCANACHI, *Le forgeron de Gretna Green*, op. cit., p. 73.

<sup>436</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>437</sup> *Marriage (Scotland) Act* de 1856.

<sup>438</sup> L. STONE, op. cit., p. 134.

<sup>439</sup> E. RODOCANACHI, op. cit., p. 77.

l'industrie des hôteliers de Gretna Green et autres lieux, si contraire à l'organisation familiale telle qu'on la concevait alors, ait pu fleurir aussi longtemps et en rendre vaine les lois. Peut-être l'a-t-on toléré précisément parce qu'on sentait qu'elle atténuait ce que les rigueurs paternelles avaient d'abusif. En tout cas, elle est un mélange typique de tolérance et de rigorisme qui est au fond de la législation et des mœurs anglaises. »<sup>440</sup>.

Gretna Green ou comment contourner une interdiction trop stricte. Pragmatisme tout anglais.

### c/ Exclusion confessionnelle

**176.** L'article 18 de la loi de 1753 prévoit une seconde exclusion de son champ d'application : les juifs et les membres de la Société des Amis, c'est-à-dire les quakers. Les fidèles de ces deux religions sont spécifiquement écartés de la loi de 1753 afin que, dorénavant, ils puissent contracter mariage non plus dans l'église paroissiale locale, donc anglicane, mais dans leurs propres lieux de culte<sup>441</sup>.

La loi est en revanche muette quant aux autres religions.

### **3/ *Marriage Act* de 1836**

**177. Loi.** - Le *Marriage Act* de 1836 était donc nécessaire pour combler les lacunes de la loi de 1753, en reconnaissant tous les lieux de culte et en établissant de nouveaux critères préalables au mariage, dont celui de la résidence.

Il permet dorénavant, de distinguer trois sortes de mariage : celui régi par l'Église d'Angleterre, celui régi par les autres religions et celui purement civil.

**178. Mariage anglican.** - Le mariage célébré en conformité avec l'Église anglicane implique, bien sûr, de respecter ses rites.

De manière préliminaire, cela implique également le respect de la publication des bans trois dimanches de suite en ses paroisses, ainsi que l'obligation d'en informer l'officier d'état civil, le *superintendent registrar*.

---

<sup>440</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>441</sup> A. PEARCE, "England's law of religion – the history of a discipline", in N. DOE & R. SANDBERG, *Law and religion*, *op. cit.*, p. 20.

Par là-même, le Royaume-Uni rappelle que le mariage n'est pas totalement un sacrement mais qu'il relève davantage d'une sorte de contrat civil : l'union de deux personnes, bien que bénie par l'Église, n'en demeure pas moins sous le contrôle des autorités civiles<sup>442</sup>.

**179. Autres mariages religieux.** - Quant au mariage des autres confessions, il implique également le respect de leurs rites, mais dans un « bâtiment spécifiquement destiné à cette fin »<sup>443</sup>. Aux juifs et quakers, déjà soumis à cette disposition depuis 1753, viennent donc se rajouter les catholiques romains et les *dissenters*.

Sera témoin de l'accomplissement des formalités et de l'acte d'enregistrement à l'état civil un *registrar* ou une personne autorisée, cette dernière pouvant être un ministre du culte de la religion concernée ou tout autre représentant officiel de cette confession.

**180. Mariage civil.** - Enfin, le mariage civil refait surface. Dépouillé de toute connotation religieuse, il doit être impérativement célébré dans le bureau du *superintendent registrar*<sup>444</sup>.

#### **4/ Matrimonial Causes Act de 1857**

**181.** La loi de 1857<sup>445</sup> termine le processus de sécularisation du droit des couples anglais : il instaure une nouvelle cour civile, et non plus ecclésiastique, pour juger des affaires matrimoniales. Ce faisant, il s'affranchit d'un dernier obstacle et autorise le divorce (a), mettant ainsi fin à une pratique originale, le divorce parlementaire (b).

##### a/ Nouvelle cour

**182. Cour.** Un dernier tournant décisif est amorcé en 1857 avec le vote du *Divorce and Matrimonial Causes Act* par lequel les tribunaux ecclésiastiques se voient retirer toute juridiction, au profit des tribunaux civils, plus précisément de la *Court for Divorce and*

---

<sup>442</sup> L. STONE, *The Road to divorce : England 1530-1987*, *op. cit.*, p. 121.

<sup>443</sup> S.M. CRETNEY, « L'évolution du droit anglais en matière de mariage et de divorce », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF et INSTITUT DE DROIT COMPARÉ de LYON, *Mariage et famille en question*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>444</sup> *Ibid.*

<sup>445</sup> *Divorce and Matrimonial Causes Act* de 1857.

*Matrimonial Causes*. Cette nouvelle cour, comme son nom l'indique, a pleine compétence pour juger, non seulement du mariage, mais également du divorce *a vinculo matrimonii*<sup>446</sup>, c'est-à-dire d'un divorce rompant les liens du mariage de manière absolue et offrant la possibilité de se remarier.

Le mariage anglais vient de s'affirmer résolument dissoluble.

**183. Divorce.** - Dorénavant, la nouvelle cour civile peut se prononcer à la fois en matière de divorce (*divorce a vinculo matrimonii*) et de séparation de corps (*divorce a mensa et thoro*). Elle examine les demandes formulées par l'époux – dans le cas où la femme a commis un adultère – et par l'épouse – en cas d'adultère du mari. Cependant, dans le cas de l'épouse, l'adultère commis par le mari doit nécessairement s'accompagner de circonstances aggravantes : viol, sodomie, inceste, bestialité, cruauté ou abandon du domicile conjugal pendant au moins deux ans<sup>447</sup>, sans cause raisonnable.

Les juges exigent du demandeur une attitude irréprochable : en leur pouvoir discrétionnaire, ils peuvent refuser un divorce dans le cas où le demandeur aurait lui-même commis un adultère pendant le mariage.

Enfin, la loi introduit la notion de « comportement du partenaire rendant impossible la poursuite de la vie commune »<sup>448</sup>.

**184.** En déplaçant la compétence juridictionnelle, en accordant une vraie place au divorce, et non pas juste à la séparation, en rendant donc le divorce pleinement civil, le nouvel *Act* met un terme à un procédé peu courant, voire unique, réservé à une petite minorité : le *Parliamentary divorce* ou divorce parlementaire.

#### b/ Divorce parlementaire

**185. Contexte.** - Pour bien comprendre la situation<sup>449</sup>, il nous faut revenir, rapidement, aux temps de la Réforme : Henry VIII, pour les diverses raisons déjà évoquées, a eu besoin

---

<sup>446</sup> D. MCLEAN, "Marriage in England", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, op. cit., p. 188.

<sup>447</sup> S.M. CRETNEY, « L'évolution du droit anglais en matière de mariage et de divorce », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF et INSTITUT DE DROIT COMPARÉ de LYON, *Mariage et famille en question. 2.*, op. cit., p. 23.

<sup>448</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>449</sup> M. INGRAM, *Church courts, sex and marriage in England, 1570 - 1640*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

de divorcer. Sous le règne de ce roi puis de ses deux premiers successeurs, son fils Édouard VI et sa fille Marie 1<sup>re</sup>, les choses ne sont cependant pas claires et l'on s'interroge pour comprendre qui a le droit de divorcer et qui a le pouvoir de l'accorder.

Ce n'est que sous le règne d'Élisabeth 1<sup>re</sup> que les premières règles vont être posées, en particulier avec l'adoption en 1603 du *Bigamy Act*<sup>450</sup>, faisant de la bigamie un crime : contrairement aux pays européens ayant adopté le luthérianisme ou le calvinisme, et aussi surprenant que cela puisse paraître, le divorce suivi d'un nouveau mariage n'est pas autorisé dans l'Angleterre qui se réclame du protestantisme<sup>451</sup>.

**186. *Private bill leading to an Act of Parliament.*** - Cet état des choses va perdurer jusque dans les années 1670, date à laquelle le Parlement s'arroge le droit de légaliser un divorce par voie de *private bill leading to an Act of Parliament*, c'est-à-dire par voie d'une loi d'intérêt privé<sup>452</sup>.

La procédure, compliquée, longue et onéreuse, uniquement applicable en cas d'adultère du conjoint<sup>453</sup>, crée alors un droit matrimonial pour la classe aisée, « *a law for the aristocracy* »<sup>454</sup>, en parallèle d'un droit matrimonial pour les moins fortunés.

En 1850, une Commission royale<sup>455</sup>, dirigée par Lord Campbell, établie afin de réaliser un état des lieux de la situation relative au divorce, confirmera, dans son rapport rédigé en 1853<sup>456</sup>, que le divorce est un « privilège des classes nanties »<sup>457</sup>, coûtant alors entre 700 et 800 £<sup>458</sup>, une véritable fortune pour l'époque<sup>459</sup>.

En fin de compte, le nombre de divorces parlementaires s'avère restreint. Les chiffres varient légèrement mais un auteur anglais ayant travaillé longtemps sur ce sujet,

---

<sup>450</sup> *Bigamy Act* de 1603.

<sup>451</sup> L. STONE, *The Road to divorce : England 1530-1987*, *op. cit.*, p. 305.

<sup>452</sup> J. H. BAKER, *An introduction to English legal history*, *op. cit.*, p. 536. La pratique se développe à la suite de la dissolution du mariage de Lord Roos et de son remariage.

<sup>453</sup> S.M. CRETNEY, « L'évolution du droit anglais en matière de mariage et de divorce », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF et INSTITUT DE DROIT COMPARÉ de LYON, *Mariage et famille en question. 2.*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>454</sup> D. JAMES, "Parliamentary Divorce, 1700-1857", *Parliamentary History*, 31, 2012, p. 170.

<sup>455</sup> *Royal Commission on divorce, 10 December 1850.*

<sup>456</sup> *Report published: The First Report of the Commissioners Appointed by Her Majesty to Enquire into the Law of Divorce, and More Particularly into the Mode of Obtaining Divorces A Vinculo Matrimonii (1852-3)*, BPP vol. 40, 240.

<sup>457</sup> S.M. CRETNEY, « L'évolution du droit anglais en matière de mariage et de divorce », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF et INSTITUT DE DROIT COMPARÉ de LYON, *Mariage et famille en question. 2.*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>458</sup> A. S. HOLMES, *The Church of England and divorce in the Twentieth century*, New York, London, Routledge, 2017, p. 6.

<sup>459</sup> Dans les années 1860, un ingénieur anglais gagne environ 110 £ par an.

Sources : <http://www.nws-sa.com/rr/Inequality/Lindert.pdf>  
<http://www.victorianweb.org/economics/wages2.html>

Monsieur Douglas James, estime qu'il y eut entre trois cent onze et trois cent vingt-deux divorces accordés par le Parlement entre 1700 et 1857, dont quatre accordés à des femmes, sur les quelques milliers de dossiers déposés pour examen<sup>460</sup>. À titre d'exemple, le Parlement n'accorde en 1711 qu'un seul *Divorce Act*, au bénéfice de Stephen Jermyn<sup>461</sup>.

Un chiffre faible pour une démarche étonnante.

**187. Procédure.** – La procédure à suivre comporte obligatoirement une étape préliminaire, en lien, pour rappel, exclusivement avec l'adultère.

Première possibilité : le demandeur présente son cas devant les tribunaux ecclésiastiques et cherche à obtenir un divorce *a mensa et thoro* (ne permettant pas de se remarier) ; en cas de refus des tribunaux ecclésiastiques d'accorder ce type de divorce ou de volonté de se remarier, il peut alors déposer une requête auprès du Parlement pour essayer d'obtenir un divorce *a vinculo matrimonii*.

Seconde possibilité : le demandeur se porte cette fois devant un tribunal civil et obtient un « *verdict at law* » du *King's Bench*, ce qui signifie que la Cour du Banc du Roi lui accorde des dommages et intérêts et reconnaît l'amant coupable de « *criminal conversation* » (« *crim. con.* », doux euphémisme désignant les relations adultérines) avec sa femme.

On notera que l'épouse cherchant à divorcer est exemptée de « *verdict at law* »<sup>462</sup>.

Une fois cette étape franchie, il ne reste plus qu'à présenter sa demande de divorce au Parlement, par l'intermédiaire d'une loi d'intérêt privé, c'est-à-dire d'une loi conférant à une personne (ou à un groupe de personnes) des avantages spécifiques, démarche permise par le droit anglais<sup>463</sup>, rien n'obligeant le Parlement, comme nous l'avons vu, à accorder le précieux divorce.

**188.** Les bases du droit anglais en matière de divorce sont posées et vont rester en l'état jusque la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Seules de rares modifications interviendront par la suite, comme en 1923, avec le *Matrimonial Causes Act*<sup>464</sup> : l'épouse victime d'un adultère de son mari peut dorénavant demander le divorce sans avoir à justifier de

---

<sup>460</sup> D. JAMES, "Parliamentary Divorce, 1700-1857", *loc. cit.*, p. 170.

<sup>461</sup> *Ibid.*

<sup>462</sup> S. WOLFRAM, "Divorce in England 1700-1857", *Oxford JLS*, 5, 1985, p. 159.

<sup>463</sup> Sur le processus particulier des *private bills* : <https://www.parliament.uk/about/how/laws/bills/private/>

<sup>464</sup> *Matrimonial Causes Act* de 1923.



circonstances particulières<sup>465</sup>, entérinant par là-même, une certaine égalité homme-femme, à une époque de multiples revendications féministes.

La situation s'avère plus délicate en France, le pays étant ballotté, pendant un temps, entre Révolution, Républiques, Monarchie et Empires. Cette instabilité engendre un droit matrimonial fluctuant, en particulier en matière de divorce.

## **B/ La France**

**189.** Pendant que l'Angleterre affine son droit des couples de manière pratique, voire pragmatique, la France s'interroge sur la nature juridique du mariage : faut-il y voir un sacrement ? Un contrat ? C'est finalement cette dernière thèse qui l'emporte (1), permettant aux Révolutionnaires non seulement de légitimer l'introduction du mariage civil, mais également celle du divorce civil (2). Le Code civil confirmera la toute-puissance du mariage civil, en édictant le principe de son antériorité obligatoire, tout en revenant à une conception moins libérale tant du mariage, avec un consentement parental très fort, que du divorce, aux critères rigoureux (3). Ces dispositions entérinées, le droit des couples français évoluera peu par la suite, à l'exception notable des mesures ayant trait au divorce, qui connaîtra un parcours extrêmement sinueux avant de se stabiliser (4).

### **1/ Nature juridique du mariage**

**190.** La France pré-révolutionnaire, même en ayant connu de nombreux soubresauts, n'a pas basculé dans le camp protestant ou réellement établi sa propre religion, comme l'a fait l'Angleterre. C'est sous un autre angle que vont se concentrer les réformateurs français : la nature juridique exacte du mariage. La thèse contractualiste apparaît dès le XVI<sup>e</sup> siècle (a) pour finalement s'imposer (b).

---

<sup>465</sup> S.M. CRETNEY, « L'évolution du droit anglais en matière de mariage et de divorce », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF et INSTITUT DE DROIT COMPARÉ de LYON, *Mariage et famille en question*, op. cit., p. 24.

**191. Pouvoir spirituel, temporel, pouvoir direct ou indirect.** - De deux choses l'une : si le mariage est un sacrement, le pouvoir spirituel est compétent en la matière ; s'il est un contrat, il appartient à l'inverse au pouvoir séculier d'exercer ladite compétence, auquel cas, le sacrement est subordonné au contrat, n'acquérant alors qu'un « pouvoir indirect »<sup>466</sup>.

Hennequin (1575-1661), maître de la Sorbonne, avance dès le XVII<sup>e</sup> siècle que le contrat est antérieur au sacrement : ce dernier s'est en quelque sorte greffé sur le contrat, sans pour autant lui faire perdre sa nature civile<sup>467</sup>.

Quelques années plus tard, cette thèse est reprise par le chancelier de Pontchartrain<sup>468</sup>, à l'occasion d'une lettre adressée au premier président du Parlement de Besançon le 3 septembre 1712, à la fin du règne de Louis XIV, par laquelle il reconnaît au prince un « pouvoir direct sur le contrat, parce que le prince seul peut en régler la nature et les conditions ; indirect sur l'administration du sacrement, parce que le contrat étant la matière du sacrement, si le contrat est nul, le sacrement n'a plus de matière à laquelle on puisse l'appliquer »<sup>469</sup>.

Au cours des années 1750-60, l'aspect contractuel du mariage prend de l'ampleur, en particulier avec la publication de deux livres, « *Examen de deux questions importantes sur le mariage concernant la puissance civile* » par Le Ridant<sup>470</sup> et « *Recherche sur le mariage en sa qualité de contrat et de sacrement* »<sup>471</sup> par Lorry, professeur de droit à Paris<sup>472</sup> : si, pour eux, le mariage est à la fois un contrat et un sacrement, le contrat précède bien le sacrement. Ce sont les époux qui créent, et cela en premier lieu, le lien en exprimant leur consentement, leur volonté. Certes, l'Église « a le droit, mais aussi le devoir d'empêcher des unions qui seraient contraires à l'ordre divin et c'est en ce sens qu'il faut comprendre les canons du concile sur les empêchements dirimants », mais le prince peut, lui aussi, établir des empêchements dirimants, puisque le mariage est soumis aux lois<sup>473</sup>.

---

<sup>466</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, p. 324.

<sup>467</sup> *Ibid.*, p. 328.

<sup>468</sup> C. FROSTIN, *Les Pontchartrain, ministres de Louis XIV : alliances et réseau d'influence sous l'Ancien Régime*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015.

<sup>469</sup> J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 324.

<sup>470</sup> P. RIDANT, *Examen de deux questions importantes sur le mariage concernant la puissance civile*, s. l., 1753.

<sup>471</sup> J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 328.

<sup>472</sup> P. C. LORRY, *Essai de dissertation ou Recherches sur le mariage, en sa qualité de contrat, à l'effet de prouver que dans le mariage des fidèles on ne peut séparer le contrat du sacrement*, Paris, G. Martin, 1760.

<sup>473</sup> *Ibid.*

Pothier, éminent jurisconsulte (1699-1772), retient lui aussi, dans son « *Traité du contrat de mariage* »<sup>474</sup>, que le mariage est « le plus excellent et le plus ancien de tous les contrats. [...] C'est celui qui intéresse le plus la société civile »<sup>475</sup>. Lui aussi voit dans le mariage une double nature, contrat-sacrement. De là, il en déduit que comme contrat, le mariage appartient à « l'ordre politique. [...] Il est en conséquence sujet aux lois de la puissance séculière ». Pothier ne conteste pas l'autorité de l'Église sur le mariage mais précise que « ces empêchements établis par l'Église ne portent que sur le sacrement. Ils seraient sans effet sur le contrat, si le Prince ne leur avait donné son approbation en les recevant dans ses États »<sup>476</sup>.

#### b/ De la thèse contractualiste

**192. Affirmation de la thèse contractualiste.** - Les philosophes des Lumières ne feront qu'entériner cette position, parfaitement résumée par Voltaire : « Le mariage est un contrat du droit des gens, dont les catholiques romains ont fait un sacrement. Mais le sacrement et le contrat sont deux choses bien différentes : à l'un sont attachés les effets civils ; à l'autre les grâces de l'Église »<sup>477</sup>.

Cette position va être ensuite consolidée par la Constitution de 1791 qui proclame que « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil »<sup>478</sup>, marquant ainsi « le triomphe de l'État »<sup>479</sup>.

## **2/ Conséquences du mariage qualifié de contrat civil**

**193.** Une fois la nature contractuelle du mariage acquise, il est aisé d'en faire une institution civile : il va en aller ainsi non seulement du mariage lui-même (a), mais également de son corollaire, le divorce (b).

---

<sup>474</sup> R. J. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, Paris, Letellier, 1813.

<sup>475</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, p. 330.

<sup>476</sup> *Ibid.*, p. 332.

<sup>477</sup> *Ibid.*, p. 342.

<sup>478</sup> Constitution de 1791, art. 7.

<sup>479</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, p. 189.

## a/ Mariage civil

**194. Mariage.** - À la suite de la mise à disposition des biens du clergé à la nation<sup>480</sup>, de la suppression des vœux monastiques<sup>481</sup>, de la Constitution civile du clergé<sup>482</sup>, l'Assemblée législative pose le principe, le 22 juin 1792<sup>483</sup>, du transfert des registres d'état civil aux municipalités, rendu effectif en septembre de la même année<sup>484</sup>.

Cette étape franchie, il est alors possible d'aller plus en avant en adoptant, ce même 20 septembre, un décret<sup>485</sup> instaurant la réception des consentements des mariés par les autorités civiles, en présence de quatre témoins<sup>486</sup> : le mariage vient d'acquiescer une forme résolument et exclusivement civile.

De manière logique, il s'ensuit que la publication des futures noces est également désormais civile<sup>487</sup> et doit être affichée en la maison commune huit jours avant la célébration<sup>488</sup>.

Le décret fait aussi tomber un certain nombre d'interdictions : ne restent prohibées que les unions entre frère et sœur, et celles entre parents naturels et légitimes en ligne directe<sup>489</sup>.

Quant au consentement des parents, point d'achoppement régulier entre l'État et l'Église au cours des siècles précédents, il est maintenu pour les enfants de moins de vingt-et-un ans (âge de la majorité) souhaitant convoler en justes noces, mais point au-delà<sup>490</sup>.

Toutes ces mesures sont évidemment très emblématiques, les révolutionnaires ayant bien compris « l'importance symbolique du droit de la famille : laïciser le mariage, c'était le meilleur moyen de laïciser la société et assurer l'unité des Français autour de la loi »<sup>491</sup>.

---

<sup>480</sup> Décret des biens du clergé mis à la disposition de la Nation, 2 novembre 1789.

<sup>481</sup> Décret du 13 février 1790 sur la suppression des vœux monastiques.

<sup>482</sup> Décret du 12 juillet 1790 sur la constitution civile du clergé.

<sup>483</sup> Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens.

<sup>484</sup> G. NOIRIEL, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Sciences sociales et histoire*, vol. 13, 1993, p. 3-28.

<sup>485</sup> Décret du 20 septembre 1792, adopté par l'Assemblée législative française instaurant le mariage civil. Texte complet : <http://patronagelaique.fr/index.php/ressources/la-laicite/legislation/textes-de-loi/item/651-la-loi-du-20-septembre-1792-instaurant-le-mariage-civil>

<sup>486</sup> *Ibid.*, Titre IV, Section IV, art. 3.

<sup>487</sup> Décret du 20 septembre 1792, adopté par l'Assemblée législative française instaurant le mariage civil, Titre IV, Section II.

<sup>488</sup> J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, op. cit., p. 71.

<sup>489</sup> Décret du 20 septembre 1792, op. cit., Titre IV, Section I, art. 11.

<sup>490</sup> *Ibid.*, Titre IV, Section I, art. 3.

<sup>491</sup> C. BAHUREL, « La priorité du mariage civil et l'Islam : pour un droit de la famille au service de l'unité nationale », *D.*, 2018, p. 859.

## b/ Divorce civil

**195.** Conséquence de ce qui précède, tant d'un point de vue contractuel que symbolique, ce même décret du 20 septembre 1792 déclare le mariage « dissoluble par le divorce »<sup>492</sup>. Le Préambule précise que cette « faculté de divorcer résulte de la liberté individuelle, dont un engagement indissoluble serait la perte ».

Facile à obtenir, il ne nécessite nullement l'intervention d'un juge mais du seul officier public<sup>493</sup>. Sans pouvoir d'appréciation, ce dernier se contente de transcrire sur le registre d'état civil la mention du divorce, en présence de quatre témoins<sup>494</sup>.

Le divorce peut être fondé sur le consentement mutuel des époux ou sur certaines fautes (peines afflictives ou infamantes, crimes, sévices, injures graves contre le conjoint, dérèglements notoires des mœurs, abandon du conjoint pendant deux ans, absence sans donner de nouvelle pendant cinq ans, émigration)<sup>495</sup>, mais également sur la démence de l'un des deux conjoints ou plus simplement, sur la simple incompatibilité d'humeur<sup>496</sup>, cette dernière n'ayant pas besoin d'être prouvée.

Afin de se démarquer encore davantage des législations précédentes, le décret précise que « les époux ne pourront être désunis que par le divorce »<sup>497</sup>, supprimant ainsi implicitement la séparation de corps<sup>498</sup>.

La nouvelle loi est accueillie avec un certain empressement : entre 1793 et 1795, le nombre de divorces atteint des proportions élevées, en particulier en ville (un divorce sur quatre à Paris, un pour cinq à Lyon<sup>499</sup>) et dans les milieux bourgeois. Détail qui n'en est pas un : environ deux tiers des demandes émanent de femmes<sup>500</sup>.

---

<sup>492</sup> Décret du 20 septembre 1792, adopté par l'Assemblée législative française instaurant le mariage civil, Titre IV, Section IV, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>493</sup> *Ibid.*, Titre IV, Section IV, art. 2.

<sup>494</sup> *Ibid.*, Titre IV, Section IV, art. 3. Cf. également J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>495</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, p. 390.

<sup>496</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>497</sup> Décret du 20 septembre 1792, adopté par l'Assemblée législative française instaurant le mariage civil, Section I, art. 7.

<sup>498</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, p. 193.

<sup>499</sup> D. DESSERTINE, *Divorcer à Lyon : sous la Révolution et l'Empire*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1981, p. 93.

<sup>500</sup> J.-L. THIREAU, *op. cit.*, p. 77.

### 3/ Code civil de 1804

196. Cette conception très libérale<sup>501</sup> va être partiellement corrigée par les décrets des 17 et 21 mars 1803<sup>502</sup>, amenés à devenir les titres V et VI du Code civil de 1804<sup>503</sup>, relatifs au mariage (a) et au divorce (b).

#### a/ Mariage civil

197. Le mariage demeure civil (i). Il acquiert cependant une valeur telle qu'il doit être célébré avant toute célébration religieuse, sous peine de lourdes conséquences pénales (ii). Le principe du consentement des parents à un mariage est renforcé (iii).

##### *i. Un mariage civil*

198. **Acte civil.** - Le mariage reste un acte civil, dans le droit fil de la Révolution, « célébré publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties »<sup>504</sup> et « inscrit sur les registres de l'état civil »<sup>505</sup>, afin de pouvoir en rapporter la preuve.

La nécessité de la pacification religieuse, qui a engendré le concordat de 1801, ne remet donc pas en cause la sécularisation du mariage<sup>506</sup>.

##### *ii. Devant être célébré avant tout mariage religieux*

199. **Principe de l'antériorité obligatoire du mariage civil.** – Les législateurs du Consulat n'évoquent pas la nature contractuelle du mariage. Ils vont néanmoins encore plus loin dans la sécularisation du mariage en décrétant le principe dit d'antériorité, à retrouver non pas dans le Code civil mais dans l'un des Articles Organiques, ainsi que dans le Code pénal.

---

<sup>501</sup> Sur la progression des idées libérales et leur interprétation par le Code civil : J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996.

<sup>502</sup> Création Loi 1803-11 promulguée le 21 mars 1803.

<sup>503</sup> J.-P. DURAND, « Code civil et droit canonique », *Pouvoirs* n° 107, 2003, p. 59-79.

<sup>504</sup> C. civ., art 165.

<sup>505</sup> C. civ., art. 194.

<sup>506</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 194.

L'article 54 des Articles Organiques prévoit en effet que les curés « ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront, en bonne et due forme, avoir contracté mariage devant l'officier d'état civil ».

D'autre part, les articles 199 et 200 du Code pénal de 1810 sanctionnent d'une lourde peine le curé ne respectant pas ces prescriptions (amendes, prison ou déportation en cas de récidive<sup>507</sup>).

### *iii. Avec l'accord des parents*

**200. Consentement parental.** - Bien que le Code civil ne modifie pas l'âge de la majorité (toujours fixé à vingt-et-un ans), il revient à nouveau sur le droit de regard des parents, ou à défaut, celui des aïeux, préalable à toute future union d'un de leurs fils de moins de vingt-cinq ans ou d'une de leurs filles de moins de vingt-et-un ans<sup>508</sup>.

Au-delà de cet âge et jusqu'à trente ans pour les garçons et vingt-cinq ans pour les filles, les jeunes mariés doivent demander, « par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et mère »<sup>509</sup>, notifié par l'intermédiaire d'un notaire et de deux témoins ou de deux notaires<sup>510</sup>. En cas de refus des parents, la demande respectueuse devra être réitérée deux fois de suite, mois après mois. À l'issue de la troisième tentative, alors, le mariage pourra être célébré, même sans consentement des parents<sup>511</sup>.

C'est un véritable retour en force de l'autorité parentale (et maritale), bien loin de l'importance prônée par l'Église à la seule volonté des époux.

### b/ Divorce civil

**201.** Le divorce civil est conservé mais ne peut plus être obtenu aussi facilement que pendant la période révolutionnaire (i). Les solutions de la séparation de corps et de la nullité sont à nouveau valorisées (ii).

---

<sup>507</sup> J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille, op. cit.*, p. 74.

<sup>508</sup> C. civ., art. 148.

<sup>509</sup> C. civ., art. 151.

<sup>510</sup> C. civ., art. 154. Cf. également A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit.*, p. 196.

<sup>511</sup> C. civ., art. 152.

### *i. Divorce*

**202.** Le divorce est maintenu mais, « mal nécessaire »<sup>512</sup>, est soumis à un certain nombre de restrictions : il doit être prononcé devant un juge du tribunal d'arrondissement, pour faute grave de l'un des conjoints (réduite au nombre de trois<sup>513</sup>, à savoir l'adultère ou l'entretien d'une concubine au domicile conjugal ; la condamnation à une peine infamante ; les sévices ou injures graves)<sup>514</sup> ou par consentement mutuel (rendu en pratique quasiment inenvisageable, de par les conditions à réunir<sup>515</sup>), toute idée d'incompatibilité d'humeur ou de démence étant désormais écartée.

Par ailleurs, le divorce ne peut être demandé que par un homme âgé de plus de vingt-cinq ans ou par une femme âgée de plus de vingt-et-un ans n'ayant pas dépassé les quarante-cinq ans, pour un mariage ayant duré plus de deux ans mais moins de vingt ans<sup>516</sup>.

Le divorce ainsi établi ne permet pas pour autant une pleine liberté de remariage : il est ainsi interdit à d'anciens époux divorcés de se marier une deuxième fois ensemble<sup>517</sup>; de même, le divorcé n'est pas autorisé à se marier avec sa complice adultère<sup>518</sup>; la femme adultère est quant à elle condamnée « à la réclusion dans une maison de correction » pendant au moins trois ans<sup>519</sup>.

Une fois le divorce prononcé, un délai de dix mois doit être respecté par la femme avant de pouvoir se remarier<sup>520</sup>.

**203.** Le divorce sous le Consulat puis l'Empire est donc autorisé, mais ses conditions d'accès en restreignent grandement un usage massif, expliquant que le nombre de divorce finisse par se stabiliser en moyenne autour de cent quatre-vingts divorces par an<sup>521</sup>.

---

<sup>512</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 198.

<sup>513</sup> C. civ., art. 229-232.

<sup>514</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, op. cit., p. 400.

<sup>515</sup> Les époux doivent par exemple obtenir l'autorisation de leurs pères et mères (C. civ., art. 278).

<sup>516</sup> J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, op. cit., p. 78.

<sup>517</sup> C. civ., art. 295.

<sup>518</sup> C. civ., art. 298.

<sup>519</sup> *Ibid.*

<sup>520</sup> Ce délai est également imposé en cas de veuvage.

<sup>521</sup> J.-L. THIREAU, op. cit., p. 79.



## *ii. Séparation de corps et nullité*

**204. Séparation de corps.** - Sans doute pour compenser la rigueur de la législation en matière de divorce, le Code civil rétablit la séparation de corps<sup>522</sup>, entendue de manière provisoire<sup>523</sup>. La séparation de corps peut en effet être convertie en divorce si la vie conjugale n'a pas repris au bout de trois ans<sup>524</sup>.

**205. Nullité.** - En parallèle, le Code civil autorise les demandes en nullité du mariage, retenues valables en cas d'absence de consentement libre, d'absence de consentement des parents lorsque « ce consentement était requis », d'erreur sur la personne, de bigamie, d'inobservation des formes, d'inceste, d'impuberté<sup>525</sup>.

### **4/ Le divorce au fil du temps**

**206.** De manière générale, le droit du mariage français va se maintenir en l'état jusqu'aux réformes de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle et du début du XXI<sup>e</sup>, sur lesquelles nous reviendrons plus en détails dans les Parties II et III. En revanche, la question du divorce connaît de nombreux débats et modifications, en étant tour à tour abrogé puis réintroduit, limité dans son exercice puis de plus en plus libéral.

**207. Restauration.** - En mai 1816, sous la Charte constitutionnelle de 1814<sup>526</sup> reconnaissant la religion catholique comme religion d'État<sup>527</sup>, le divorce, ce « poison révolutionnaire » comme on le désigne souvent à l'époque, est aboli par la loi Bonald<sup>528</sup>. En son absence, la séparation de corps redevient la solution des couples traversant une crise profonde. Louis XVIII aurait aimé aller plus loin encore, en abolissant le concordat de 1801 et en signant un nouvel accord, ce qui fut d'ailleurs fait le 11 juin 1817. Le

---

<sup>522</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 30.

<sup>523</sup> C. civ., art. 306-311.

<sup>524</sup> C. civ., art. 310. Cf. également J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille, op. cit.*

<sup>525</sup> C. civ., art. 180-202.

<sup>526</sup> Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/charte-constitutionnelle-du-4-juin-1814>

<sup>527</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>528</sup> Loi du 8 mai 1816, dite loi Bonald.

concordat de 1817<sup>529</sup>, jamais soumis aux Chambres pour cause d'opposition<sup>530</sup>, restera cependant à jamais lettre morte.

**208. Monarchie de juillet.** - La Charte de 1830<sup>531</sup>, plaçant Louis-Philippe sur le trône, fait disparaître la mention relative à la « religion d'État », pour revenir à une phraséologie toute napoléonienne puisque la confession catholique y est reconnue comme la religion « professée par la majorité des Français »<sup>532</sup>.

La Chambre des députés tentera bien de voter à plusieurs reprises le rétablissement du divorce (en 1832) mais, en ce domaine, une fin de non-recevoir sera systématiquement opposée par la Chambre des Pairs<sup>533</sup>. Il en ira de même devant l'Assemblée législative d'un projet de réforme après la Révolution de 1848<sup>534</sup>.

**209. III<sup>e</sup> République.** - C'est sous la III<sup>e</sup> République<sup>535</sup> que le divorce est à nouveau rétabli, après soixante-huit années d'abrogation et de nombreuses polémiques, avec le retour du concept de mariage-contrat et l'adoption de la loi Naquet en date du 27 juillet 1884<sup>536</sup>.

Cependant, l'esprit très libéral de la Révolution s'est flétri. Le divorce de 1884 ne reconnaît en effet que trois causes : l'adultère de l'un ou l'autre des époux, l'homme et la femme étant traités désormais sur un même pied d'égalité<sup>537</sup> ; la condamnation à une peine afflictive et infamante<sup>538</sup> ; les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux à l'égard de l'autre. De telles dispositions expliquent que le divorce de la loi Naquet soit régulièrement qualifié de « divorce-sanction ».

Le remariage entre anciens époux divorcés est finalement autorisé, sauf dans le cas où les époux en question auraient contracté un second mariage suivi d'un second divorce<sup>539</sup>. Il reste interdit toutefois entre l'époux coupable d'adultère et son complice<sup>540</sup>.

---

<sup>529</sup> P. SAGNAC, « Le concordat de 1817. Étude des rapports de l'Église et de l'État sous la Restauration (1814-1821) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 7, n° 3, 1905, p. 189 et s.

<sup>530</sup> R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>531</sup> Charte constitutionnelle du 14 août 1830 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/charte-constitutionnelle-du-14-aout-1830>

<sup>532</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>533</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, p. 402.

<sup>534</sup> *Ibid.*, p. 403.

<sup>535</sup> J. BAUBÉROT et S. MATHIEU, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France 1800-1914*, *op. cit.*, p. 232-233.

<sup>536</sup> Loi n° 14.485 du 27 juillet 1884 - qui rétablit le divorce, JORF du 29 juillet 1884.

<sup>537</sup> C. civ., art. 230.

<sup>538</sup> C. civ., art. 232.

<sup>539</sup> C. civ., art. 295.

Les dispositions relatives au délai à respecter, par l'ancienne épouse, avant de se remarier, en l'occurrence dix mois, sont réintroduites<sup>541</sup>.

Quant à la séparation de corps, elle est toujours prévue par les articles 306-310 Code civil.

**210. Évolutions ultérieures.** - Entre 1884 et la fin de la Seconde Guerre mondiale, le droit du divorce va encore être modifié par plusieurs lois. Nous retiendrons surtout celles de 1904, permettant à l'époux divorcé coupable d'adultère d'épouser son complice<sup>542</sup> ; de 1908, imposant la conversion de la séparation de corps en divorce, à la demande de l'un ou l'autre des époux à l'issue d'un délai de trois ans après le jugement<sup>543</sup> ; et de 1907, supprimant l'autorisation parentale au-delà de vingt-et-un ans mais laissant subsister le principe du consentement jusqu'à trente ans, tout en permettant de passer outre un mois après notification<sup>544</sup>. L'âge sera abaissé à vingt-cinq ans par une loi de 1927<sup>545</sup> puis une loi de 1933<sup>546</sup> abolira une fois pour toute la notion d'autorisation parentale.

**211. Conclusion § 3.** – L'Angleterre et la France, toutes deux secouées par des Révolutions, ont radicalement transformé leur droit matrimonial.

Parce que son Église est établie, l'Angleterre privilégie le mariage anglican mais offre néanmoins la possibilité aux autres confessions d'avoir recours à leur propre mariage religieux ainsi qu'au mariage civil. En outre, elle autorise désormais le divorce, après avoir retiré aux tribunaux ecclésiastiques toute compétence matrimoniale.

La France, bien que sous concordat, instaure le mariage civil et l'obligation d'y avoir recours préalablement à tout mariage religieux, non reconnu par la législation française. Elle tergiverse en termes de divorce, en l'autorisant, en en restreignant son accès ou en l'interdisant. En tout état de cause, les préceptes catholiques, entre autres, d'indissolubilité, viennent d'être en grande partie effacés de la carte juridique française.

---

<sup>540</sup> C. civ., art. 298.

<sup>541</sup> C. civ., art. 296.

<sup>542</sup> Loi 15 décembre 1904 abrogeant l'article 298 qui interdisait le mariage avec le complice adultère.

<sup>543</sup> Loi du 6 juin 1908 qui rend obligatoire pour le juge la demande de conversion de séparation de corps en divorce présentée par l'un des époux trois ans après le jugement.

<sup>544</sup> Loi du 21 juin 1907 : liberté de mariage et choix du conjoint.

<sup>545</sup> Loi du 17 juillet 1927 tendant à abroger l'article 152 du Code civil et à modifier les articles 148, 150, 154, 158 et 352 relatifs au consentement des parents en cas de mariage de leurs enfants, ainsi que l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.

<sup>546</sup> Loi du 2 février 1933 assimilant l'âge de la majorité matrimoniale à l'âge de la majorité de droit commun.

**212. Conclusion Section 2.** – À l’approche du XIX<sup>e</sup> siècle, l’Angleterre a trouvé son propre équilibre, entre Église établie et acceptation religieuse plurielle. Au vu de ses nouvelles relations Église-État, elle a su transformer, par étape, son droit des couples.

La France ne sort pas de la Révolution française aussi stabilisée qu’elle l’aurait sans doute souhaité, tant d’un point de vue politique que matrimonial. Une nouvelle épreuve l’attend, avec une loi, fondamentale, votée en 1905, amenée à changer de manière radicale ses rapports Églises/État et à ouvrir la voie à un nouveau concept, celui de la laïcité, un principe dont va également s’emparer l’Italie, en l’articulant toutefois différemment.

### **Section 3 : Le temps des « laïcités »**

**213.** Cette section ne concernera pas les trois pays.

En effet, l’Angleterre (et à son tour la Grande-Bretagne puis le Royaume-Uni), après avoir vécu de nombreux soubresauts, dont deux Révolutions en quelques décennies<sup>547</sup> a adopté un système dit d’*Establishment* sur lequel elle n’entend pas revenir. Pacifié, le royaume adopte un rythme de réformes soutenu ne remettant pas en cause ses fondements.

Il en va autrement pour les États italiens, qui vont parvenir à s’unifier (§1) et la France, qui va franchir une nouvelle étape décisive dans ses relations Églises-État en adoptant la fameuse *loi concernant la Séparation des Églises et de l’État* (§2).

À ce stade, l’histoire de l’un est à nouveau étroitement liée à celle de l’autre et marque les débuts d’un nouveau modèle, le modèle laïc, même s’il n’en porte pas encore le nom.

Pour autant, non seulement les deux formes de laïcité s’avèrent dès le départ très différentes, mais l’une d’entre elles, côté italien, va en particulier prendre une nouvelle orientation à partir de 1929, du fait de la signature d’un concordat et d’un traité, l’ensemble étant plus connu sous le nom des accords du Latran (§3).

Sur le plan matrimonial, les conséquences sont d’importance, spécialement en Italie qui élabore son propre droit des couples.

---

<sup>547</sup> La Grande Rébellion de 1642 à 1651 et la Glorieuse Révolution de 1688 à 1689.

## §1 : Unité et laïcité italiennes

**214.** Nous avons jusqu'à présent peu évoqué la péninsule italienne, si ce n'est pour parler de la papauté et des conflits opposant cette dernière au Saint-Empire romain germanique sur le territoire de l'actuelle Italie.

Il serait difficile de mentionner ici le cas particulier de chaque État italien : au Moyen Âge puis à l'Époque moderne, la péninsule est morcelée en une multitudes de petits États, plus ou moins indépendants.

En 1859, date fondamentale dans l'histoire de la Péninsule, puisque c'est celle de la deuxième guerre d'indépendance italienne, qui mènera, finalement, à l'unité italienne, la situation est la suivante : au sud, le royaume des Deux-Siciles (ancien royaume de Naples et de Sicile), indépendant ; au centre, les États pontificaux, dont les territoires couvrent les principautés de Bénévent et de Pontecorvo, Ferrare, l'Ombrie et les Marches, l'Émilie-Romagne, le Latium ; au nord, le grand-duché de Toscane, le duché de Parme, le duché de Modène, le royaume de Piémont-Sardaigne, tous indépendants, ainsi que la Lombardie et la Vénétie, toutes deux provinces autrichiennes.

**215.** La tendance, aujourd'hui, est de « reconnaître à la fois l'existence d'un Illuminisme<sup>548</sup> italien, ayant sa spécificité propre, plus économique et juridique que proprement philosophique, sa diversité également due à la multiplicité des écoles, et le rôle absolument déterminant de la Révolution française et de la domination napoléonienne dans le façonnement des idées et des sentiments qui ont donné naissance à la nation italienne », pour reprendre les mots de Pierre Milza<sup>549</sup>.

**216.** L'histoire est complexe et extrêmement condensée puisqu'il est d'usage de la faire débiter en 1796<sup>550</sup> (A) pour la conclure seulement soixante-quatorze années plus tard, en 1870, avec l'unité réalisée du pays (B). Trois dates sont d'ores et déjà à retenir : 1848-49, qui marquent le début des guerres d'indépendance ; 1859-1861, qui instaurent le royaume

---

<sup>548</sup> Garzanti, s.v. « *Illuminismo* » : « mouvement culturel développé en Europe au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle, qui se proposait de libérer l'homme et la société des ténèbres de l'ignorance et de l'obscurantisme au travers de l'usage de la raison et sans s'appuyer sur les vérités révélées et la tradition ». <https://www.garzantilinguistica.it/ricerca/?q=illuminismo>

<sup>549</sup> P. MILZA, *Histoire de l'Italie, Des origines à nos jours*, op. cit., p. 620.

<sup>550</sup> Traité de Paris, par lequel le roi de Sardaigne se retire de la coalition anglo-autrichienne.

d'Italie et 1870, qui finalise le processus d'unité nationale. S'ensuit un tout nouveau droit des couples italiens (C).

## **A/ L'influence napoléonienne**

**217.** Le « sentiment d'appartenance à une même entité culturelle, d'être les héritiers d'un passé commun, relié à la romanité triomphante »<sup>551</sup> ne date certes pas du XVIII<sup>e</sup> siècle. Mais il ne suffit pas à rallier les esprits à l'idée d'unification. Dans le cas de l'Italie, le processus est passé par diverses étapes, en partie influencé par l'histoire française (1), pour se concrétiser en un modèle endémique, le *giurisdizionalismo* (2).

### **1/ Influence française**

**218.** L'histoire française et celle de l'Italie deviennent intimement liées au moment de la Révolution, les idées de cette dernière s'étant diffusées en dehors de l'Hexagone sous les ordres de Napoléon Bonaparte.

**219. Étape révolutionnaire.** - La Révolution française s'est donc déplacée au-delà des frontières hexagonales. En 1796, les premiers succès militaires de Bonaparte, accueilli en libérateur, lui permettent de pénétrer en terre italienne et de négocier avec l'Autriche la paix de Campoformio (1797) : tandis que la Dalmatie, l'Istrie et la Vénétie deviennent provinces autrichiennes, mettant fin à la prestigieuse et millénaire Sérénissime, la Lombardie<sup>552</sup> passe aux mains des Français.

Ce faisant, les Républiques cispadane, cisalpine, ligure, romaine et parthénopéenne, dites Républiques sœurs ou *Trienno rivoluzionario*, sont proclamées, prenant comme modèle la Constitution française de l'an III et cherchant à élaborer un véritable programme d'unification nationale.

**220. Étape impériale.** - À la suite du coup d'État du 18 brumaire an VIII<sup>553</sup>, Bonaparte repart en Italie, agrandit la République cisalpine et lui donne une Constitution<sup>554</sup>, faisant du

---

<sup>551</sup> P. MILZA, *Histoire de l'Italie, Des origines à nos jours, op. cit.*

<sup>552</sup> Et la Belgique.

<sup>553</sup> 9 novembre 1799.

<sup>554</sup> *Costituzione della Repubblica cisalpina dell'8 luglio 1797.*

Premier Consul le premier Président de la République et de Francesco Melzi d'Eril, son vice-président, ouvrant ainsi la voie à une relative indépendance, jusqu'à sa transformation en royaume d'Italie (1805), avec Eugène de Beauharnais à sa quasi tête (il n'est que vice-roi). Bonaparte en profite par ailleurs pour faire sacrer son frère Joseph roi de Naples.

Encerclé au Nord comme au Sud, se sentant menacé, Pie VII refuse d'appliquer le concordat signé avec la France. En réaction, l'Empereur fait arrêter le pontife, le fait déporter d'abord à Savone puis à Fontainebleau et signe la disparition des États pontificaux, en en rattachant une partie à l'Empire français et une autre, au royaume d'Italie.

Le droit français y est introduit sous toutes ses formes : Code pénal, unification administrative, douanière, etc. Le Code Napoléon, tout simplement traduit en italien et en latin<sup>555</sup>, fait son entrée dans la péninsule, où il va être amené à jouer un rôle dans l'histoire juridique italienne<sup>556</sup>. S'il avait initialement été envisagé de rédiger un Code civil plus italien, le projet, présidé par Francesco Melzi d'Eril et élaboré par le juriste Alberto de Simoni, restera finalement lettre morte. C'est donc le code français, baptisé le *Codice di Napoleone il Grande pel Regno d'Italia*, qui entre en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1806 dans tout le royaume.

## 2/ *Giurisdizionalismo*

**221. *Giurisdizionalismo*.** - Au cours de cette période se développe ce que l'on qualifie habituellement le « *giurisdizionalismo* », voire le « *giurisdizionalismo liberale* », c'est-à-dire la mise en place d'un système de relations État-Église d'inspiration en grande partie française, mais plus précisément gallicane<sup>557</sup>.

C'est également durant cette période très française que naissent les principaux artisans du *Risorgimento*, parfois qualifié de *Rinnovamento*<sup>558</sup> : Mazzini, à Gênes (1805-1872) ; Garibaldi, à Nice (1807-1882) ; Cavour à Turin (1810-1861), Victor-Emmanuel II, à Turin (1820-1878).

Personne n'aurait *a priori* pensé à réunir ces quatre hommes, au caractère si différent : Garibaldi, « le plus grand condottiere au monde. Une grande âme, incapable de

---

<sup>555</sup> E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile*, Torino, G. Giappichelli, 2000, p. 97.

<sup>556</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>557</sup> F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, op. cit., p. 96-97.

<sup>558</sup> Résurgence, Renaissance c. Rénovation : A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, G. Einaudi, 1955, p. 123.

gouverner un village »<sup>559</sup>, infatigable et féroce anticlérical ; Mazzini, considéré comme l'esprit religieux du mouvement, sans aucune prédilection pour le droit ; Cavour et sa foi dans le progrès et la liberté, partisan d'un séparatisme dans lequel l'Église serait libre dans un État également libre, selon sa formule passée à la postérité « *Libera Chiesa in libero Stato* » (discours de 1861)<sup>560</sup>, aux accents hugoliens<sup>561</sup> ; Victor-Emmanuel, le modérateur, dont la correspondance prouvera qu'il aurait souhaité éviter toute rupture avec Rome<sup>562</sup>. Et pourtant, c'est bien ce quatuor qui va tout changer.

## **B/ Vers l'unité italienne**

**222.** Imprégnés des idées de la Révolution de 1789, scandant à l'envi le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, la plupart des habitants de la Péninsule rêvent de réaliser leur unité territoriale. En l'état, cette volonté d'indépendance reste cependant impossible à concrétiser, l'occupant autrichien constituant un obstacle majeur. Malgré de nombreuses insurrections et des victoires certaines, telle celle des *Cinque giornate* milanaises<sup>563</sup>, l'Italie n'arrive pas à se faire seule, pour reprendre une expression transalpine (1). L'intervention de Napoléon III, au départ pourtant réticent, va finalement permettre de changer radicalement le cours de l'histoire italienne et participer à la création du royaume d'Italie, avec à sa tête Victor-Emmanuel II (2). Restera néanmoins longtemps une problématique cruciale, la fameuse question romaine, que les Lois de garanties ne résoudreont que sur le papier (3).

### **1/ Tentatives d'indépendance**

**223. Les prémices.** - Si Napoléon a modifié le visage de l'Italie, sa chute provoque également un nouveau bouleversement. Touchée par le nouveau fractionnement de l'Italie opéré à la suite du congrès de Vienne (1814-1815) et la suppression des institutions mises

---

<sup>559</sup> F. MARTINI, *Confessioni e ricordi*, 1859-1892, Milano, F.lli Treves, 1928, p. 151.

<sup>560</sup> L. DE GREGORIO, *Il cammino della laicità*, Il Mulino, 2011, p. 21. Il existe un débat récurrent quant à la paternité de l'expression, d'aucuns la prêtant à Alexandre Vinet, grande figure du protestantisme libéral ; d'autres à Montalembert, théoricien, lui, du catholicisme libéral.

<sup>561</sup> Écho pas si lointain de l'« l'Église chez elle et l'État chez lui » de Victor Hugo, lors de son discours contre la loi Falloux du 15 janvier 1850 : H. PEÑA-RUIZ, *La laïcité, Introduction, choix de textes, commentaires, vade-mecum et bibliographie*, Paris, Flammarion, 2003, p. 71.

<sup>562</sup> A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, op. cit., p. 127-134.

<sup>563</sup> Du 18 au 22 mars 1848, les Milanais parviennent à chasser les Autrichiens. Cet épisode est généralement vu comme le prélude aux guerres d'indépendance italienne.



en place lors de la période napoléonienne, revendiquant plus de libertés, tant d'un point de vue économique que politique et culturel, une nouvelle opposition se met en place, sous forme de sociétés secrètes, à l'instar de la *carboneria* de Buonarrotti, ou insurrectionnelles, comme la *Giovine Italia*, de Mazzini. Les insurrections vont aller en se multipliant en ce XIX<sup>e</sup> siècle.

**224. Insurrections.** - Entre 1820 et 1859, divers évènements secouent l'Italie non encore unifiée : naissant dans une province, ils se propagent dans la péninsule et entraînent une répression parfois féroce.

Ainsi, en 1820, le rétablissement, en Espagne, de la charte de Cadix met le feu aux poudres dans le royaume de Naples, enclenchant une révolte jusqu'à Alexandrie, dans le Piémont. Dans la foulée de la Révolution parisienne de juillet 1830, une vague révolutionnaire déferle l'année suivante sur Modène, Parme, la Romagne, les Marches, l'Émilie, l'Ombrie, Florence et Lucques<sup>564</sup>. À Milan, les *Cinque giornate*, ces cinq journées décisives du 18 au 22 mars 1848 au cours desquelles les Milanais réussissent à chasser Radetzky et les autorités autrichiennes de la ville, sonnent le glas de la présence autrichienne dans la péninsule italienne. Elles permettent à Mazzini de proclamer le 8 février 1849 la fin du pouvoir temporel du pape et d'instaurer la République romaine sur les anciens territoires pontificaux et l'ex-grand-duché de Toscane. Toutefois, cinq mois plus tard, sous l'impulsion conjointe de Victor-Emmanuel II, duc de Savoie, roi de Sardaigne, prince de Piémont, désireux de ne pas laisser le mouvement aux mains des Lombards ; de l'intervention de la République française, agissant à la demande du pontife et de la reprise en main des Autrichiens, la République tombe.

C'est une période de confusion extrême<sup>565</sup>, d'où il ressort clairement que, même organisé, même modernisé, même soutenu par le peuple et les élites, le royaume sarde ne peut pas, à lui seul, venir à bout de la puissance autrichienne.

Le rêve de *l'Italia farà da se*, « l'Italie se fera toute seule », s'éloigne.

---

<sup>564</sup> P. MILZA, *Histoire de l'Italie, Des origines à nos jours, op. cit.*, p. 656.

<sup>565</sup> D'où l'expression « *è successo un quarantotto* » « il y a eu un 48 » pour désigner une période de tumulte général.

## 2/ Napoléon III

**225.** Reste une solution : s'appuyer sur une puissance étrangère amie. Et qui de mieux que la France où un *ex-carbonaro* a pris le pouvoir, Louis-Napoléon Bonaparte, plus connu sous le nom de Napoléon III ? L'intervention impériale française, dans un premier temps militaire, puis diplomatique, va participer à l'avènement du royaume d'Italie, même si la bataille finale restera pontificalo-piémontaise.

**226. Aide militaire.** - En entrant en 1855 en guerre aux côtés des futurs vainqueurs, c'est-à-dire de la coalition constituée par les Français, les Anglais et les Ottomans, lors de la guerre de Crimée (1853-1856), le royaume de Sardaigne espère tirer profit de la victoire sur la Russie lors du Traité de Paris signé le 30 mars 1856 et rallier Napoléon III à sa cause.

Il n'en sera pourtant rien et il faut attendre l'attentat d'Orsini, le 14 janvier 1858, pour que Napoléon III se laisse infléchir : par l'alliance franco-sarde du 26 janvier 1859, l'Empereur s'engage, militairement et diplomatiquement, à aider les Italiens à s'affranchir de l'Empire autrichien et à créer un royaume de Haute-Italie<sup>566</sup> ; en échange, il pourra récupérer Nice et la Savoie. Quant au pontife, il gardera la souveraineté temporelle sur ses États.

Rapidement, les victoires de Montebello (20 mai), de Palestro (30-31 mai), de Magenta (4 juin) puis de Solferino (24 juin) mènent à l'armistice de Villafranca (8 juillet) et au traité de paix conclu le 11 novembre 1859 entre Vienne et Paris.

La victoire n'est cependant pas à la hauteur des attentes italiennes : la Vénétie reste autrichienne et les États pontificaux demeurent en place. La déception est telle que Napoléon III quitte l'Italie sans même réclamer Nice et la Savoie.

**227. Aide diplomatique.** - Pourtant, le processus est lancé : l'empereur français, s'il n'intervient plus militairement, continue diplomatiquement à appuyer le mouvement d'unité, fermant les yeux sur les rattachements territoriaux au Piémont de la Toscane, des duchés émilien, de la Romagne, du royaume des Deux-Siciles, amputant au fur et à mesure et de manière irrémédiable les États pontificaux, sous l'impulsion commune des soldats de Victor-Emmanuel II et des *Mille* de Garibaldi.

---

<sup>566</sup> P. MILZA, *Histoire de l'Italie, Des origines à nos jours, op. cit.*, p. 699.

Napoléon III invite même le pontife à tout simplement renoncer à ses territoires : « Plus le territoire sera petit, plus le souverain sera grand », lui écrit-il. Le geste est apprécié par Cavour, qui déclarera à son tour : « Je pardonne à l'empereur la paix de Villafranca, il vient de rendre à l'Italie un plus grand service que la victoire de Solferino »<sup>567</sup>.

**228. Naissance du royaume d'Italie.** – Enfin, la bataille de Castelfidardo, opposant les troupes piémontaises et pontificales, scelle en septembre 1860 le destin de l'Italie. Dans la foulée, le premier parlement italien est réuni à Turin (18 février 1861) et Victor-Emmanuel II est proclamé roi d'Italie, selon le joli acronyme V.E.R.D.I, *Vittorio Emanuele Re d'Italia* (février-mars 1861).

*L'Italia è fatta.*

En fait, pas totalement : il manque encore la Vénétie. En échange de la neutralité française dans la guerre austro-prussienne qui se dessine, Venise est finalement donnée par l'Autriche à Napoléon III, qui la rétrocède à l'Italie en 1866. À sa façon, le neveu vient de réparer l'offense commise par l'oncle en 1797.

Néanmoins, il manque toujours Rome.

### 3/ La question romaine

**229.** Née au lendemain de l'unité de 1861, la question romaine va empoisonner les relations entre le jeune royaume d'Italie et les pontifes catholiques pendant près de soixante-dix longues années. Comment concilier unité nationale, indépendance du pontife, respect des catholiques, primauté du temporel, souhait de Napoléon III ? L'équation semble insoluble (a). La solution, temporaire, va venir des Lois de garanties, offrant à chacun des protagonistes une certaine indépendance. Elle ne fera qu'entraîner la rupture de toute relation entre les deux camps (b).

---

<sup>567</sup> *Ibid.*, p. 709. Peu de temps après, Nice et la Savoie seront officiellement cédées à la France.

**230. La question romaine.** - Reste donc Rome. Au lendemain de l'unité, l'Italie s'est engagée à maintenir la souveraineté pontificale de la Ville éternelle, la France à retirer graduellement ses troupes, par un accord conclu le 15 septembre 1864<sup>568</sup>, resté célèbre sous le nom de « Convention de septembre ». Cependant, côté italien, il ne s'agit là que de temporiser.

**231. Discours de Cavour.** - En effet, dès le lendemain de l'instauration du nouveau royaume, Cavour rappelle dans un discours resté célèbre, en date du 27 mars 1861, que « Rome est la capitale nécessaire de l'Italie ; tant que Rome ne sera pas réunie à l'Italie, en tant que capitale, l'Italie ne pourra pas agir de manière définitive, la paix ne pourra pas être considérée comme étant définitivement assurée »<sup>569</sup>.

Cavour poursuit en posant les conditions suivantes : « Nous devons aller à Rome, mais à deux conditions : nous devons y aller de concert avec la France et sans que la réunion de cette ville au reste de l'Italie ne puisse être interprétée par la grande masse des Catholiques d'Italie et d'ailleurs comme le signal de l'asservissement de l'Église. Nous devons donc aller à Rome sans que soit menacée l'indépendance du pontife et sans que l'autorité civile n'étende son pouvoir à l'ordre spirituel. Voici les deux conditions qui doivent être réunies pour que nous puissions aller à Rome sans mettre en danger le sort de l'Italie. [...] Ce serait une folie que d'aller à Rome malgré l'opposition de la France »<sup>570</sup>.

Il meurt quelques mois plus tard, le 6 juin 1861, sans savoir si son souhait sera réalisé.

**232. Rome, capitale du royaume d'Italie.** - Comment donc concilier à la fois l'opposition française à bafouer l'autorité pontificale et « l'aide incomparable, précieuse et irremplaçable » de Napoléon III, « *l'aiuto incomparabile, prezioso, insostituibile* »<sup>571</sup> ?

Garibaldi et ses Chemises rouges essaient de passer outre et, sitôt les troupes françaises parties, aux termes de l'accord de 1864, marchent sur Rome. La réaction

---

<sup>568</sup> A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, op. cit., p. 243.

<sup>569</sup> *Ibid.*, p. 160 : « Roma è la capitale necessaria d'Italia, (che) senza che Roma sia riunita all'Italia, come sua capitale, l'Italia non potrebbe avere un assetto definitivo, la pace non si potrebbe considerare come definitivamente assicurata ».

<sup>570</sup> Discours à la Chambre le 11 octobre 1860 : C. B. CAVOUR, *Stato e Chiesa*, Firenze, Ponte alle Grazie, 1992, p. 119.

<sup>571</sup> A. C. JEMOLO, op. cit., p. 231.

française est sans appel : le 3 novembre 1867, elle envoie à nouveau ses troupes et défait les garibaldiens à Mentana.

C'est finalement un autre conflit qui résoudra, partiellement, la question romaine : le 2 septembre 1870, Napoléon III est défait à Sedan par les troupes prussiennes et le 4, la République est à nouveau proclamée en France.

Plus rien ni personne n'empêche alors les Italiens de prendre Rome, ce qui sera chose faite le 20 septembre 1870, puis de transférer, l'année suivante, la capitale de Florence à Rome.

#### b/ Les Legge delle guarentigie

#### **233. Legge delle guarentigie.** - Mais que faire du pontife ?

C'est là qu'est émise l'idée originale - mais unilatérale, la solution du concordat ayant été rejetée en son temps par Cavour<sup>572</sup> - qui donnera naissance au décret-loi du 9 octobre 1870<sup>573</sup> : « Rome et les provinces romaines sont parties intégrantes du royaume d'Italie »<sup>574</sup> ; « Le Souverain Pontife conserve la dignité, l'inviolabilité et toutes les prérogatives personnelles d'un souverain »<sup>575</sup> ; « Une loi viendra déterminer les garanties et les franchises territoriales destinées à assurer l'indépendance du Souverain Pontife, ainsi que le libre exercice de l'autorité spirituelle du Saint-Siège »<sup>576</sup>.

Tous ces principes sont repris et réaffirmés dans les fameuses lois dites des garanties, les *Legge delle guarentigie*, du 13 mai 1871<sup>577</sup>, permettant au pape de continuer à exercer ses activités dans la plus grande indépendance possible.

#### **234. Réaction pontificale.** - S'en est trop pour Pie IX (1846-1878), qui se déclare prisonnier, s'enferme au Vatican et refuse de reconnaître la légalité du nouveau royaume.

Interdiction est en outre faite aux catholiques, *via le non expedit*<sup>578</sup>, de participer à la vie politique et donc d'élire des membres du parlement, encore moins de s'y présenter<sup>579</sup>.

---

<sup>572</sup> F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, op. cit., p. 167.

<sup>573</sup> R. D. 9 ottobre 1870, n° 5903, G. U. del Regno d'Italia n° 359 del 31 dicembre 1870.

<sup>574</sup> *Ibid.*, art. 1.

<sup>575</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>576</sup> *Ibid.*, art. 3. Cf. également A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, op. cit., p. 246.

<sup>577</sup> L. 13 marzo 1871, n° 214, per le guarentigie delle prerogative del Sommo Pontefice e della Santa Sede e per le relazioni della Chiesa con lo Stato.

<sup>578</sup> Décret de la Congrégation du Saint Office du 29 février 1868.

La rupture est profonde et durable : Léon XIII, Pie X, Benoît XV maintiendront cette ligne et il faudra attendre la fin du pontificat de Pie XI pour que la situation évolue, en 1929.

### **C/ Le droit des couples de la nouvelle Italie**

**235.** Le royaume nouvellement uni se veut une monarchie moderne, respectueuse de la religion catholique tout en tenant le pouvoir spirituel à bonne distance. Pour ce faire, il n'hésite pas à adopter de nouveaux droits civils et politiques valables pour tous, indépendamment de la religion du citoyen.

Ces mesures fortes sont symptomatiques de cette période, débutant avec l'unité nationale réalisée et courant jusqu'au lendemain de la Première Guerre mondiale, souvent qualifiée de « laïcité forte » par de nombreux auteurs<sup>580</sup>.

Sur le plan matrimonial, elle instaure le mariage civil comme seule union valable, selon le modèle français, sans pour autant pénaliser le non-respect de son antériorité, d'ailleurs non-obligatoire (1). En revanche, le nouveau régime ne se résout pas à la dissolubilité du mariage (2).

#### **1/ Un mariage civil**

**236. Mariage civil.** - Un nouveau Code civil, le *Codice Pisanelli* « né français »<sup>581</sup>, entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1866, instituant le mariage civil comme seule forme d'union valide pour tous les citoyens.

Si l'on s'en tient aux chiffres avancés par le garde des Sceaux Conforti à l'époque, la mesure semble peu suivie : plus de trois cent quatre-vingt-cinq mille mariages religieux auraient été célébrés sans cérémonie civile entre le 1<sup>er</sup> janvier 1866 et le 31 décembre 1877.

**237. Sanctions pénales.** - C'est pourquoi Raffaele Conforti propose, à l'instar du modèle français, d'introduire des sanctions en cas de célébrations religieuses, à raison

---

<sup>579</sup> E. ONDEL, « Le divorce en Italie », *RID comp.*, 24, 1972, p. 77.

<sup>580</sup> S. FERRARI, « L'Italie » in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, op. cit., p. 148.

<sup>581</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, G. Giappichelli, 1980, p. 179 : « *Il Codice del 1865 nasce ... francese* ».

d'une amende de cent à cent cinquante lires pour les époux et le ministre du culte ne respectant pas le principe d'antériorité du mariage civil ; en cas de récidive, le célébrant encourrait le risque d'être envoyé en prison pour une période de deux à six mois<sup>582</sup>.

Le projet de loi est approuvé mais légèrement modifié par la Chambre des députés : si son article premier prévoit bien que « l'omission de la célébration du mariage civil avant tout rite religieux constitue un crime »<sup>583</sup>, il reste possible de célébrer le mariage civil à tout moment et d'échapper à une condamnation pénale à partir du moment où ladite célébration civile intervient avant le jugement ayant autorité de chose jugée.

Arrivé devant le Sénat, le projet est à nouveau profondément remanié : l'antériorité obligatoire disparaît ; les époux encourent une amende pouvant atteindre mille lires si un mariage civil n'est pas contracté dans les trente jours suivant la célébration religieuse ; le prêtre risque la même amende s'il ne déclare pas le mariage religieux aux autorités civiles dans un délai de huit jours<sup>584</sup>.

Face à la difficulté de concilier des mesures si contradictoires, le Sénat renonce finalement à se prononcer sur ce sujet.

Treize ans plus tard, le garde des Sceaux Bonacci tentera à nouveau d'introduire une mesure allant dans le même sens, avec un résultat final comparable.

## 2/ Indissoluble

**238. Divorce civil.** - Le divorce avait été introduit par l'Empereur français du temps du *Codice di Napoleone il Grande pel Regno d'Italia*, y compris dans le Royaume de Naples, où l'opposition était pourtant forte<sup>585</sup>. Dans la nouvelle Italie, il ne parvient cependant plus à s'imposer.

---

<sup>582</sup> A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, op. cit., p. 448.

<sup>583</sup> *Ibid.*, p. 449.

<sup>584</sup> *Ibid.*, p. 450.

<sup>585</sup> E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile*, op. cit., p. 101. Cf. également P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 102. C'est ainsi que Napoléon écrit à son frère Joseph, roi de Naples : « Établissez le Code Civil à Naples (...). Si le divorce vous gêne pour Naples, je ne vois pas d'inconvénient de cantonner cet article : cependant, je le crois utile ; car pourquoi le Pape prononcerait-il lorsqu'il y a cause d'impuissance ou autre force majeure ressortissant de l'ordre civil ? (...). Il faut établir le Code Civil chez vous ; il consolide votre puissance (...) ».

**239. Projets de lois.** - Il fait pourtant l'objet d'un premier projet de loi, comprenant vingt-deux articles, introduit à la Chambre des députés par le garde des Sceaux Villa le 1<sup>er</sup> février 1881.

Tommaso Villa défend la thèse que « la doctrine de l'indissolubilité n'a pas d'autre base que celle de l'autorité des docteurs en théologie et des décrets des conciles »<sup>586</sup> et prévoit deux cas rendant le divorce admissible : soit parce que l'un des conjoints a été condamné à la peine capitale ou aux travaux forcés à vie ; soit en cas de séparation personnelle, passé un délai de cinq ans si le couple a des enfants, de trois ans en l'absence d'enfant. Si la séparation est suivie d'un adultère de l'un des conjoints, ce dernier, une fois divorcé, ne pourra pas se remarier avec l'amant/la maîtresse, à peine de nullité<sup>587</sup>. Ce premier projet ne sera jamais discuté.

Un nouveau projet de loi sera présenté quelque temps plus tard par un autre garde des Sceaux, Giuseppe Zanardelli, plus ou moins dans les mêmes termes, avec le même insuccès<sup>588</sup>.

En 1901, c'est, cette fois, une proposition de loi, portée par Agostino Berenini, qui tente de rallier les suffrages à propos de la question du divorce mais l'issue n'en reste pas moins négative<sup>589</sup>.

**240.** Le mariage italien ne se dissout donc réellement que par la mort de l'un des conjoints<sup>590</sup>. La séparation de corps reste l'option unique en cas de mésentente conjugale<sup>591</sup>.

**241. Conclusion § 1.** - Nouveau Code, nouveau droit, la jeune Italie a accompli en quelques années son unité géographique et politique ; elle a introduit des nouveaux concepts dans certains domaines (le mariage civil), conservé des positions traditionnelles dans d'autres (son indissolubilité).

Malheureusement, le jeune royaume n'a pas trouvé de solution à la question romaine et seule l'arrivée au pouvoir de Mussolini va permettre de changer la donne.

En attendant, et même « enfermés », les papes s'activent, activisme qui va franchir les Alpes et y avoir des répercussions profondes.

---

<sup>586</sup> A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, op. cit., p. 452.

<sup>587</sup> *Ibid.*

<sup>588</sup> *Ibid.*, p. 456.

<sup>589</sup> *Ibid.*, p. 511.

<sup>590</sup> E. ONDEL, « Le divorce en Italie », loc. cit., p. 77.

<sup>591</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, op. cit., p. 408.



## § 2 : Laïcité française

242. L'épisode français qui va suivre est intimement lié à celui qui précède, même si d'autres éléments viendront s'y greffer. S'il a eu moins d'influence directe sur le droit des couples, il n'en demeure pas moins un moment clé de l'histoire française, que l'on ne peut occulter. C'est pourquoi nous nous proposons de revenir sur le contexte précédant l'adoption de la loi de 1905, avec ses tensions franco-pontificales et franco-françaises (A) puis sur la loi elle-même, qui s'est voulue pacificatrice dans son esprit, même si cela n'a pas toujours été perçu ainsi à l'époque (B).

### A/ Le contexte

243. Depuis Rome, les papes continuent à s'intéresser au monde qui les entoure ; ils n'hésitent pas à prendre la plume pour critiquer telle attitude ou telle décision politique. En cette fin de XIX<sup>e</sup> siècle, de telles interventions sont vues par les politiciens, surtout français, comme des actes d'ingérence insupportable (1). Le mot laïc fait son entrée dans les dictionnaires, pour finalement devenir un concept politique (2).

### 1/ Mises en garde papales

244. **Inquiétudes romaines.** - Depuis Rome, les papes s'inquiètent.

Dès 1832, Grégoire XVI (1831-1846), dans l'encyclique *Mirari vos*<sup>592</sup>, critique sévèrement les thèses libérales de l'époque et met en garde contre le danger que représenterait l'adoption de lois séparant l'Église et l'État<sup>593</sup>.

L'admonestation pontificale est reprise quelques années plus tard par Pie IX (1846-1878), dont le pouvoir temporel est sérieusement menacé par le mouvement nationaliste italien. C'est pourquoi il fait publier en 1864 les quatre-vingts « principales erreurs de notre temps »<sup>594</sup>, au travers desquelles il condamne la liberté religieuse, le

---

<sup>592</sup> Lettre encyclique *Mirari vos*, publiée le 15 août 1832 – Condamnation du libéralisme et de l'indifférentisme religieux.

<sup>593</sup> J. PICQ, *Politique et religion*, op. cit., p. 141.

<sup>594</sup> Syllabus *Completens praeciuos nostrae aetatis errores* – Syllabus sur les principales erreurs de notre temps, 8 décembre 1864.

libéralisme en général et la « civilisation moderne »<sup>595</sup>. Parmi ces « erreurs de notre bien triste époque »<sup>596</sup> figure la liberté de conscience, qu'il déclare « liberté de perdition ».

**245. Réactions françaises.** - Le ton adopté par le *Syllabus* provoque de vives réactions à l'extérieur de l'Église, jusqu'en France ; rapidement, des voix s'élèvent pour souligner combien l'Église est incompatible avec le monde moderne.

Avec l'avènement de la III<sup>e</sup> République, le ton monte d'un, voire de plusieurs crans. Les appels à la séparation des deux ordres se font pressants et l'adjectif « laïc-laïque » commence à entrer dans le vocable républicain. Gambetta (1838–1882) déclare ainsi, dans son discours prononcé à Belleville en 1875, que « (...) l'État doit être laïc (...) les affaires religieuses sont affaires de conscience et par conséquent de liberté (...) Nous voulons que l'État nous ressemble et que la France soit la nation laïque par excellence (...) »<sup>597</sup>. En 1878, il précise bien que « Non, nous ne sommes pas les ennemis de la religion, d'aucune religion. Nous sommes au contraire les serviteurs de la liberté de conscience, respectueux de toutes les opinions religieuses et philosophique »<sup>598</sup> mais, précise-t-il, « Le cléricalisme, voilà l'ennemi »<sup>599</sup>.

Insensiblement, « deux France » sont en train d'émerger, creusant un antagonisme qui va aller *crescendo*.

## 2/ Vers le principe de laïcité

**246. Activités parlementaires.** - Divers décrets et lois<sup>600</sup> sont adoptés par le parlement français à partir des années 1880, allant dans le sens d'une nette séparation Église-État.

En 1880, il est décidé, par décrets<sup>601</sup>, de fermer deux cent soixante et un couvents et d'expulser cinq mille six cent quarante trois jésuites. Deux cents magistrats remettront leur démission pour ne pas avoir à appliquer les décrets en question<sup>602</sup>.

---

<sup>595</sup> M. WINOCK, « Comment la France a inventé la laïcité », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 40-43.

<sup>596</sup> J. PICQ, *Politique et religion, op. cit.*, p. 141.

<sup>597</sup> *Ibid.*

<sup>598</sup> M. WINOCK, *loc. cit.*

<sup>599</sup> J. PICQ, *op. cit.*, p. 141-142 : discours du 6 mai 1877, adressé à l'encontre du président McMahon, monarchiste, à la Chambre des députés majoritairement républicaine. Sur les discours tenus par certaines personnalités françaises sur le sujet de la laïcité : B. FULIGNI, *Dieu au Parlement (quand Victor Hugo, Gambetta, Clemenceau, Malraux ... parlaient de laïcité 1789 - 2015)*, Paris, Omnibus, 2015.

<sup>600</sup> Sur l'accès difficile, car morcelé et majoritairement réglementaire, aux sources formelles du droit des religions en France : F. CURTIT et F. MESSNER, *Droit des religions en France et en Europe : recueil de textes*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

En 1881, c'est au tour des hôpitaux et des cimetières d'être rattachés à l'État<sup>603</sup>.

Il est ensuite tour à tour décidé d'instaurer la gratuité de l'école primaire et la laïcisation du programme scolaire (1882)<sup>604</sup>, la suppression des prières publiques (1884)<sup>605</sup> et la laïcisation du personnel scolaire (1886)<sup>606</sup>.

Enfin, 1889 oblige les séminaristes à effectuer leur service militaire<sup>607</sup>.

**247. Pauses papales.** – 1892 marque le pas des réformes françaises. Il n'est pas impossible que cela soit dû, entre autres, à la publication de l'encyclique *Au milieu des sollicitudes*<sup>608</sup> du pape Léon XIII (1878-1903). Ce dernier ne peut en effet que s'inquiéter de l'activité anti-religieuse de l'État français. Afin d'apaiser les dirigeants français, de leur montrer que la papauté n'est pas forcément incompatible avec le modèle républicain, Léon XIII invite les catholiques français (d'où le titre français et non latin de son encyclique) à se rallier aux institutions de la République. Cette pause salutaire est considéré comme un moment d'apaisement durant lequel le pontife, s'étant saisi des grandes questions de son époque, va chercher à s'attirer les bonnes grâces de l'État français, pourtant peu suspect de sympathie pro-catholique.

Dans *Notre consolation*, également publiée en 1892<sup>609</sup>, Léon XIII ira encore plus loin en exhortant directement les cardinaux, archevêques et évêques : « Acceptez la République, c'est-à-dire le pouvoir constitué et existant parmi vous ; respectez-la ; soyez-lui soumis comme représentant le pouvoir venu de Dieu ».

Une attitude que Monsieur Roberto Mattei qualifie de tentative de « Ralliement »<sup>610</sup>.

---

<sup>601</sup> Décrets du 29 mars 1880 relatifs aux congrégations, Bulletin officiel du Ministère de l'Intérieur.

<sup>602</sup> M. WINOCK, « Comment la France a inventé la laïcité », *loc. cit.*, p. 40-43.

<sup>603</sup> Loi du 14 novembre 1881, dite loi sur la neutralité des cimetières.

<sup>604</sup> Lois du 16 juin 1881 établissant la gratuité absolue de l'enseignement primaire dans les écoles publiques et du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, complétées par la loi du 18 mars 1880 relative à la liberté de l'enseignement supérieur.

<sup>605</sup> Loi du 14 août 1884 portant révision partielle des lois constitutionnelles.

<sup>606</sup> Loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire.

<sup>607</sup> Loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée dite « loi Freycinet ». Également dite « loi des curés sacs au dos ».

<sup>608</sup> Lettre encyclique *Au milieu des sollicitudes* de S.S. le pape Léon XIII, 16 février 1892 : [http://www.vatican.va/content/leo-xiii/fr/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_16021892\\_au-milieu-des-sollicitudes.html](http://www.vatican.va/content/leo-xiii/fr/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_16021892_au-milieu-des-sollicitudes.html)

<sup>609</sup> *Notre consolation*, Léon XIII, Pape, 3 mai 1892 : [http://www.vatican.va/content/leo-xiii/fr/letters/documents/hf\\_l-xiii\\_let\\_18920503\\_notre-consolation.html](http://www.vatican.va/content/leo-xiii/fr/letters/documents/hf_l-xiii_let_18920503_notre-consolation.html)

<sup>610</sup> R. DE MATTEI, *Le ralliement de Léon XIII*, Paris, les éditions du Cerf, 2016.

**248. Débats intra-français** - Le ralliement escompté n'aura pas lieu, nous le savons. Cette politique aurait-elle pu changer la tournure des événements, si l'affaire Dreyfus n'avait éclaté en 1898 ? Toujours est-il que le fragile *statu quo* vole en éclat et que l'affrontement cléricaux - anticléricaux reprend de manière encore plus violente et mène à l'adoption de lois renfonçant la législation laïque déjà en place.

En 1901, est adoptée la loi sur les associations<sup>611</sup>; s'ensuit une série de mesures visant dans un premier temps les congrégations, imposant une demande d'autorisation pour toute fondation congréganiste et menant à l'exil quelques trente mille congréganistes puis à la fermeture de cent vingt-sept établissements, puisque créés sans demande préalable d'autorisation<sup>612</sup>.

Tout le monde, loin s'en faut, n'apprécie pas cette politique extrême. En 1903, s'adressant à la tribune du Sénat, Waldeck-Rousseau rappelle que « Nous sommes une vieille nation, nous tenons au passé par les plus profondes racines (...) Nous sommes un pays de légalité : lorsqu'on se trouve en présence d'une œuvre difficile, il n'y a qu'une conduite sûre. Elle consiste à s'attacher résolument au texte de la loi (...) N'allons pas au-delà de ce que nous avons voulu »<sup>613</sup>. Georges Clémenceau, pourtant anticléricale notoire, déclare de son côté, toujours au Sénat: « Je repousse l'omnipotence de l'État laïque parce que j'y vois une tyrannie (...) Nous n'échappons à l'Église que pour tomber dans les mains de l'État (...) » « Cette séparation de l'Église et de l'État (...) j'entends qu'elle ait lieu dans des conditions de libéralisme telles que personne, qu'aucun des Français qui voudront aller à la messe ne puisse se trouver dans l'impossibilité de le faire »<sup>614</sup>.

La machine est cependant enclenchée : le 7 juillet 1904<sup>615</sup>, la loi prévoyant que les congrégations religieuses n'ont plus le droit d'enseigner est votée, exacerbant encore davantage les tensions entre les deux camps. Dans les jours suivant la promulgation de la loi, Émile Combes, président du Conseil, signe un grand nombre d'arrêtés de fermeture d'établissements congréganistes enseignants autorisés (le chiffre de deux mille deux cents établissements d'hommes et de femmes fermés est souvent évoqué, sans que l'on puisse produire pour autant de chiffres officiels).

---

<sup>611</sup> Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, JORF du 2 juillet 1901.

<sup>612</sup> Gouvernement Combes (1902-1905).

<sup>613</sup> J. PICQ, *Politique et religion*, op. cit., p. 145.

<sup>614</sup> *Ibid.*

<sup>615</sup> Loi du 7 juillet 1904 relative à la suppression de l'enseignement congréganiste, dite « loi Combes ».

**249.** « *Viva Loubet !* ». - La promulgation des lois de juillet 1904 et de 1905 a très certainement été facilitée par un énième épisode survenu à Rome juste quelque temps avant, illustrant les tensions qui ne cessent de s'intensifier entre l'État français et l'Église catholique.

Ayant cherché à apaiser lesdites tensions, le roi Victor-Emmanuel III (1900-1946) invite le président français Loubet (1899-1906) à venir à Rome. En janvier 1904, en vue de cette visite, le pape Pie X précise à un journaliste français que si le président français demande une entrevue, elle ne pourra qu'être refusée. En fin de compte, la visite de Loubet constitue pour le pape une triple humiliation: elle est perçue comme la reconnaissance par la France de l'annexion des territoires pontificaux par l'Italie<sup>616</sup> ; le président français ne sollicite même pas d'audience papale<sup>617</sup> ; il est acclamé dans les rues de Rome par des « *Viva Loubet ! Viva la Francia anticlericale !* »<sup>618</sup>. Les conséquences diplomatiques sont lourdes : le 31 juillet 1904, l'ambassade de France au Vatican est fermée et le nonce apostolique à Paris rentre à Rome.

## **B/ La loi de Séparation des Églises et de l'État**

**250.** L'estocade finale, si l'on peut dire, peut être portée. Elle le sera non par Combes, mais par Rouvier (1905-1906), son successeur. La loi dite de « Séparation des Églises et de l'État »<sup>619</sup>, présentée par Briand, est adoptée par 341 voix contre 233 à la Chambre des députés et par 181 voix contre 102 au Sénat et est promulguée le 11 décembre 1905 (1). Elle déclenchera consécutivement deux crises, l'une liée aux inventaires, l'autre à la création des associations culturelles (2).

### **1/ Loi de Séparation des Églises et de l'État**

**251. Fin du concordat et nouveau régime.** - Il nous semble que le choix du mot « séparation », que tout le monde retient à l'époque comme aujourd'hui, aurait pu être autre. Il tend en effet à réduire l'esprit de la loi à son seul article 2 alinéa 1<sup>er</sup> par lequel « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ».

---

<sup>616</sup> P. PORTIER, *L'État et les religions en France*, op. cit., p. 129.

<sup>617</sup> J. PICQ, *Politique et religion*, op. cit., p. 146.

<sup>618</sup> M. WINOCK, « Comment la France a inventé la laïcité », *loc. cit.*, p. 40-43.

<sup>619</sup> Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, JORF du 11 décembre 1905.

Il est vrai que, par la même, l'article met fin, de manière implicite et unilatérale, au processus concordataire mis en place par Napoléon 1<sup>er</sup> cent quatre ans auparavant<sup>620</sup>, ce qui ne pouvait que susciter la condamnation de Pie X (1903-1914), quelques mois plus tard, *via* son encyclique *Vehementer nos* (11 février 1906)<sup>621</sup>.

**252. Liberté des consciences et dérogations.** - Mais il ne s'agit là que d'un article. Le corps de la loi va en effet bien au-delà de la seule suppression du financement, sur fonds publics, des cultes.

De manière primordiale, l'article 1<sup>er</sup> de la loi précise que « la République assure la liberté des consciences. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ». Liberté de conscience, liberté d'exercice du culte, non-discrimination entre les confessions : les principes avaient été posés pendant la période révolutionnaire mais avaient été plus ou moins rabotés au gré des divers régimes politiques post-révolutionnaires. Ils sont ici réaffirmés avec clarté et force.

Preuve de l'équilibre religieux que cherche à atteindre l'État français, la loi de 1905 introduit un certain nombre de dérogations au principe édicté par l'article 2 alinéa 1, en inscrivant, à l'alinéa 2, la possibilité d'ouvrir des services d'aumônerie dans des établissements publics clos, tels que les écoles, collèges, lycées, ainsi que les hospices, asiles et prisons. L'armée n'est pas ici référencée mais est également concernée, par le biais d'autres lois et décrets (loi 8 juillet 1880<sup>622</sup>, décrets de 1964<sup>623</sup>, 2005<sup>624</sup> et 2008<sup>625</sup>).

Par ailleurs, le dernier alinéa de l'article 19 prévoit la prise en charge par l'État de sommes allouées pour les travaux de réparation des édifices du culte affectés au culte public, que l'édifice en question soit classé ou non monument historique.

Enfin, la liste des exonérations fiscales pouvant potentiellement bénéficier aux divers cultes en matière d'activités et de biens culturels est longue et régulièrement mise à

---

<sup>620</sup> D'où la qualification de la loi de 1905 par P. NELIDOFF de « discordat », in H. MOUANNES et C. MASCALA, *La laïcité à l'œuvre et à l'épreuve, colloque du 29 mars 2017*, Université Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2018, p. 61.

<sup>621</sup> Lettre encyclique *Vehementer nos* de S.S. le pape Pie X au peuple français, 11 février 1906.

<sup>622</sup> Loi du 8 juillet 1880 relative à l'abrogation de la loi des 20 mai – 3 juin 1874 sur l'aumônerie militaire, JORF du 10 juillet 1880.

<sup>623</sup> Décret n° 64 du 1<sup>er</sup> juin 1964 portant règlement d'administration publique relatif aux ministres du culte attachés aux forces armées, JORF du 10 février 1976.

<sup>624</sup> Décret n° 2005-247 du 16 mars 2005 portant statut particulier des aumôniers militaires, JORF du 18 mars 2005.

<sup>625</sup> Décret n° 2008-1524 du 30 décembre 2008 relatif aux aumôniers militaires, JORF n° 304 du 31 décembre 2008.

jour, afin de tenir compte des nouvelles nécessités (aussi bien par le biais législatif, comme par exemple *via* les lois de 1961<sup>626</sup> et de 2006<sup>627</sup>, que jurisprudentiel<sup>628</sup>).

**253.** En ce sens, la loi de 1905 s'est voulue non seulement très libérale dans la lettre et dans l'esprit, mais qui plus est, une loi d'apaisement<sup>629</sup> au regard des événements passés. Dans *Notre Patrie*, Charles Péguy résume bien la situation : « Elle n'avait point été un exercice de persécution, un essai de persécution, de suppression de l'Église par l'État, un essai d'oppression de domination anticatholique, prétendue anticléricale [...] en un mot (qu') elle n'avait point été combiste, mais beaucoup plus républicaine »<sup>630</sup>.

## **2/ Et crises successives**

**254.** Cet aspect pacificateur de la loi de 1905 n'a semble-t-il pas été perçu, ni vécu ainsi par tous. Deux crises, dites des inventaires (a) puis des associations culturelles (b), vont venir secouer le pays au lendemain de la loi de Séparation.

### a/ Crise des inventaires

**255.** L'application de l'article 4 de la loi de 1905, au cours de l'année suivante, suscite à nouveau de vives tensions.

En effet, elle impose l'établissement d'une liste regroupant les biens mobiliers et immobiliers des établissements publics, afin de pouvoir ensuite les attribuer à une association culturelle.

Toutes les paroisses ne rechignent pas à ce faire et l'inventaire s'effectue sans heurt dans plus de soixante-trois mille lieux de culte mais il est vrai qu'il en va autrement dans quelques cinq mille paroisses<sup>631</sup>, surtout à l'Ouest de la France, où l'inventaire devient synonyme de sacrilège et de profanation<sup>632</sup>.

---

<sup>626</sup> Loi n° 61-825 du 19 juillet 1961 de finances rectificatives pour 1961, JORF du 30 juillet 1961.

<sup>627</sup> Loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007, JORF n° 17 du 20 janvier 2007.

<sup>628</sup> À titre d'exemple : CE, 3<sup>ème</sup> – 8<sup>ème</sup> chambres réunies, 26 juillet 2018, n° 403389 – Exonération de taxe d'habitation pour les locaux culturels.

<sup>629</sup> P. CABANEL, « 1905 : une loi d'apaisement ? », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289).

<sup>630</sup> C. PÉGUY, *Notre Patrie*, Paris, Gallimard, 1905, p. 289.

<sup>631</sup> M. WINOCK, « Comment la France a inventé la laïcité », *loc. cit.*

<sup>632</sup> Il se disait que les tabernacles, contenant les hosties à l'intérieur, étaient également comptabilisés au titre de l'inventaire.

L'inventaire sera finalement suspendu et la loi de 1905 amendée par deux lois successives, respectivement en 1907<sup>633</sup> et 1908<sup>634</sup>, aux termes desquelles églises, temples, synagogues, évêchés, presbytères et séminaires édifiés avant 1905 seront déclarés appartenir à l'État, aux départements ou aux communes, puisque servant à l'exercice du culte. L'édifice et son mobilier seront laissés gratuitement à la disposition des associations culturelles.

#### b/ Crise des associations culturelles

**256. Association culturelle et diocésaine.** - Encore faut-il se constituer en association culturelle, ce que les cultes protestant et juif acceptent de faire.

Mais pas le culte catholique, qui refuse de recourir à ce nouveau dispositif juridique, par crainte de voir surgir des associations se disant catholiques mais ne respectant pas la hiérarchie romaine. Par ailleurs, la notion d'association culturelle implique de placer l'administration des biens de l'Église entre les mains de laïcs et d'ignorer l'existence et l'autonomie du droit canonique<sup>635</sup>.

Comment sortir de cette nouvelle impasse ?

**257. « Accord sans pacte ».** - Il faudra pour cela attendre l'Union sacrée, la fin de la Grande Guerre et le rétablissement des relations diplomatiques entre la France et le Saint-Siège en 1921.

L'idée avancée est qu'en lieu et place d'associations culturelles, le culte catholique puisse constituer des associations diocésaines, avec un président à la tête de ladite association, à savoir l'évêque du lieu, entouré d'un conseil de quatre membres titulaires et d'une assemblée générale de trente membres<sup>636</sup>. Par ailleurs, il est prévu que le nonce apostolique, c'est-à-dire le représentant du pape auprès des autorités publiques, informe le ministre de l'Intérieur, par l'intermédiaire du ministre des Affaires étrangères, du choix de son candidat au poste d'évêque, afin de savoir si « le gouvernement a quelque chose à dire du point de vue politique contre le candidat »<sup>637</sup>. En cas d'opposition du ministre de

---

<sup>633</sup> Loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes, JORF du 3 janvier 1907.

<sup>634</sup> Droit local pour les associations ou loi de 1908.

<sup>635</sup> R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États*, op. cit., p. 61.

<sup>636</sup> *Ibid.*

<sup>637</sup> E. FOREY, *État et institutions religieuses*, op. cit., p. 70.



l'Intérieur (ce qui se produira en 1948 et 1953<sup>638</sup>), le Vatican est alors tenu de faire une nouvelle proposition.

Le 23 décembre 1923, le Conseil d'État français émet un avis favorable sur le statut des associations diocésaines.

Pie XI (1922-1939)<sup>639</sup> propose, dans son encyclique *Maximam gravissimamque* du 18 janvier 1924<sup>640</sup>, de tenter l'expérience « par voie d'essai »<sup>641</sup>.

Les échanges de courrier en date des 14, 17 et 27 décembre 1923 et du 12 janvier 1924 entre le ministre des Affaires étrangères et le nonce apostolique confirment le caractère officiel de l'avis du Conseil d'État<sup>642</sup>.

Cet « accord sans pacte », selon la qualification retenue par Mgr. Roland Minnerath<sup>643</sup>, non publié au Journal officiel, n'ayant pas l'objet de véritables négociations, n'en constitue pas moins un accord international bilatéral. En effet, l'acte du 13 décembre 1923 figure sur la liste officielle des accords et traités en vigueur liant la France, sous le nom d'« Accord par échange de lettres entre le ministère des affaires étrangères de la République française et le nonce apostolique en France relatif aux associations diocésaines »<sup>644</sup>.

**258. Conclusion § 2.** – Il est fréquent de lire ou d'entendre dire que la France est devenue pleinement laïque en 1905.

Pourtant, aucune des lois précédemment évoquées n'utilise le terme de « laïcité » et il faudra attendre la Constitution de 1946 pour que la République soit déclarée « laïque », principe repris par la Constitution de 1958 (art. 1).

Pour autant, la signification du concept de laïcité, faute de définition, reste floue. Deux visions s'affrontent, encore de nos jours, parfaitement résumées par Monsieur Jean

---

<sup>638</sup> A. DAMIEN, « Le statut juridique des Églises reconnues en France », *Esprit et vie*, n° 6, 9 février 1995, p. 88, dans *Ibid.*

<sup>639</sup> Sur Pie XI et quelques autres papes : C. DICKES, *Ces 12 papes qui ont bouleversé le monde*, Paris, Tallandier, 2018.

<sup>640</sup> Lettre encyclique *Maximam gravissimamque* de S.S. Pie XI sur les associations diocésaines, 18 janvier 1924 : [https://www.assemblee-nationale.fr/histoire/eglise-etat/Pie-XI\\_Maximam-gravissimamque\\_18011924.asp](https://www.assemblee-nationale.fr/histoire/eglise-etat/Pie-XI_Maximam-gravissimamque_18011924.asp)

<sup>641</sup> R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États*, *op. cit.*

<sup>642</sup> À la suite de nouveaux échanges de notes verbales entre la nonciature apostolique et le ministère des Affaires étrangères et européennes, en date des 9 et 20 juillet 2010, l'article 5 dudit accord est légèrement remanié : il précise que l'évêque peut engager l'association diocésaine en tant que président de l'association diocésaine.

<sup>643</sup> R. MINNERATH, *op. cit.*

<sup>644</sup> Accord par échange de lettres entre le ministre des Affaires étrangères de la République française et le nonce apostolique en France relatif aux associations diocésaines, 13 décembre 1923, n° TRA19230031 <https://francearchives.fr/facomponent/c46f16ec081356672034c043dcafd6957312dc05>

Picq : « l'une, issue des Lumières et souvent antireligieuse, tend à faire de la laïcité une nouvelle religion et veut imposer la neutralisation de toutes les autres religions dans l'espace public ; l'autre, conforme à la pensée d'Aristide Briand, considère l'espace public comme ouvert à la pluralité des options, religieuses ou non, et exige en revanche de l'État, des collectivités publiques et de leurs agents une parfaite neutralité »<sup>645</sup>.

Faut-il donc retenir de la loi de 1905 qu'elle est un « pacte laïque », selon l'expression de Monsieur Jean Baubérot, ou une « demi-laïcité », selon le Rapport d'Aristide Briand rédigé au nom de la commission parlementaire chargée de préparer, à la Chambre des députés, la loi concernant la Séparation des Églises et de l'État, en date du 4 mars 1905<sup>646</sup>? Le débat reste ouvert.

### § 3/ Les accords du Latran

**259.** Nous avons quitté l'Italie en un moment délicat de son histoire, qualifiée de période de *dissidio*, de désaccord, avec un pontife s'étant déclaré « emprisonné » en ses terres qu'il considère annexées depuis 1870, et maintenant le *non expedit*.

Comme en France, c'est la fin de la Grande Guerre qui va permettre aux divers acteurs en place d'opérer un début de rapprochement. Des contacts informels sont ainsi initiés, à partir de 1919, entre Monseigneur Cerretti, secrétaire pour les affaires ecclésiastiques extraordinaires, dépêché par Benoît XV (1914-1922), et Vittorio Emanuele Orlando, président du Conseil italien<sup>647</sup>.

La signature des accords du Latran met véritablement fin à l'épineuse question romaine et instaure un nouvel équilibre dans les rapports Église-État. En son temps, la question de la nature de ces nouveaux accords fera grandement débat en Italie et, dans une bien moindre mesure, en France (A). Ils forment toujours le socle des relations Église-État italien, bien que récemment remaniés (B).

---

<sup>645</sup> J. PICQ, *Politique et religion, op. cit.*, p. 152.

<sup>646</sup> Y. BRULEY, « Mariage et famille sous Napoléon », *loc. cit.*, p. 118.

<sup>647</sup> J.-L. POUTHIER, « Saint-Siège et État de la Cité du Vatican », *Pouvoirs*, 162, 2017, p. 6.

## A/ Les accords du Latran

**260.** Les accords du Latran constituent indéniablement une victoire pour Mussolini (1) et stabilise les relations Église-État en Italie, tout en apportant une réponse à la question romaine (2). Les portes papales, désormais vaticanes, peuvent se rouvrir.

### 1/ Mussolini et les accords

**261. Le pari de Mussolini.** - On peut s'étonner que le fascisme et son fondateur, Benito Mussolini, président du Conseil du royaume d'Italie en 1922 (jusqu'en 1943), maréchal d'Empire (1938-1943) et enfin chef de l'État de la République sociale italienne (1943-1945), se soient intéressés à la question religieuse, le fascisme étant intrinsèquement, « instinctivement anticlérical »<sup>648</sup>, hostile à toute religion. Mussolini, jouant sur les mots de Cavour, déclare ainsi « *Nello Stato, la Chiesa non è sovrana e non è nemmeno libera* »<sup>649</sup>.

Cependant, quand Mussolini arrive au pouvoir, il sait qu'il a besoin de rallier davantage de voix dans l'opinion publique, dont celles des catholiques : faire régner l'unité, cela passe aussi par l'unité religieuse<sup>650</sup>. Il n'hésite pas alors à revenir sur sa politique anticléricale (programme scolaire refondu, crucifix raccroché, etc.). Le pari est gagnant : les catholiques ne se sentent plus tenus, dans ces conditions, de respecter le *non expedit*<sup>651</sup>.

Mais il lui faut aller plus loin encore et rallier la voix papale. Mussolini organise donc dans un premier temps, en janvier 1923, une entrevue avec le cardinal Gaspari, secrétaire d'État du Saint-Siège. Puis, il met en place, dès 1925, une commission chargée d'étudier, dans le plus grand secret et dans un climat de défiance mutuelle, surtout de la part de l'Église<sup>652</sup>, une réforme de la législation.

---

<sup>648</sup> A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, op. cit., p. 591.

<sup>649</sup> V. VALENTINI, « La laicità dello Stato e le nuove interrelazioni tra etica e diritto », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2011, p. 11.

<sup>650</sup> L. DE GREGORIO, *Il cammino della laicità*, op. cit., p. 26.

<sup>651</sup> J.-L. POUTHIER, « Saint-Siège et État de la Cité du Vatican », loc. cit., p. 10.

<sup>652</sup> *Ibid.*

**262. Accueil.** - L'annonce de la signature des accords de Latran, ouvrant « le chemin de la confessionnalisation catholique de l'État »<sup>653</sup>, n'en sera que plus spectaculaire aux yeux de tous, peuple italien, journalistes et même certains ministres<sup>654</sup>.

Les antifascistes n'en reviennent pas : « *Quale imprudenza! Quale compromissione! Ormai la Santa Sede deve considerarsi legata al fascismo e dividerne le sorti, un crollo del fascismo non potrebbe non essere accompagnato dallo scatenarsi di una ondata di fiero anticlericalismo* »<sup>655</sup> - « Quelle imprudence! Quelle compromission! Désormais le Saint-Siège doit être considéré comme lié au fascisme et en tirer les conséquences, l'effondrement du fascisme ne pourra que provoquer une vague de farouche anticléricalisme ».

Il n'en sera rien : au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les Italiens seront plus préoccupés par le choix à faire entre monarchie et république (référendum du 2 juin 1946, donnant la république gagnante par 54,27% des voix) que par des questions de faits religieux et les accords du Latran seront reconduits via l'article 7 de la Constitution de 1948<sup>656</sup>. Soucieux en effet de ne pas compromettre l'unité nationale au sortir de la Seconde Guerre mondiale, tous les députés, y compris les communistes, votent pour l'introduction en bloc de l'accord de 1929 dans la nouvelle Constitution<sup>657</sup>.

## 2/ Les accords

**263.** Ces accords du Latran, du nom du *palazzo* romain où ils sont signés, « l'un des sommets de toute l'histoire concordataire »<sup>658</sup>, regroupent en réalité plusieurs conventions, toutes conclues le 11 février 1929 et entrées en vigueur par la loi du 27 mai 1929<sup>659</sup>, mutuellement ratifiée entre l'État italien et le Saint-Siège le 7 juin 1929<sup>660</sup>.

Il s'agit tout d'abord 1) d'un Traité s'accompagnant a) d'une Convention financière et b) d'un Plan de la Ville du Vatican et 2) du Concordat, entériné par la loi n° 847 pour la

---

<sup>653</sup> S. FERRARI, « L'Italie », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, op. cit., p. 147.

<sup>654</sup> A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, op. cit., p. 637.

<sup>655</sup> *Ibid.*, p. 689.

<sup>656</sup> *Costituzione del 1948*.

<sup>657</sup> R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États*, op. cit., p. 195.

<sup>658</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>659</sup> *L. 27 maggio 1929, n° 810 – Esecuzione dei quattro allegati annessi e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede et l'Italia, l'11 febbraio 1929, G.U. 5 giugno 1929, n° 130 Suppl. ord.*

<sup>660</sup> Textes complets : [http://presidenza.governo.it/USRI/ufficio\\_studi/normativa/L.810\\_27.05.1929.pdf](http://presidenza.governo.it/USRI/ufficio_studi/normativa/L.810_27.05.1929.pdf)  
[https://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19290211\\_patti-lateranensi\\_it.html](https://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html)

partie relative au mariage<sup>661</sup> et par la loi n° 848<sup>662</sup> pour celle relative aux bureaux, aux entités ecclésiastiques et à l'administration du patrimoine destiné au culte.

L'État de la Cité du Vatican vient de naître : la souveraineté temporelle du pape est peut-être réduite mais elle est juridiquement reconnue.

Une fois les accords signés, les juristes italiens s'empareront de la question clé de savoir si vraiment ces traités ont une valeur internationale ou interne (a). Dans une bien moindre mesure, la France s'intéressera également à la question (b).

#### a/ Nature juridique des accords du Latran

**264.** Il y eut beaucoup de débats autour de la nature juridique des accords : devait-on y voir deux traités internationaux ? Deux simples concordats ? Ou encore un traité de nature internationale quand le Concordat relevait lui du droit public interne ?

##### *i. Débats doctrinaux*

**265. Deux concordats ou deux Traités** - L'hypothèse selon laquelle nous aurions affaire à deux concordats ou à deux traités s'est toujours avérée être minoritaire et n'est quasiment plus d'actualité aujourd'hui.

La plupart des auteurs invoquent, pour contrecarrer ces points de vue, le fait que tout simplement, les accords portent le nom de Traité *et* de Concordat et que l'on ne se serait certainement pas pris la peine de ce faire s'il n'y avait pas eu une volonté de les différencier<sup>663</sup>.

**266. But différent.** - En outre, la majeure partie des juristes italiens considère que les buts diffèrent dans les deux cas, ce qui induit deux classifications distinctes : « L'objet des Concordats n'est pas matière de droit international. C'est matière de droit public interne. Il s'agit de combiner le libre exercice d'un culte avec le maintien de l'ordre public et des principes fondamentaux d'une constitution et d'un État déterminés. Tandis que les traités

---

<sup>661</sup> L. 27 maggio 1929, n° 847 – *Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio*, G.U. 8 giugno 1929, n° 133.

<sup>662</sup> L. 27 maggio 1929, n° 848 – *sugli Enti ecclesiastici e sulle Amministrazioni civili dei patrimoni destinati a fini di culto*, G.U. 8 giugno 1929, n° 133.

<sup>663</sup> A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, op. cit., p. 193.

ont pour base le respect absolu de la souveraineté de deux États, les concordats ont pour cause l'ingérence, le contrôle, la surveillance exercée par le Pape chez les États ayant des sujets catholiques »<sup>664</sup>.

Sous cet angle, le Traité du Latran est un vrai traité politique international, mais pas le Concordat. C'est d'ailleurs dans ce sens que l'article 2 du Traité<sup>665</sup> proclame : « L'Italie reconnaît la souveraineté du Saint-Siège dans le domaine international comme un attribut inhérent à sa nature, en conformité avec sa tradition et avec les exigences de sa mission dans le monde »<sup>666</sup>.

Les juristes italiens reconnaissent donc au Saint-Siège la qualité de « vrai souverain territorial »<sup>667</sup>, lui allouant une souveraineté plus qu'honorifique puisqu'ayant la faculté de signer de vrais traités internationaux. Dans le cas du Concordat, il ne s'agit en revanche plus d'intérêts communs et universels, mais à l'inverse d'intérêts particuliers et donc propres à une Église territorialement délimitée.

Le point de vue est différent chez Pie IX (1846-1878), Benoît XV (1914-1922) et Pie XI (1922-1939) qui affirment que le Concordat, un instrument fait *cum corde*<sup>668</sup>, avec le cœur, doit être vu comme un traité bilatéral régi par le droit international<sup>669</sup>, dans la mesure où l'État mais également l'Église sont des *societas perfecta*, des sociétés parfaites, c'est-à-dire dotées « de tous les moyens qui lui sont nécessaires pour atteindre »<sup>670</sup> leur propre fin, chacune étant autonome et indépendante dans leur propre ordre. Il faut donc entendre que, selon cette conception, l'Église et l'État possèdent les trois pouvoirs, exécutif, législatif et judiciaire<sup>671</sup>. À ce titre, l'Église est donc en mesure de signer des concordats, ce qui lui permet d'affirmer sa *libertas Ecclesiae*, c'est-à-dire la liberté corporative de l'Église et de ses instruments.

---

<sup>664</sup> F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, op. cit., p. 191.

<sup>665</sup> *Trattato fra la Santa Sede e l'Italia, 11 febbraio 1929*, art. 2 : « L'Italia riconosce la sovranità della Santa Sede nel campo internazionale come attributo inerente alla sua natura, in conformità alla sua tradizione ed alle esigenze della sua missione nel mondo ».

<sup>666</sup> A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, op. cit., p. 198.

<sup>667</sup> A. C. JEMOLO, op. cit., p. 195.

<sup>668</sup> O. ÉCHAPPÉ, « Mariage civil et mariage religieux : vers le divorce ? », in J.-B. D'ONORIO et INSTITUT PORTALIS (dir.), *Le Saint-Siège dans les relations internationales*, Paris, Éd. du Cerf, Cujas, 1989, p. 195.

<sup>669</sup> R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États*, op. cit., p. 12.

<sup>670</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>671</sup> A. VIROT, « « Reconstitution », « continuation » ou « existence »? La position du gouvernement français face au règlement de la question romaine », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. JANKOWIAK, actes du colloque du centre Droit et sociétés religieuses, Université de Paris Sud, Sceaux, *Le droit ecclésiastique en Europe et à ses marges (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Leuven, Paris, Walpole, Peeters, 2009, p. 300.

*ii. Interprétation généralement retenue*

267. C'est une voie médiane qui est finalement retenue : « Le Traité et le Concordat sont deux contrats stipulés entre l'État italien et le pape, ayant des qualités diverses – comme sujet de droit international dans le cas du Traité – comme chef de l'Église, mais dans l'intérêt de cette dernière à l'intérieur des frontières de l'Italie dans le cas du Concordat. Les buts, le contenu, la sphère juridique sont donc différents dans les deux contrats »<sup>672</sup> :  
« *Il Trattato e il Concordato sono due contratti stipulati dallo Stato italiano con il Pontefice ; ma questi ha agito con qualità diverse – come soggetto di diritto internazionale nel Trattato – come capo della Chiesa, ma nell'interesse di essa entro i confini d'Italia nel Concordato. Diverse sono pure gli scopi, il contenuto, la sfera giuridica dei due contratti* ».

Ainsi signés, les accords du Latran permettent donc d'atteindre un double but : par l'intermédiaire du Traité, l'Italie reconnaît au Saint-Siège « la pleine propriété et la puissance du souverain sur la Cité du Vatican »<sup>673</sup>. Cette Cité n'est pas un État nouvellement créé mais la reconnaissance d'une « entité juridique existante, le Saint-Siège », ayant la personnalité juridique, qui a « la pleine propriété d'un certain nombre d'espaces, garantissant ainsi sa souveraineté, équivalente à celle d'un État »<sup>674</sup>. En retour, le pontife reconnaît Rome comme la capitale du royaume d'Italie et renonce au pouvoir temporel.

Le Concordat offre, quant à lui, indépendance et protection au Saint-Siège de la part de l'Italie et surtout, une place privilégiée octroyée à la religion catholique puisqu'il hisse cette dernière au rang de « seule religion d'État »<sup>675</sup>.

---

<sup>672</sup> M. FALCO, *Corso di Diritto ecclesiastico*, Padova, Casa editrice dott. A. Milani, 1930, p. 307.

<sup>673</sup> P. MILZA, *Histoire de l'Italie, Des origines à nos jours*, op. cit., p. 870.

<sup>674</sup> J.-L. POUTHIER, « Saint-Siège et État de la Cité du Vatican », loc. cit., p. 11.

<sup>675</sup> *Concordato fra la Santa Sede e l'Italia, 11 febbraio 1929*, art. 1<sup>er</sup>.

## b/ Réaction française à la signature des accords du Latran

**268.** Il est intéressant de constater que les accords du Latran vont faire l'objet de notes émises par les juristes du Ministère français des Affaires étrangères. Elles portent sur la souveraineté spirituelle (i) et territoriale du pontife romain (ii), et nous permettent de comprendre l'impact qu'ont pu avoir lesdits accords sur le gouvernement français de l'époque<sup>676</sup>.

### *i. Souveraineté papale*

**269.** Quant au premier type de souveraineté, deux notes sont à retenir.

La première, intitulée « Questions d'ordre juridique soulevées par la publication des Accords du Latran et par la promulgation des premières lois vaticanes », accompagne un courrier en date du 21 décembre 1929 mais n'est pas elle-même datée. Elle relève que « bien entendu le caractère de Souverain inhérent à la personne du Pape et reconnu dans le monde entier avant tout rétablissement de pouvoir temporel, demeure hors de discussion »<sup>677</sup>.

La seconde note, « Questions d'ordre juridique que soulèvent les Accords du Latran et les lois vaticanes », sans doute rédigée au mois de mai 1930, rappelle que « les autorités françaises n'ont jamais nié la souveraineté inhérente à la personne du pape »<sup>678</sup>.

La France de 1929-1930 reconnaît donc sans problème la souveraineté spirituelle du pontife.

### *ii. Souveraineté vaticane*

**270.** Quant à la souveraineté territoriale des quarante-quatre hectares du Saint-Siège, les notes mentionnées ci-dessus montrent une évolution en la matière.

La première note évoque en effet la « constitution d'une Cité Vaticane »<sup>679</sup>, vocable qui va être par la suite corrigé afin de devenir « reconnaissance par l'Italie d'un

---

<sup>676</sup> A. VIROT, « « Reconstitution », « continuation » ou « existence »? La position du gouvernement français face au règlement de la question romaine », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. JANKOWIAK, *Le droit ecclésiastique en Europe et à ses marges (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, op. cit., p. 296.

<sup>677</sup> *Ibid.*, p. 301 : AMAE, vol. 6, p. 275.

<sup>678</sup> *Ibid.*, AMAE, vol. 32 bis, p. 63.

<sup>679</sup> *Ibid.*, AMAE, vol. 6, p. 275.



*État de la Cité Vaticane* »<sup>680</sup>, avec la précision que « Ce n'est pas une cité, c'est l'*État* de la cité du Vatican, c'est un enclavé comme St Marin »<sup>681</sup>.

La seconde note est plus claire, puisqu'elle précise cette fois que « En résumé, le pape étant souverain, et disposant en vertu du Traité de Latran d'un territoire propre, toutes les questions qui se posent à son égard comme à l'égard de ce territoire et des personnes qui s'y trouvent, doivent être résolues comme si ledit territoire constituait un État »<sup>682</sup>.

Le débat est clos, il ne sera plus rouvert sur ces deux points.

**271.** Accepté par tous, le Concordat des accords du Latran ouvre, pour l'Italie, une nouvelle façon de gérer ses relations Église-État. Ce Concordat est toujours d'actualité, même s'il a été revu en 1984 et si d'autres dispositions vont venir compléter le système.

## **B/ Réformes des accords du Latran et renouveau laïc**

**272.** Les accords du Latran vont évoluer avec le temps, d'abord, avec l'adoption d'une nouvelle Constitution (1), puis avec la réforme de *Villa Madama* (2). Mais le renouveau sera également non seulement jurisprudentiel, avec l'affirmation du principe laïc (3), mais aussi catholique, l'Église romaine abandonnant la notion de société parfaite pour s'orienter désormais vers le concept de liberté religieuse (4).

### **1/ Constitution de 1948**

**273.** La nouvelle Constitution veut tourner la page des années fascistes. Elle s'y attèle en promulguant de nombreux articles relatifs aux relations Églises-État, à la fois novateurs sans pour autant tout renier de son passé.

**274. Article 7.** - Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'Italie se transforme en République<sup>683</sup> et proclame une nouvelle Constitution<sup>684</sup>, avec quelques articles précieux,

---

<sup>680</sup> Italique utilisé par le correcteur, Louis Canet.

<sup>681</sup> A. VIROT, « « Reconstitution », « continuation » ou « existence »? La position du gouvernement français face au règlement de la question romaine », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. JANKOWIAK, *Le droit ecclésiastique en Europe et à ses marges (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, op. cit., p. 303-304.

<sup>682</sup> *Ibid.*, p. 305, AMAE, vol. 32 bis, p. 53.

<sup>683</sup> Référendum du 2 juin 1946.

<sup>684</sup> Promulguée le 27 décembre 1947, elle entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1948.

dont l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup> : « L'État et l'Église catholique sont, chacun dans leur domaine, indépendants et souverains ».

L'article poursuit en précisant que les accords du Latran sont maintenus : « Leurs relations sont réglées par les Accords du Latran. Les modifications de ces Accords, acceptées par les deux parties, n'exigent aucune procédure de révision constitutionnelle » (art. 7, al. 2).

**275. Article 8.** – Quant aux autres religions, l'article 8 alinéa 1 précise que « Toutes les confessions religieuses sont également libres devant la loi ».

L'alinéa 2 régleme nte le principe d'autonomie des cultes : « Les confessions religieuses autres que la confession catholique ont le droit de s'organiser selon leurs propres statuts, à condition qu'ils ne soient pas en contradiction avec l'ordre juridique italien ».

Enfin, à l'instar du Concordat signé entre l'État italien et le Saint-Siège, l'article 8 alinéa 3 prévoit pour les cultes non catholiques que « Leurs relations avec l'État sont réglées par la loi sur la base d'ententes avec les représentants de chaque confession ».

**276. Articles 3, 19 et 20.** - Pour parfaire le tout et assurer le principe d'égalité pour tous, y compris en matière religieuse, la Constitution proclame que « Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinion politique, de conditions personnelles et sociales »<sup>685</sup>, quand l'article 19 précise que « Chacun a le droit de professer librement sa foi religieuse, sous quelque forme que ce soit, individuelle ou collective, d'en faire propagande et d'en exercer le culte en privé ou public, pourvu qu'il ne s'agisse pas de rites contraires aux bonnes mœurs ».

Enfin, l'article 20 définit le principe de liberté des associations religieuses, toute discrimination négative étant interdite : « Le caractère ecclésiastique et le but religieux ou culturel d'une association ou d'une institution ne peuvent être la cause de limitations législatives spéciales, ni de charges fiscales particulières pour sa constitution, sa capacité juridique et toutes ses formes d'activité ».

---

<sup>685</sup> *Costituzione del 1948*, art. 3 al. 1.

## 2/ Réforme de *Villa Madama*

277. Avec le temps, vient celui de la réforme, de plus en plus inévitable, du Concordat tel qu'édicté lors des accords du Latran : l'accord de *Villa Madama* conclu entre l'État italien et le Saint-Siège le 18 février 1984, ratifié par la loi du 25 mars 1985<sup>686</sup>, sans qu'il y ait eu besoin de réviser la Constitution, conformément à son article 7, précise désormais que l'État italien n'est plus un État catholique.

L'Église catholique maintient un minimum son statut privilégié dans la mesure où l'on déclare « les principes du catholicisme » comme faisant « partie du patrimoine historique du peuple italien » (art. 9, al. 2 Concordat 1984)<sup>687</sup>.

Dans la foulée, la première entente entre l'État italien et un culte autre que catholique est signée le 21 février 1984<sup>688</sup>. À ce jour, les ententes signées et approuvées sont au nombre de douze.

La réforme a également entériné un nouveau système de financement public de la religion, en introduisant en particulier la possibilité d'attribuer un pourcentage de l'impôt<sup>689</sup> sur le revenu des personnes physiques au profit de l'État ou d'une religion, donc de l'Église catholique ou d'un culte avec entente.

## 3/ Évolution jurisprudentielle et principe de laïcité<sup>690</sup>

278. En cette période de réformes intenses, la Cour constitutionnelle italienne, avec l'arrêt n° 203 du 12 avril 1989<sup>691</sup>, déduit des normes constitutionnelles le principe de laïcité, qui « n'est pas synonyme d'indifférence à l'égard de l'expérience religieuse, mais » qui « implique l'équidistance et l'impartialité de la loi par rapport à tous les cultes »<sup>692</sup>. En conséquence, il « implique (...) non pas l'indifférence de l'État à l'égard des religions, mais sa garantie de sauvegarde de la liberté religieuse dans un régime de

---

<sup>686</sup> L. 25 marzo 1985, n° 121 – *Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*, G.U. del 10 aprile 1985 n° 85.

<sup>687</sup> A. FERRARI, « Laïcité et multiculturalisme à l'italienne », *ASSR*, 2008, § 19.

<sup>688</sup> L. 11 agosto 1984, n° 449 – *Norme per la regolazione dei rapporti tra Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, G.U. del 18 agosto 1984 n° 222.

<sup>689</sup> L'8 per mille.

<sup>690</sup> Pour une étude approfondie sur les différences entre laïcité à la française et à l'italienne : L. TOSCANO, *La « laïcité française » et la laïcité « à l'italienne »*, thèse Paris 1 Panthéon-Sorbonne et *Università degli Studi di Napoli Federico II*, 2011.

<sup>691</sup> Corte cost. 11-12 aprile 1989, n° 203, *Quaderni dir. pol. eccles.*, 1, 1990, p. 193-205.

<sup>692</sup> M. VENTURA, s.v. « Italie », in F. MESSNER, *Droit des religions : dictionnaire, op. cit.*, p. 414.

pluralisme confessionnel et culturel »<sup>693</sup> et ne connaît qu'une seule limite, celle des autres principes suprêmes<sup>694</sup>.

Par ailleurs, le principe de laïcité figure parmi « les principes suprêmes du système constitutionnel »<sup>695</sup>.

Cette jurisprudence constitutionnelle sera confirmée de manière substantielle par la suite<sup>696</sup>, sans toutefois que la Constitution italienne ait été amendée en ce sens<sup>697</sup>.

#### 4/ Évolution catholique

279. Du côté de l'Église romaine, les lignes ont également beaucoup bougé.

La notion de société parfaite a été abandonnée avec Vatican II<sup>698</sup>, en 1965<sup>699</sup>. L'Église s'oriente désormais vers « une autre approche des relations de l'Église et de l'État, fondée sur le concept de liberté religieuse »<sup>700</sup>. Ce droit à la liberté religieuse, insiste Rome, doit être reconnu à tous ; c'est donc un « droit civil qui doit être inscrit dans l'ordre juridique de la société »<sup>701</sup>.

En agissant ainsi, l'Église catholique romaine dépose, en un sens, les armes : elle n'entend plus commander, elle invite même « à obéir à l'autorité légitime » ; mais elle

---

<sup>693</sup> *Ibid.*, p. 110 : « Il principio di laicità, quale emerge dagli articoli 2, 3, 7, 8, 19, 20 della Costituzione implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale ». Cf. également V. P. CAVANA, *Interpretazioni della laicità - Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, AVE, 1998, pour une étude comparative de la laïcité française et italienne. Le principe suprême de laïcité est qualifié par la Cour constitutionnelle comme « uno dei profili della forma di stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica » doté de « una valenza superiore rispetto alle alter norme o leggi di rango costituzionale » ; Corte cost., 12 aprile 1989, n° 203, in *Diritto ecclesiastico*, 2, 1989, pp. 293 et s.

<sup>694</sup> A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale. Sulle radici «religiose» dello Stato «laico»*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>695</sup> F. MARGIOTTA BROGLIO, « Interférences mutuelles des religions et de l'État en Italie », in B. SCHANDA and EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *The mutual roles of religion and state in Europe*, Proceedings of the 24<sup>th</sup> Congress of the European Consortium for Church and State Research, Pázmány Péter Catholic University, Budapest, November 8-11 2012, Institute for European Constitutional Law, University of Trier, 2014, p. 107.

<sup>696</sup> Cf. principalement Corte cost., 23 maggio 1990, n° 259 ; Corte cost., 4 giugno 1992, n° 290 ; Corte cost., 18 ottobre 1995, n° 440 ; Corte cost., 17 novembre 1996, n° 334 ; Corte cost., 14 novembre 1997, n° 329.

<sup>697</sup> À ce jour, seule la France a intégré le principe de laïcité dans sa Constitution.

<sup>698</sup> R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>699</sup> II<sup>e</sup> Concile œcuménique du Vatican, dit Vatican II, 11 octobre 1962 - 8 décembre 1965.

<sup>700</sup> R. MINNERATH, *op. cit.*

<sup>701</sup> Déclaration sur la liberté religieuse *Dignitatis humanae* de S.S. Paul VI, 7 décembre 1965, § 2. Cf. également J. PICQ, *Politique et religion*, *op. cit.*, p. 170, ainsi que P. PAVAN et A. BOMBIERI, *La liberté religieuse : déclaration "Dignitatis Humanae"*, Paris, Mame, 1967.

attend en échange que « ses droits et ceux des croyants soient reconnus et garantis par les États »<sup>702</sup> « par de justes lois et par d'autres moyens appropriés »<sup>703</sup>.

**280.** Après des siècles de combat entre nos deux ordres temporel et spirituel, l'État semble, enfin, bien en position de force, ce qui, en droit des couples, va bien sûr avoir de fortes conséquences. Pour autant, le concept de liberté religieuse va également produire des conséquences aussi inattendues qu'intéressantes, en Italie comme ailleurs.

**281. Conclusion § 3.** – L'Italie a enfin réussi à résoudre sa question romaine. Le compromis, signé entre l'État, incarné à l'époque par Mussolini, et la papauté constitue encore aujourd'hui l'axe pivot des rapports Église-État italiens. D'un côté, le traité international reconnaît l'État de la Cité du Vatican et interdit toute ingérence italienne ; de l'autre, le Concordat assure une répartition des pouvoirs, temporel et spirituel, en divers domaines, dont celui matrimonial. À l'instauration de la nouvelle République, ces accords seront conservés, bien qu'ils aient été depuis amendés lors de la réforme de *Villa Madama*, voire réinterprétés du fait de l'introduction du principe de laïcité par les tribunaux civils.

**282. Conclusion Section 3.** - La France, à partir de la III<sup>e</sup> République, est enfin institutionnellement stable. Elle a adopté un régime parlementaire, qui n'empêchera certes ni les crises politiques ni les modifications constitutionnelles successives, mais qui ne remettra néanmoins plus en cause certains principes, au titre desquels figure celui de la laïcité, posé en 1905 avec la loi de Séparation des Églises et de l'État. Ses rapports avec l'Église catholique sont apaisés, du moins en comparaison de certaines périodes critiques précédentes, et il en va de même avec les autres religions.

Quant à l'Italie, elle a finalement réussi son unité, grâce à un enthousiasme local porteur et une certaine influence française. Malgré tout, cette indépendance aura généré de graves tensions avec la papauté et il aura fallu attendre la signature des accords du Latran en 1929 pour les portes papales se rouvrent. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le royaume deviendra finalement une république, sans que les accords du Latran soient reniés, tout juste seront-ils remaniés en 1984 avec les accords de *Villa Madama*. À cette nouvelle configuration institutionnelle, l'Italie rajoute, jurisprudentiellement parlant, un aspect supplémentaire de taille en se déclarant désormais elle aussi laïque.

---

<sup>702</sup> *Ibid.*, p. 172 et p. 170.

<sup>703</sup> *Ibid.*, p. 170.

## Conclusion Chapitre 2

**283.** Le XVI<sup>e</sup> siècle en général, la Réforme protestante en particulier, constituent un tournant majeur dans l'histoire européenne, et qui plus est, dans l'histoire des trois États. D'une base commune romano-germanico-chrétienne, ils ont, du fait d'évènements propres ou plus ou moins liés les uns aux autres, opté pour des voies institutionnelles (monarchie parlementaire et Église établie en Angleterre ; république laïque et séparation des Églises et de l'État en France ; république laïque et système concordataire en Italie) mais également matrimoniales très diverses (mariage civil ou religieux, plus ou moins indissoluble).

Si pour certains, comme l'Angleterre, le retour à la stabilisation s'opèrera relativement vite, pour d'autres, comme la France et l'Italie, il faudra attendre encore quelques siècles pour pouvoir considérer la page des révolutions et autre unité définitivement tournée. Au XX<sup>e</sup> siècle, l'Angleterre, la France et l'Italie ont toutes trois acquis leur pleine maturité institutionnelle et politique et vont pouvoir mûrir leur droit matrimonial.

## CONCLUSION TITRE I

**284.** Héritiers d'une longue tradition commune, les trois États sont passés par divers stades, en ce qui concerne leurs relations Églises-État : unis, dans un premier temps, au cours de la période dite *Christianitas*, ils s'en remettent volontiers à l'Église chrétienne pour réguler leur droit des couples. Mais, de contestations théologiques en oppositions politiques, de révoltes en révolutions, l'héritage commun va se fissurer, ébranlant sérieusement les fondements mêmes de l'Angleterre, de la France et de l'Italie.

**285.** Il aura fallu des siècles pour en arriver à un tel niveau de désintégration. Et des siècles également pour patiemment reconstruire de nouveaux modèles. Néanmoins, en ce début du XX<sup>e</sup> siècle, les tensions s'apaisent. De nouvelles formes de relations entre les États et les Églises se sont mises en place, permettant de nouveaux équilibres qui vont perdurer plus ou moins jusqu'à aujourd'hui. À ce stade, il nous semble utile d'en rappeler les principaux traits.

### A/ L'Angleterre

**286.** L'Angleterre a donc choisi au XVI<sup>e</sup> siècle d'établir son Église, engendrant des droits et des obligations de part et d'autre selon un modèle qui a subi peu de changements depuis son adoption. Parfait reflet du système juridique qu'est la *common law*, le fondement des relations *Church-State* ne repose pas sur un texte en particulier mais sur diverses lois et conventions, ainsi que sur des règles de pratique politique non-écrites ayant cependant autorité<sup>704</sup>. Pas de concordat négocié donc, mais un ensemble législatif créé et imposé unilatéralement par l'État<sup>705</sup>, à l'instar de l'*Act of Supremacy* (1559)<sup>706</sup>, de l'*Act of Uniformity* (1562)<sup>707</sup> ou, de manière plus récente, du *Succession to the Crown Act* (2013)<sup>708</sup>.

---

<sup>704</sup> N. DOE, "The concordat concept as constitutional convention in church-state relations in the United Kingdom", in R. PUZA & N. DOE (dir.), *Religion and law in dialogue : Convenantal and Non-convenantal Cooperation between State and Religion in Europe*, Proceedings of the conference, Tübingen, November 18-21 2004, Leuven, Peeters, 2005, p. 237.

<sup>705</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>706</sup> *Act of Supremacy* de 1559.

<sup>707</sup> *Act of Uniformity* de 1562.

<sup>708</sup> *Succession to the Crown Act* de 2013.

**287.** Le souverain britannique, obligatoirement anglican<sup>709</sup>, est à ce jour, et cela depuis 1559, *Supreme Governor of the Church of England* mais pas des autres Églises du royaume<sup>710</sup>. Ainsi, si la reine Élisabeth II est tenue de protéger la *Kirk*, l'Église d'Écosse d'obédience presbytérienne, selon l'*Act of Union* scellé entre l'Angleterre et l'Écosse en 1707<sup>711</sup>, elle ne porte pas le titre de *Supreme Governor of the Church of Scotland* par exemple et n'est considérée que comme une « simple » fidèle lorsqu'elle assiste à une messe de l'Église d'Écosse, cette dernière se déclarant « nationale et libre »<sup>712</sup>. La reine ne joue également aucune influence religieuse au Pays de Galles, le *Welsh Church Act* de 1914<sup>713</sup>, entré en vigueur en 1920, aux lendemains de la Première Guerre mondiale, ayant « désétabli » la *Church of Wales*. Il en va de même en Irlande depuis le vote de l'*Irish Church Act* en 1869<sup>714</sup> et de sa séparation effective de l'État en 1871<sup>715</sup>.

Le système d'*establishment* de l'Église d'Angleterre joue donc pleinement son rôle en Angleterre, mais en Angleterre seulement.

**288.** Aujourd'hui encore, l'Église établie anglicane est incontournable, tant d'un point de vue religieux, l'on s'en doute, que, plus surprenant, législatif.

Il existe en effet un lien particulier noué entre le Parlement de Westminster et l'Église d'Angleterre, non seulement du fait du rôle historiquement tenu par le Parlement dans l'établissement de l'Église anglicane, mais également en tant que l'un des principaux organes législatifs de la *CofE*, la *Church of England*.

D'une part, les deux archevêques de Canterbury et de York, les évêques de Londres, Durham et Winchester ainsi que vingt-et-un autres évêques (selon leur ancienneté) siègent à la Chambre des Lords, constituant ce que l'on appelle les *Lords Spiritual*. Par ailleurs, toute législation issue du Synode Général de l'Église d'Angleterre, « le corps législatif central de l'Église »<sup>716</sup>, doit être approuvée par le Parlement et le

---

<sup>709</sup> *Act of Settlement* de 1700.

<sup>710</sup> N. DOE, « Les îles britanniques (1800-1920) », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, op. cit., p. 163. Il est également toujours « défenseur de la foi », souvenir du fameux *Defensor fidei* accordé par Léon X à Henry VIII en 1521.

<sup>711</sup> *Union with England Act* de 1707, S. XXV : le souverain a le devoir de « *preserve the (...) settlement of the True Protestant Religion (...) as established by the laws of this Kingdom* », « *this kingdom* » désignant ici l'Écosse.

<sup>712</sup> B. BASDEVANT-GAUDEMET, s.v. « Église nationale », in F. MESSNER, *Droit des religions : dictionnaire*, op. cit., p. 263.

<sup>713</sup> *Welsh Church Act* de 1914.

<sup>714</sup> *Irish Church Act* de 1869.

<sup>715</sup> *Ibid.*

<sup>716</sup> N. DOE, « Aspects de la réglementation de l'Église d'Angleterre », *RDC*, 57, 2007, p. 33.



souverain. Le droit ecclésiastique de l'Église d'Angleterre est donc partie intégrante du droit anglais<sup>717</sup>.

**289.** L'Église anglicane, telle qu'ainsi établie, se trouve donc dans la situation particulière où, d'un côté, elle bénéficie incontestablement d'un prestige et de privilèges, souvent rattachés à la royauté<sup>718</sup> (on pense bien sûr tout particulièrement à la cérémonie du couronnement), dont ne profitent aucun autre culte. Cependant, elle est loin de jouir d'une liberté absolue, à commencer par l'édition de ses propres canons, et ne saurait se prévaloir d'un statut équivalent à celui d'un organe du gouvernement, du Parlement ou de l'administration<sup>719</sup>.

Ni subordination totale de l'un à l'autre, ni parfaite égalité<sup>720</sup> : un subtil équilibre.

## **B/ La France**

**290.** La France a, quant à elle, de manière plus récente, choisi un autre régime, celui dit de séparation des Églises et de l'État, aujourd'hui plus communément désigné sous le nom de régime laïc<sup>721</sup>. Elle a cependant connu, en son temps, deux importants concordats, celui de Bologne, conclu en 1516, entre François 1<sup>er</sup> et Léon X, et celui de 1801, signé entre Napoléon Bonaparte et Pie VII, s'accompagnant des 77 Articles organiques pour le culte catholique, auxquels s'ajoutent les 44 Articles organiques des cultes protestants, tandis que le culte juif était lui régi par les décrets de 1808.

Si le système concordataire a été implicitement aboli par la loi du 9 décembre 1905<sup>722</sup> sur l'ensemble du territoire français, il n'en reste pas moins appliqué, du fait des vicissitudes historiques, en Haut-Rhin, Bas-Rhin et Moselle, ces trois départements, rendus par l'Allemagne après la Première Guerre mondiale, ayant souhaité maintenir la législation de 1801. On notera que les DROM sont également soumis à une législation spécifique, à l'exception des Antilles et de la Réunion<sup>723</sup> : à titre d'exemple, la Guyane est ainsi toujours

---

<sup>717</sup> G. ROBBERS, *State and Church in the European Union*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 560.

<sup>718</sup> Sachant que les partisans du modèle républicain au Royaume-Uni ne représentent *a priori* jamais plus de 20% des voix. Source : <https://www.ipsos.com/ipsos-mori/en-uk/monarchy-popular-ever-ahead-queens-90th-birthday-celebrations>

<sup>719</sup> G. BEDOUELLE, *L'Église d'Angleterre dans la société politique britannique*, thèse Paris, 1966, p. 2.

<sup>720</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>721</sup> Du grec *laikos*, « commun, du peuple », « non clerc » (par opposition à *klērikos*, clerc), dérivé de *laos* « peuple », on le retrouve en latin *laicus*, « commun, du peuple », « non clerc, illettré ».

<sup>722</sup> Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, JORF du 11 décembre 1905.

<sup>723</sup> P.-H. PRÉLOT, *s.v.* « France, Hétérogénéité du régime des cultes », in F. MESSNER, *Droit des religions : dictionnaire, op. cit.*, p. 355.

régie par une ordonnance prise sous Charles X le 27 août 1828<sup>724</sup>, donnant à la seule Église catholique le statut de culte reconnu<sup>725</sup>.

L'hétérogénéité du système français en la matière a pu faire débat. Le Conseil d'État<sup>726</sup> a cependant estimé, dans un arrêt du 6 avril 2001<sup>727</sup>, « que le principe constitutionnel de laïcité (...) n'avait pas pour effet d'abroger implicitement la législation locale dont le maintien en vigueur procède de la volonté du législateur »<sup>728</sup>.

Plus récemment, le Conseil constitutionnel, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité<sup>729</sup>, a rendu un arrêt en date du 21 février 2013 dans lequel il précise que « le régime local d'Alsace-Moselle est conforme à la Constitution du 4 octobre 1958 », de même que les « autres régimes particuliers français applicables aux cultes en ces collectivités d'outre-mer »<sup>730</sup>. Non-univocité, d'accord, mais validité constitutionnelle certaine.

**291.** La notion de laïcité « à la française » reste à ce jour parfois difficile à appréhender. À défaut de définition claire et précise (bien que, dans l'arrêt mentionné dans le paragraphe précédent, le Conseil constitutionnel précise que du principe de laïcité résulte « la neutralité de l'État »<sup>731</sup>), il n'en demeure pas moins que depuis 1946, elle a acquis valeur constitutionnelle, *via* le Préambule de la Constitution de 1946<sup>732</sup> et son article premier. La consécration est réitérée en 1958, l'article premier de la Constitution de la V<sup>e</sup> République reprenant celui de 1946<sup>733</sup> : « La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale ».

On réduit souvent le système laïc à sa non-reconnaissance des cultes, du fait, en particulier de l'article 2 de la loi 1905. Il est vrai que l'État français n'entend pas

---

<sup>724</sup> *Ibid.*, p. 359.

<sup>725</sup> Ordonnance du Roi concernant le gouvernement de la Guyane française (27 août 1828).

<sup>726</sup> Sur les interventions du Conseil d'État en matière de laïcité : E. TAWIL, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse : le Conseil d'État et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

<sup>727</sup> CE 8/3 SSR, du 6 avril 2001, n° 219379 221699 221700, publié au recueil Lebon.

<sup>728</sup> P.-H. PRÉLOT, *s.v.* « France, Hétérogénéité du régime des cultes », in F. MESSNER, *Droit des religions : dictionnaire, op. cit.*, p. 355.

<sup>729</sup> Cons. const., décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité (traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle)*. Source : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2012297QPC.htm>

<sup>730</sup> J.-P. DURAND, « Chronique de droit français des religions - Principe constitutionnel de laïcité et Conseil constitutionnel en 2013 », *AC*, 54, 2012, p. 429.

<sup>731</sup> Cons. const., décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité (traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle)*, § 5.

<sup>732</sup> Constitution du 4 octobre 1958, JORF du 5 octobre 1958.

<sup>733</sup> Constitution de la République française, JORF du 28 octobre 1946.

subventionner les religions, qui doivent donc s'organiser en associations, culturelles<sup>734</sup> (loi 1905, Titre IV), diocésaines (*modus vivendi* des années 1921-1924) ou de droit privé<sup>735</sup> (loi 1<sup>er</sup> juillet 1901<sup>736</sup>), voire en SNC, SCI, fondations, etc.<sup>737</sup>, afin de réguler et de financer leurs organisations.

Pour autant, ce même État prévoit de nombreuses dérogations à ce principe de non-financement des cultes, qu'il s'agisse des aumôneries ou des bâtiments religieux.

En outre, loin d'ignorer le phénomène religieux, la loi de 1905 « assure la liberté » fondamentale « de conscience »<sup>738</sup>. Cela implique pour tout un chacun la possibilité de croire ou de ne pas croire, y compris de changer de religion, la seule limite étant le respect de l'ordre public<sup>739</sup>. Cela peut également impliquer pour l'État d'avoir à négocier avec des organisations religieuses. C'est pourquoi le gouvernement français compte parmi ses membres un Conseiller pour les Affaires religieuses auprès du ministre des Affaires étrangères : ce dernier peut « faire valoir ses objections au point de vue politique »<sup>740</sup> face à un candidat que Rome souhaiterait nommer en France. Le Conseiller intervient également lorsque religions et autorités étrangères entretiennent des relations croisées. En outre, un Bureau des cultes rattaché au ministère de l'Intérieur est « chargé des relations avec les autorités représentatives des religions présentes en France »<sup>741</sup>. Ces deux instances, créées au lendemain de la Première Guerre mondiale, continuent de se développer, en renforçant toujours plus le dialogue État-religions.

**292.** La France, pays laïc, donc, d'une neutralité prudente, mais respectueuse de la liberté d'opinion, de religion, de conscience.

---

<sup>734</sup> Ce type d'associations doit avoir « pour objet exclusif l'exercice d'un culte », à l'exclusion de toute autre activité.

<sup>735</sup> À but non-lucratif, ce type d'associations ordinaires peut prendre diverses formes : non-déclarées, déclarées, reconnues d'utilité publique.

<sup>736</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association, JORF du 2 juillet 1901.

<sup>737</sup> P.-H. PRÉLOT, s.v. « France, Hétérogénéité du régime des cultes », in F. MESSNER, *Droit des religions : dictionnaire, op. cit.*, p. 356.

<sup>738</sup> Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, JORF du 11 décembre 1905, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>739</sup> Article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; article 1<sup>er</sup> de la loi de Séparation des Églises et de l'État de 1905 ; article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 ; article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; article 3 de la Charte de la laïcité à l'école du 12 septembre 2013.

<sup>740</sup> B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Les processus de négociations entre les pouvoirs publics en France », in R. PUZA & N. DOE (dir.), *Religion and law in dialogue, op. cit.*, p. 50.

<sup>741</sup> Site du gouvernement : <https://www.interieur.gouv.fr/Archives/Archives-des-actualites/2016-Actualites/Le-ministere-de-l-Interieur-ministere-des-cultes>

## C/ L'Italie

**293.** Nous avons conclu la partie consacrée aux « *Laïcités* » sur les accords du Latran, en soulignant l'adoption du régime concordataire par le royaume italien en 1929<sup>742</sup>, sa prorogation en 1948<sup>743</sup> puis sa réforme en 1984<sup>744</sup>. Nous avons cependant précisé que, depuis la décision n° 203 du Conseil constitutionnel italien<sup>745</sup>, la laïcité a été érigée en principe suprême du système constitutionnel italien.

Définir l'État italien comme un État laïc ne fait cependant pas l'unanimité dans la péninsule. Ainsi, remarque Monsieur Silvio Ferrari, l'État « ne peut pas être défini comme laïc mais pluriconfessionnel parce que son caractère dominant est l'extension à un certain nombre de confessions religieuses de la protection qu'il offrait à la seule Église catholique pendant le fascisme »<sup>746</sup>. Il y voit là l'établissement d'un « système néo-juridictionnaliste », c'est-à-dire d'un « régime de diversité contrôlée qui garantit la prédominance de l'Église catholique, confirme les droits acquis par les confessions minoritaires plus anciennes et répond aux besoins de survie des cultes plus récents »<sup>747</sup>.

En conséquence, précise Monsieur Alessandro Ferrari, « la laïcité italienne a conclu 1) que la religion ne peut être considérée comme une affaire purement privée ; 2) que les rapports bilatéraux entre État et religions ne sont pas par eux-mêmes, comme on a tendance à le croire en France, forcément révélateurs d'un péché à cacher, à dissimuler, mais sont la conséquence logique et manifeste de la distinction entre État et confessions d'une part, de la difficulté à séparer religion et culture d'autre part. C'est pour cette raison que l'objectif de cette laïcité italienne n'est pas la séparation mais la gestion du « pluralisme religieux et culturel » »<sup>748</sup>.

Si le terme « laïcité » pose outre-Alpes également un problème d'interprétation, il n'en demeure pas moins que c'est bien ce mot qui est aujourd'hui utilisé par tous, que ce soit par un Président de la République italienne, à l'instar de Monsieur Carlo Azeglio

---

<sup>742</sup> L. 27 maggio 1929, n° 810 – *Esecuzione dei quattro allegati annessi e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede et l'Italia, l'11 febbraio 1929, G.U. 5 giugno 1929, n° 130.*

<sup>743</sup> *Costituzione del 1948.*

<sup>744</sup> L. 25 marzo 1985, n° 121 – *Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede, G.U. del 10 aprile 1985 n° 85.*

<sup>745</sup> Corte cost., 11-12 aprile 1989, n° 203, *Quaderni dir. pol. eccles.*, 1, 1990, p. 193-205; *FI*, 1989, I, p. 1333.

<sup>746</sup> S. FERRARI, « L'Italie », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. MESSNER, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne, op. cit.*, p. 147.

<sup>747</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>748</sup> A. FERRARI, « Laïcité et multiculturalisme à l'italienne », *loc. cit.*, p. 26.

Ciampi, lors du discours en date du 24 juin 2005 qu'il adresse au pape Benoît XVI (« *la laicità della Repubblica italiana* »<sup>749</sup>) ou par un pape, comme le fit Pie XII dans son discours du 23 mars 1958, évoquant une « saine et légitime laïcité de l'État »<sup>750</sup>.

**294.** La laïcité italienne n'est donc pas un simple calque de sa cousine française : elle ne s'est pas construite sur l'hostilité des pouvoirs publics vis-à-vis de la religion ; elle implique un État neutre, « équidistant et impartial »<sup>751</sup>, ce qui signifie qu'il n'est plus catholique et qu'une religion ne saurait être considérée comme « majoritaire »<sup>752</sup> ; pour autant, un traitement diversifié est possible entre les diverses croyances, pourvu qu'il soit prévu par la loi<sup>753</sup>.

« Même consonance, mais non même résonance », comme le dit si bien Emile Poulat<sup>754</sup>.

**295.** En fin de compte, trois États, trois types de relations Églises-État : Église établie, régime de séparation, pays concordataire. Et officiellement, beaucoup de divergences avec pourtant de réelles similitudes, notamment en droit matrimonial.

---

<sup>749</sup> Source : [http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/fonti/documents/rc\\_seg-st\\_20050624\\_presidente-italia\\_it.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/fonti/documents/rc_seg-st_20050624_presidente-italia_it.html)

<sup>750</sup> PIE XII, « Allocution à la colonie des Marches à Rome », 23 mars 1958 », *La Documentation catholique* n° 1275, 13 avril 1958, col. 456.

<sup>751</sup> M. VENTURA, « Funerali o battesimo della laicità ? Una nuova politica religiosa italiana ed europea », in R. DE VITA, F. BERTI e L. NASI, *Democrazia, laicità e società multireligiosa*, Milano, Franco Angeli, 2005, p. 80-81.

<sup>752</sup> *Ibid.*

<sup>753</sup> *Ibid.*

<sup>754</sup> E. POULAT, « Laïcité : de quoi parlons-nous ? », *Transversalités*, 108, 2008, p. 13.



## TITRE II : UNE SIMILAIRE DOMINATION DE L'ÉTAT SUR L'ÉGLISE : L'AVÈNEMENT D'UN DROIT CIVIL DES COUPLES

296. L'Angleterre, la France et l'Italie ont donc adopté, à la suite d'un long processus historique, des principes différents pour réglementer les relations qu'elles souhaitent entretenir avec les Églises, sous forme d'Église établie, de régime de séparation, de concordats-ententes.

D'une manière ou d'une autre, ces régimes sont tous assez exceptionnels : le régime anglican ne se revendique pas *stricto sensu* Église d'État<sup>755</sup>; le modèle italien, pour concordataire qu'il soit, se dit laïc, deux termes rarement associés ; la France a la réputation de reléguer le fait religieux à la sphère privée mais a su évoluer d'une laïcité de combat<sup>756</sup> à une laïcité moins conflictuelle, plus respectueuse, intégrant, certes à sa façon, le phénomène religieux<sup>757</sup>.

297. Ces évolutions institutionnelles se sont évidemment répercutées au niveau du droit des couples, qui a pris un visage fort différent de celui qu'il arborait au XVI<sup>e</sup> siècle.

L'institution du mariage est ainsi non seulement passée insensiblement du registre « sacrement religieux » à celui de « formalité administrative », mais elle s'est également ouverte à d'autres formes d'unions conjugales, telles que les partenariats enregistrés et le mariage pour tous, afin d'inclure tous les genres, phénomène inenvisageable il y a seulement quelques décennies.

En outre, il est désormais possible de mettre un terme à une union civile et donc d'envisager une nouvelle vie à la suite, non plus d'une nullité ou du décès du conjoint, mais d'un divorce, également dûment reconnu au civil.

---

<sup>755</sup> À l'instar du Danemark, pays n'entrant pas dans notre champ d'étude.

<sup>756</sup> Voir antichrétienne : J. LALOUETTE, « Laïcité, anticléricalisme et antichristianisme », *Transversalités*, vol. 108, n° 4, 2008.

<sup>757</sup> A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale. Sulle radici «religiose» dello Stato «laico»*, op. cit., p. 178.

**298.** Les grandes religions, qu'elles soient dites « historiques », désignant par là les cultes catholique, protestant, juif et orthodoxe historiquement implantés en Europe, ou « récentes », visant cette fois les cultes musulman, hindouiste ou bouddhiste arrivés depuis peu en Europe (en tout état de cause au XX<sup>e</sup> siècle, bien que ces religions existent par elles-mêmes de longue date), ont dû s'adapter à ces nouvelles équations, ce qu'elles ont fait avec plus ou moins de facilité.

**299.** Dans tous les cas mais pour des raisons souvent différentes, le droit des couples des trois États affiche désormais un visage indéniablement civil, relativement similaire, bien que des différences, notables ou de détail, existent à tous les niveaux, attestant ainsi du bien-fondé de l'adage de Montaigne, « Par divers moyens on arrive à pareille fin »<sup>758</sup>.

Sans concertation apparente, ce nouveau droit des couples s'est construit en deux temps.

Les principes traditionnels de l'union et de la désunion du couple se sont vus, en une première étape, appropriés mais également interprétés par l'État (Chapitre 1), faisant du mariage, de la séparation de corps ou encore de la nullité des institutions désormais civiles, avec leurs caractéristiques propres.

Ces mêmes principes ont ensuite été totalement réinventés par l'Angleterre, la France et l'Italie (Chapitre 2), lors de l'introduction de concepts foncièrement antinomiques à la doctrine catholique, à savoir le divorce, les partenariats enregistrés et le récent mariage pour tous.

---

<sup>758</sup> M. de MONTAIGNE, *Essais, Livre I, chapitre premier*, Paris, Librairie Hatier, 1972.



## **Chapitre 1 : L'union et la désunion du couple réappropriées par l'État**

**300.** Pendant des siècles, le mariage religieux fut la seule façon de s'unir. En outre, seuls une séparation ou un recours en nullité du sacrement du mariage pouvaient espérer mettre un terme à une relation conjugale devenue indésirable.

À partir du moment où l'État laïcise le droit des couples, il se substitue à l'Église, principalement catholique, pour en faire une véritable institution civile.

Le mariage religieux devient civil-laïc-sécularisé, en tout état de cause désacralisé, ce qui induit de passer en mairie, nouvel espace de pouvoir, devant un représentant non pas de Dieu mais de l'État, afin que les parties, peut-être préalablement fiancées, déclarent leur volonté de s'engager.

Par la même occasion, l'État reprend les principes catholiques de fin de vie conjugale pour organiser soit la séparation de corps, soit l'action en nullité, non plus devant les tribunaux ecclésiastiques mais devant ses propres cours.

**301.** Il serait pour autant exagéré de parler de simple « copier-coller ». Si certains aspects du droit civil des couples anglais, français et italiens sont indéniablement fondés sur des racines communes, celles des Romains comme celles de l'Église catholique, les trois États ont veillé à insuffler des caractéristiques civilistes propres.

C'est donc à un travail tout en subtilité que s'est employé l'État : se réapproprier certaines institutions traditionnellement religieuses pour les transformer en des règles propres, parfaitement identifiables, supérieures (en France) ou à tout le moins égales (en Angleterre et en Italie) à la norme religieuse, tant en ce qui concerne l'union (Section 1) que la désunion (Section 2) du couple.

### **Section 1 : L'union civile**

**302.** Pendant des siècles, s'engager a signifié d'abord se fiancer puis se marier religieusement. Il en va aujourd'hui différemment. Les fiançailles, étape autrefois essentielle sur le chemin matrimonial, n'offre plus d'intérêt majeur au regard de notre droit civiliste, si ce n'est sous l'angle des *pre-nups* anglo-saxons novateurs (§1). Quant au mariage *stricto sensu*, les trois États se sont graduellement emparés de l'institution

religieuse pour en faire un instrument purement civil. Bien que les raisons historiques les ayant amenés à une telle appropriation soient diverses d'un pays à l'autre, bien que nos États ne conçoivent pas tous de manière similaire la nature juridique du mariage civil, ils ont élaboré un droit du mariage civil assez proche les uns des autres, tant sur le fond que sur la forme, du fait de la base commune romano-catholique en vigueur au cours des siècles précédents. Les différences s'avèrent peu nombreuses et de peu d'importance, en dehors de l'exigence de la primauté du mariage civil français (§2).

### § 1 : Les fiançailles

**303.** Les fiançailles peuvent sembler aujourd'hui désuètes. Elles ont pourtant été considérées pendant des siècles non seulement comme le symbole d'un engagement personnel, mais, au-delà, comme l'assurance d'une future union. En effet, le concept de fiançailles, conciliant usages francs et doctrine canonique romaine, véritablement développé au moment où s'instaure la théocratie royale, constituait la promesse d'un futur mariage et faisait l'objet d'une cérémonie au cours de laquelle les futurs époux s'échangeaient consentements et anneaux, voire cadeaux. Si dot il devait y avoir, ce qui était très souvent le cas, elle était versée à cette occasion. Un écrit était alors rédigé, en présence de témoins.

**304.** Le XX<sup>e</sup> siècle va venir nettement atténuer l'importance accordée jusque là aux fiançailles non seulement aux yeux des civilistes, mais également des théologiens catholiques. En effet, le *Codex Iuris Canonici*, rédigé en 1917, s'il insiste, comme par le passé, sur la nécessité d'un écrit signé par les deux futurs époux, ainsi que par le curé ou l'Ordinaire du lieu ou par deux témoins<sup>759</sup>, précise que le non-respect des fiançailles, qualifiées de « promesse de mariage, soit unilatérale, soit bilatérale »<sup>760</sup>, ne saurait donner lieu à une action pour exiger la célébration du mariage. Le seul droit potentiellement reconnu est celui d'une action en réparation de dommages, « pour autant qu'elle est due »<sup>761</sup>.

---

<sup>759</sup> CIC 1917, canon 1017, § 1.

<sup>760</sup> *Ibid.*

<sup>761</sup> *Ibid.*, canon 1017, § 3.

Si cette dernière précision est reprise à l'identique dans le canon 1062 du Code de 1983<sup>762</sup>, les conditions requises pour que la promesse de mariage soit reconnue valable (écrit, témoins, etc.) sont désormais supprimées.

Comme l'indique Monsieur Emmanuel Petit, « les promesses de mariage ne sont plus régies par le droit universel de l'Église »<sup>763</sup>.

**305.** Elles ne le sont pas tellement plus par les droits civils de l'Angleterre, la France et l'Italie, où se retrouve cette même idée que les fiançailles ne créent aucune obligation juridique et qu'elles peuvent être rompues à tout moment.

Les trois systèmes juridiques adoptent cependant, à leur manière, de nets tempéraments dans ce domaine.

Ainsi, les régimes français et italien voient dans les fiançailles l'expression d'une liberté, celle de s'engager comme celle de pouvoir rompre son engagement, sans que cette rupture engendre d'action en responsabilité. Le système juridique français estime cependant que les circonstances autour de la rupture peuvent, elles, être source de responsabilité, un point de vue que ne partage pas l'ordre juridique italien (A).

Le droit anglais se différencie de ses homologues latins en acceptant de placer les fiançailles sous l'angle de la responsabilité contractuelle à la condition essentielle qu'un accord préalable ait été émis en la matière. En conséquence, il faut, pour que des réparations puissent être envisagées en cas de rupture de fiançailles, un *pre-nuptial agreement*. À défaut, la liberté de s'engager comme celle de rompre est totale et n'engendre aucune responsabilité, tant en ce qui concerne la rupture que les circonstances de la rupture (B).

#### **A/ Les fiançailles au prisme du droit commun de la responsabilité**

**306.** On retrouve dans les systèmes juridiques français et italien une même conception des fiançailles, ou promesse de mariage en italien, qui privilégie la liberté, celle de s'engager d'abord mais aussi celle de rompre, sans que la responsabilité de la partie ayant pris l'initiative de la rupture soit engagée (1).

---

<sup>762</sup> CIC 1983, canon 1062, § 2.

<sup>763</sup> E. PETIT, *Pourquoi le droit canonique ?*, op. cit., p. 193.

Cependant, en cas de rupture, le droit de ces deux pays envisagent la même possibilité de rendre les cadeaux échangés entre fiancés, y compris la bague de fiançailles, le Code civil comme le *Codice civile* imposant la restitution de ce qui est alors considéré comme des donations.

Côté français, si la rupture en question engendre un ou des préjudices à la partie adverse subissant la rupture, les tribunaux peuvent décider d'accorder à cette dernière des dommages-intérêts afin de compenser, non pas la rupture elle-même, mais les circonstances autour de la rupture, au titre de la responsabilité civile extracontractuelle, une position que ne reprend pas la jurisprudence italienne (2).

### **1/ Une même liberté de rompre ses fiançailles**

**307.** Comme le souligne Monsieur Pierre Murat, les fiançailles ne peuvent être considérées, en droit français, comme un contrat, car elles sont « hors du commerce juridique »<sup>764</sup>. Ce n'est donc pas sur le terrain de la responsabilité contractuelle, mais bien sur celui de la responsabilité civile extracontractuelle que se placent les juges hexagonaux : rompre un engagement d'une telle nature ne saurait entraîner une quelconque responsabilité contractuelle de son auteur ni donner droit à réparation<sup>765</sup>.

De même, une clause pénale insérée dans une promesse de mariage afin d'en sanctionner l'inexécution serait considérée comme nulle<sup>766</sup>.

Il en va de la liberté de s'engager, quel que soit le domaine concerné, et de celle de revenir, à tout moment, sur son engagement.

**308.** L'État italien a adopté une ligne de réflexion relativement similaire, en insérant toutefois les principes édictés ci-dessus directement dans son propre Code civil<sup>767</sup>. Ainsi, l'article 79 du *Codice civile* précise que la promesse de mariage ne peut entraîner son exécution forcée ni exiger le respect de clauses sanctionnant l'inexécution, « *La promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo né ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento* »<sup>768</sup>, dispositions renforcées par les articles 1382 et 1385 du

---

<sup>764</sup> P. MURAT, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2016, p. 59.

<sup>765</sup> Cass. civ., 30 mai 1838, S. 1838.1.492, GAJC n° 27.

<sup>766</sup> Douai, 3 décembre 1853, DP 1855.2.133.

<sup>767</sup> R. D. 16 marzo 1942, n° 262 – *Approvazione del testo del Codice civile*, G.U. n° 79 del 4 aprile 1942.

<sup>768</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile 2.1 La famiglia*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 51-28.

même Code, dans le cas où une clause pénale ou des acomptes auraient été prévus et insérés dans la promesse de mariage<sup>769</sup>.

Le droit italien insiste donc également sur la liberté des parties, liberté devant être la plus ample possible jusqu'à la célébration du mariage lui-même.

Cette liberté n'est cependant pas totalement absolue, codes et tribunaux ayant établi un certain nombre de tempéraments, en cas de rupture de fiançailles.

## 2/ Potentielle source de compensation

**309.** Les Codes civils français et italien ont en effet tous deux prévu la possibilité de devoir restituer les cadeaux précédemment échangés, en cas de rupture des fiançailles.

L'article 1088 du Code civil français est très clair quant aux présents offerts entre fiancés : « Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas ». La victime de la rupture de fiançailles peut donc exiger la restitution des objets donnés à l'ex-fiancé(e), tout en rendant ceux reçus des mains de ce dernier<sup>770</sup>. Il est cependant fréquent que la bague de fiançailles soit conservée par la fiancée, en tant que présent d'usage<sup>771</sup>, à moins qu'il ne s'agisse d'un bijou de famille, auquel cas la jurisprudence<sup>772</sup> y voit un prêt à usage donnant lieu à restitution (en renvoyant alors à l'article 1875 du Code civil).

Même tonalité dans le *Codice civile* : l'article 80 envisage également la possibilité de restituer les cadeaux en cas de rupture de promesse de mariage, mais, légère précision, dans un délai d'un an à compter du refus de s'engager : « *Il promettente può domandare la restituzione dei doni fatti a causa della promessa di matrimonio, se questo non è stato contratto. La domanda non è proponibile dopo un anno dal giorno in cui s'è avvenuto il rifiuto di celebrare il matrimonio (...)* ». Si cette restitution s'avérait matériellement impossible, elle devrait alors prendre la forme d'une compensation financière correspondant à la valeur du cadeau en question<sup>773</sup>.

---

<sup>769</sup> G. BONILINI (dir.), *Trattato di diritto di famiglia volume I*, Torino, UTET giuridica, 2016, p. 134.

<sup>770</sup> P. MURAT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 63.

<sup>771</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1979, 78-13.346, *Bull. Civ.* 1961, n° 331.

<sup>772</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 1961, *Bull. Civ.* 1961, n° 326 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1983, 82-12.526, *Bull. civ.* 1983 n° 111 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 2007, n° 05-14-258, inédit.

<sup>773</sup> G. BONILINI (dir.), *Trattato di diritto di famiglia volume I, op. cit.*, p. 135.

**310.** Le droit italien ne va pas plus loin en matière de rupture de fiançailles et de compensation.

En revanche, selon une jurisprudence bien établie, le droit français permet d'évoquer les circonstances de la rupture de ces mêmes fiançailles et de les envisager comme une potentielle source de responsabilité.

En effet, « l'inexécution de semblables promesses (peut), dans certaines circonstances, donner lieu à des actions en dommages-intérêts, lorsque cette inexécution (a) causé un préjudice réel, parce que, dans ce cas, l'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage, mais dans le fait du préjudice causé et de l'obligation imposée par la loi, à celui qui en est l'auteur, de le réparer »<sup>774</sup>.

Ainsi, rompre ses fiançailles à la veille d'un mariage et jeter le discrédit sur la jeune fille sont constitutifs d'une faute entraînant un préjudice matériel et moral de nature à justifier des dommages-intérêts<sup>775</sup>. De même, disparaître une semaine avant le mariage, annuler les préparatifs sans en avertir la fiancée, faire attendre la promise et ses invités devant la mairie, sans donner d'explication, constituent également un abus de droit caractérisé<sup>776</sup>.

La jurisprudence française justifie donc bien son raisonnement sous l'angle du droit commun de la responsabilité civile et impose de réparer les préjudices causés à l'une des parties précédemment fiancées, lorsque les préjudices résultent de « la violation du devoir général de ne causer aucun dommage par son fait personnel »<sup>777</sup>.

## **B/ La spécificité contractualiste des fiançailles anglaises**

**311.** De prime abord, le droit anglais semble se rapprocher fortement de ses homologues français et italien, en particulier en ce qui concerne la qualification de l'engagement en question : en Angleterre comme ailleurs, les fiançailles ne sont pas considérées comme un contrat. Leur rupture ou les circonstances liées à la rupture n'engendrent en conséquence aucun droit à compensation (1).

---

<sup>774</sup> Cass. civ., 30 mai 1838, S. 1838.1.492, GAJC n° 27.

<sup>775</sup> Cass. civ. 2°, 22 octobre 1970, Gaz. Pal. 1971. I. Somm. 3.

<sup>776</sup> CA Rouen, 15 juin 2005, Juridiction-Data n° 2005-278689 ; CA Aix-en-Provence, 3 mars 2005, Juridiction-Data n° 2005-271242.

<sup>777</sup> R. GUILLIEN et J. VINCENT, s.v. « Responsabilité », *Lexique de termes juridiques*, op. cit., p. 402.

Cependant, le modèle anglais prévoit la possibilité d'introduire, de manière « *express* » ou « *implied* »<sup>778</sup>, des clauses stipulant le contraire. Initialement peu connu, le *prenuptial agreement* a progressivement acquis une réelle place dans l'institution matrimoniale anglaise, redonnant aux fiançailles un nouvel intérêt sous un angle très libéral (2).

### 1/ Une même approche de la responsabilité civile extracontractuelle

**312.** À l'instar de la France ou de l'Italie, une promesse de mariage faite en Angleterre ne saurait être considérée comme un contrat ; à ce titre, elle n'engendre aucun droit. Les termes du *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* de 1970<sup>779</sup> sont on ne peut plus clairs : « *An agreement between two persons to marry one another shall not under the law of England and Wales have effect as a contract giving rise to legal rights (...)* »<sup>780</sup>.

Ce même article précise en outre qu'en cas de rupture dudit accord, il ne saurait y avoir d'action en responsabilité portée devant les tribunaux : « (...) *no action shall lie in England and Wales for breach of such an agreement, whatever the law applicable to the agreement* »<sup>781</sup>.

Le préjudice né de la rupture des fiançailles anglaises n'ouvre pas davantage droit à réparation. En effet, le concept de « *breach of promise* », délit civil – *tort*, qui permettait à une jeune fiancée délaissée d'obtenir des dommages-intérêts en cas de rupture de promesse de mariage, réparation alors poétiquement qualifiée de « *heart balm* », a été aboli à l'occasion de la réforme de 1970<sup>782</sup>, suivant en cela les préconisations de la *Law Commission* établie en 1965<sup>783</sup> afin de moderniser le droit matrimonial anglais. Quant au fiancé délaissé avant comme après 1970, la réforme l'aura sans doute, sur ce point précis, laissé de marbre, étant donné qu'il n'a jamais été question pour l'homme de pouvoir arguer d'un quelconque droit en cas de « *breach of promise* ».

**313.** Sur la qualification non-contractuelle des fiançailles et le refus de compenser la rupture desdites fiançailles, le modèle anglais s'avère donc très proche de ses équivalents

---

<sup>778</sup> *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* de 1970, S. 3.2.

<sup>779</sup> *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* de 1970.

<sup>780</sup> *Ibid.*, S. 1.1.

<sup>781</sup> *Ibid.*

<sup>782</sup> *Ibid.*

<sup>783</sup> *Law com. – Reform on the grounds of divorce in the field of choice.*

français et italien. Il l'est encore davantage de ce dernier, dans la mesure où, côté anglais comme italien, on se refuse à indemniser les circonstances mêmes de la rupture.

Mais là s'arrête les similitudes, car une différence de taille intervient à ce niveau : il est en effet possible de contourner ces diverses interdictions en anticipant les choses autrement.

## 2/ Pouvant être écartée en cas de termes « *express* » ou « *implied* »

**314.** L'exemple de la bague de fiançailles est à ce propos révélateur. Selon le *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* de 1970, elle n'a pas en règle générale à être restituée car elle est présumée être un « *absolute gift* »<sup>784</sup>.

Cependant, l'article précise que la présomption peut être renversée s'il est prouvé qu'il a bien été prévu, de manière « *express* » ou « *implied* »<sup>785</sup>, que la bague soit rendue dans le cas où le mariage ne serait pas conclu.

**315.** C'est donc à ce niveau-là qu'intervient la grande différence entre les deux régimes méridionaux et celui plus septentrional : bien que le droit anglais ne reconnaisse pas aux fiançailles une nature contractuelle, bien qu'il n'accorde pas de possibilité d'indemnisation en cas de rupture d'une promesse de mariage ou de préjudice liée à la rupture, il est possible de revenir sur ces dispositions par l'intermédiaire de conditions expresses ou implicites, que l'on vise là la bague de fiançailles, les cadeaux échangés ou tout autre potentiel préjudice<sup>786</sup>.

Pendant longtemps, cela a signifié qu'une sorte de pacte soit établie entre les parties. Aujourd'hui, de manière relativement récente, cela sous-entend la plupart du temps qu'un *pre-nuptial agreement* ait été conclu avant les fiançailles. Cette notion de *pre-nups*, typique des pays anglo-saxons, n'a pas d'équivalent en droits français et italien et mérite que l'on s'y attarde (a), d'autant qu'un arrêt de 2010 lui a fait acquérir une force auparavant niée (b).

---

<sup>784</sup> *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* de 1970, S. 3.2.

<sup>785</sup> *Ibid.*

<sup>786</sup> *Ibid.*, S. 3.



a/ Le principe du *pre-nup*

**316.** Le *pre-nup*, ou *antenuptial agreement*, est un accord conclu entre les futurs époux, par définition avant leur union (que l'on parle de mariage ou de *civil partnership*) visant à organiser les finances du couple dans l'éventualité malheureuse d'une séparation, donc soit d'un divorce, soit d'une dissolution de *civil partnership*. Il ne saurait donc être comparé à un contrat de mariage réglant les rapports patrimoniaux d'un couple durant sa vie commune. Dans le cas d'un *pre-nup*, le divorce et ses conséquences sont seuls envisagés, non la répartition des biens ou les potentielles dettes d'un époux que son conjoint aurait à supporter au cours de l'union.

**317.** Pendant longtemps, ces accords, prévoyant un divorce avant même de se marier, étaient fermement rejetés, au nom de la *public policy*.

En 1995, le juge Thorpe qualifie ainsi ce type d'accord de « *ridiculous* » et rappelle que s'il peut avoir une quelconque importance « *in the society from which the parties come* » (les parties en présence ressortaient des lois allemande, suisse et américaines), il n'en va pas de même en Angleterre : « *The rights and responsibilities of those whose financial affairs are regulated by statute cannot be much influenced by contractual terms which were devised for the control and limitation of standards that are intended to be of universal application throughout our society* »<sup>787</sup>.

À partir des années 2000, l'unité anti *pre-nups* se fissure, certains tribunaux acceptant de les reconnaître<sup>788</sup> – dans la mesure où, en l'espèce, la femme avait parfaitement compris, lors de la signature du document, de quoi il ressortait, sans avoir subi aucune pression de qui que se soit - quand d'autres les excluent, au regard des faits allégués<sup>789</sup>.

En 2008, le *Privy Council*<sup>790</sup> se penche sur la question et retient que si les *post-nups* peuvent avoir force exécutoire, il en va autrement des *pre-nups*, contraires à toute *public policy*<sup>791</sup>.

---

<sup>787</sup> *F v F (Ancillary Relief: Substantial Assets)* [1995] 2 FLR, § 45 à 66.

<sup>788</sup> *K v K (Ancillary relief: prenuptial agreement)* [2003] 1 FLR 120.

<sup>789</sup> *J v V (Disclosure: Offshore Corporations)* [2004] 1 FLR 1042.

<sup>790</sup> Soit le comité judiciaire ayant juridiction pour tout appel final des Dépendances de la Couronne, des Territoires britanniques d'outre-mer et de certains pays du *Commonwealth*. En l'espèce, il s'agit ici d'un appel des tribunaux de l'île de Man.

<sup>791</sup> *MacLeod v MacLeod* [2008] UKPC 64.

Face à des réponses contradictoires, ôtant ainsi tout caractère stable au principe même de *precedent*, la Cour suprême se devait de réagir et de prendre position, ce qu'elle fait avec l'arrêt historique de 2010, opposant les époux Radmacher - Granatino<sup>792</sup>. Au nom du principe de l'autonomie des parties, de l'éradication de tout paternalisme et de la prévention de conflits inutiles en cas de rupture du mariage<sup>793</sup>, la Cour suprême retient qu'il appartient aux parties de décider du sort de leurs biens, tout en se gardant la possibilité d'intervenir si cette répartition ne semble pas juste.

b/ L'arrêt *Radmacher* et ses conséquences

**318.** La décision de la Cour suprême a le mérite de poser quatre principes fondamentaux en matière de *pre-nups* (i). Elle soulève néanmoins certaines autres difficultés (ii).

*i. Principes fondamentaux posés*

**319. Les faits.** - Nicolas Granatino, banquier d'affaires français, et Katrin Radmacher, héritière allemande à la tête de cent six millions de livres sterling, signent en 1998, avant de se marier, un *prenuptial agreement* à Londres. En 2003, le mariage commence à battre de l'aile et le couple finit par divorcer en 2006. Entre temps, Nicolas Granatino a abandonné son poste de banquier de la *City* à trente mille livres l'année, pour devenir chercheur en biotechnologie à l'université d'Oxford. Lors de la procédure du divorce et afin de récuser l'exécution du *pre-nup*, il soutient que, lors de la signature dudit document pré-nuptial, il n'avait pas compris l'importance de la fortune de sa femme, qu'il n'avait pas reçu de conseil juridique en la matière et que le document, rédigé en allemand, ne lui avait pas été traduit.

**320. La procédure.** - Ses arguments sont retenus en première instance, le juge de la *High Court* octroyant à Monsieur Granatino cinq millions quatre-vingt-cinq mille livres à titre de pension alimentaire et excluant l'application du *nuptial agreement*.

---

<sup>792</sup> *Radmacher (formely Granatino) v Granatino* [2010] UKSC 42.

<sup>793</sup> A. BARLOW & J. SMITHSON, "Is modern marriage a bargain? Exploring perceptions of pre-nuptial agreements in England and Wales", *CFLQ*, 24, 2012, p. 305.

La somme est cependant fortement revue à la baisse en appel, l'ancien mari se voyant alors allouer « seulement » un million de livres, ainsi que la maison familiale estimée à deux millions et demi de livres, le temps que la dernière des filles du couple atteigne l'âge de vingt-deux ans (elle n'a alors que sept ans). Les dettes de Monsieur Granatino, s'élevant à sept cent mille livres, sont payées par Mme Radmacher.

Nouvel appel<sup>794</sup> et cette fois, la *Supreme Court* établit un nouveau *precedent*, en reconnaissant la validité des *pre-nups* et en les rendant exécutoires, certes sous conditions : « *The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement.* »<sup>795</sup>.

**321. Principes clés.** - Désormais, et en l'absence de toute législation contraire, quatre principes clés seront scrupuleusement observés en matière de *pre-nups* :

1) les tribunaux sont dorénavant invités à accueillir favorablement ce type d'accord même s'il s'agit là d'une présomption pouvant être renversée, les juges gardant dans ce domaine un large pouvoir d'appréciation ;

2) un *pre-nup* ne peut en aucun cas exclure la juridiction d'un tribunal civil ;

3) la substance d'un tel accord doit être « *fair* » ;

4) les circonstances de la conclusion de l'accord peuvent affecter l'efficacité et la validité de l'accord, en particulier en cas de contrainte – *duress*, de fraude – *fraud*, de dol – *misrepresentation*.

#### *ii. Conséquences engendrées*

**322.** Des voix discordantes se sont fait entendre à la suite de l'intervention de la Cour suprême : que faut-il en effet entendre par un « accord *fair* » ? Le pouvoir d'appréciation des juges est-il vraiment si large ? N'aurait-il pas fallu en fin de compte que cette décision de rendre le *pre-nup* exécutoire soit davantage législative que judiciaire ?

**323. Notion de *fairness*.** – L'arrêt Radmacher ne précise pas ce qu'il faut entendre par *fair*.

---

<sup>794</sup> Il n'y a pas en droit anglais de différence entre un appel et un pourvoi en cassation, le principe étant que la procédure d'appel, à n'importe quel niveau, n'est jamais un « *automatic right* ».

<sup>795</sup> *Radmacher (formerly Granatino) v Granatino* [2010] UKSC 42, § 75.

Il faudra attendre 2014 et un nouvel arrêt<sup>796</sup> pour que la situation soit clarifiée par le juge Holman, qui rappelle quelques points devant pouvoir servir d'orientation générale :

- i) *A nuptial agreement cannot be allowed to prejudice the reasonable requirements of any children;*
- ii) *Respect for autonomy, including a decision as to the manner in which their financial affairs should be regulated, may be particularly relevant where the agreement addresses the existing circumstances and not merely the contingencies of an uncertain future;*
- iii) *There is nothing inherently unfair in an agreement making provision dealing with existing non-marital property including anticipated future receipts, and there may be good objective justifications for it, such as obligations towards family members;*
- iv) *The longer the marriage has lasted the more likely it is that events have rendered what might have seemed fair at the time of the making of the agreement unfair now, particularly if the position is not as envisaged;*
- v) *It is unlikely to be fair that one party is left in a predicament of real need while the other has 'a sufficiency or more';*
- vi) *Where each party is able to meet his or her needs, fairness may well not require a departure from the agreement.*

C'est donc l'intérêt de l'enfant qui prime sur tout accord et arrive en première position des potentielles restrictions en faveur de la reconnaissance des accords pré ou postnuptiaux (i). Le juge poursuit ses conseils quant à un *fair agreement* en citant le principe de l'autonomie des parties, principe devant être respecté dès lors qu'il s'agit de gérer un patrimoine existant (ii), pour ensuite préciser qu'il y a rien d'*unfair* à anticiper de futures recettes (iii). Le juge revient également sur la durée du mariage et souligne que des circonstances vues à une époque comme *fair* peuvent être considérées, des années plus tard, comme *unfair* et induire un changement de cap, soit le non-respect de l'accord nuptial (iv). Enfin, le juge rappelle que si l'un des époux se trouve démuné et l'autre pas, il peut être *a priori* injuste de respecter l'accord (v), tandis que si les deux parties peuvent subvenir à leurs besoins, la notion de *fairness* peut imposer de respecter l'accord en question (vi).

---

<sup>796</sup> *Luckwell v Limata* [2014] EWHC 502 (Fam), § 129 à 132.

**324. Discretion des juges.** – L’autre grande difficulté soulevée par ces arrêts porte sur la notion de *discretion* qu’ont les juges en l’espèce. C’est pourquoi Lady Hale, *dissenting judge* lors de l’arrêt Radmacher, réclamait une intervention parlementaire, afin de clarifier la situation.

Il n’y a pas plus de précision à ce jour sur ce point précis. Cela dit, une *Law Commission* recommandait, dans son rapport de février 2014 intitulé *Matrimonial Property, Needs and Agreements*<sup>797</sup>, l’édiction de quelques règles simples, avec intervention, en particulier, des *solicitors*<sup>798</sup>, non seulement afin qu’ils puissent établir des *deeds*<sup>799</sup> clairs mais qu’ils fournissent également des conseils juridiques et des informations relatives à la situation financière de chaque partie.

De manière intéressante, le rapport établissait qu’un contrat nuptial ne devrait pas être signé dans les vingt-huit jours précédant la célébration du mariage ou du *civil partnership*, pour éviter toute précipitation.

« *The agreement must be contractually valid (and able to withstand challenge on the basis of undue influence or misrepresentation, for example).*

*The agreement must have been made by deed and must contain a statement signed by both parties that he or she understands that the agreement is a qualifying nuptial agreement that will partially remove the court’s discretion to make financial orders.*

*The agreement must not have been made within the 28 days immediately before the wedding or the celebration of civil partnership.*

*Both parties to the agreement must have received, at the time of the making of the agreement, disclosure of material information about the other party’s financial situation.*

*Both parties must have received legal advice at the time that the agreement was formed* »<sup>800</sup>.

À ce jour, cette partie du rapport est restée lettre morte.

**325. Dissenting opinion.** – La position de Lady Hale, dans sa *dissenting opinion*, regrettant que le *pre-nup* ne fasse pas l’objet d’une réforme parlementaire, a semblé être partiellement entendue quand la *Law Commission* mentionnée ci-dessus a suggéré l’introduction, entre autres choses, de « *qualifying nuptial agreements* », c’est-à-dire de contrats ayant force de loi et permettant à tout couple de conclure des arrangements

---

<sup>797</sup> *Law Com. n° 343, Marital Property, Needs and Agreements, 26 February 2014.*

<sup>798</sup> Plus ou moins équivalents aux notaires français.

<sup>799</sup> Par définition, signés devant *solicitor* ou *public notary*.

<sup>800</sup> *Law Com. n° 343, Marital Property, Needs and Agreements, 26 February 2014, 1.35.*

financiers en cas de divorce (c'est-à-dire de fin de mariage) ou de dissolution (c'est-à-dire de fin de *civil partnership*).

Cette recommandation a en effet été retenue en janvier 2017 par le gouvernement, mais n'a cependant pas, à ce jour, abouti.

**326.** Un temps réservé aux stars américaines<sup>801</sup>, les *pre / post-nups* sont bien entrés dans la réalité anglaise moderne. Un sondage effectué à la demande du gouvernement britannique en août 2019<sup>802</sup> révèle ainsi que 42% des femmes interrogées, âgées de dix-huit à vingt-quatre ans, se prononcent en faveur d'un *pre-nup* avant toute union, contre 36% des hommes du même âge, afin d'anticiper, en cas de séparation, la répartition des biens mais également les éventuels dédommagements en cas de trahison de l'un ou l'autre des conjoints – partenaires. En outre, le sondage souligne qu'un tel accord permettrait de décider, avant tout conflit, à qui reviendraient les *pets*.

Aux futurs époux anglais de désormais inscrire dans leur accord pré-nuptial la possibilité d'indemniser (ou non) une quelconque rupture de promesse de mariage et le préjudice qui en naîtrait. À défaut, c'est le droit commun qui s'appliquera et exclura en conséquence toute indemnisation<sup>803</sup>.

**327. Conclusion § 1.** – Les fiançailles ne sont plus dans l'air du temps, y compris celui de la sphère juridique. Il n'y a guère qu'en Angleterre qu'elles gardent potentiellement quelque attrait, de manière à la fois pragmatique et paradoxale, la période précédant le mariage correspondant à la signature du *pre-nup* qui envisage la fin de la relation.

---

<sup>801</sup> Pour n'en citer que quelques unes : Marc Zuckerberg et Priscilla Chan, Jay-Z et Beyoncé, Michael Douglas et Catherine Zeta-Jones, Tom Cruise et Katie Holmes, sans oublier Kim Kardashian et Kanye West. V. à ce propos D. A. SALTER, *International pre-nuptial and post-nuptial agreements*, Bristol, Family Law, 2011. Sur les *sunset clause marriages*, acceptés aux États-Unis, plus difficilement en Angleterre : R. H. GEORGE, *Ideas and debates in family law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 81.

<sup>802</sup> *Research commissioned by Stephenson Solicitors LLP and conducted by YouGov. All figures, unless otherwise stated, are from YouGov Plc. Total sample size was 2,064 adults, of which 136 were aged 18-24 (85 were women, 51 were men). Fieldwork was undertaken between 1st - 2nd August 2019. The survey was carried out online. The figures have been weighted and are representative of all UK adults (aged 18+).* Cf. également [http://cdn.yougov.com/cumulus\\_uploads/document/mkzfedb3k0/YG-Archive-140306-Pre-Nup.pdf](http://cdn.yougov.com/cumulus_uploads/document/mkzfedb3k0/YG-Archive-140306-Pre-Nup.pdf)

<sup>803</sup> Il est également possible de conclure un *postnuptial agreement*, l'optique étant toujours la même, envisager la fin du mariage sous son angle financier. La différence avec son proche homologue est que, par définition, il est conclu après le mariage. Si mariage il y a eu, il n'y a aucun sens à l'évoquer dans un chapitre consacré à la rupture d'une promesse précédant le mariage.

## § 2 : Du mariage civil

**328.** La décision de détacher le sacrement religieux de l'acte civil n'est pas récente ; elle remonte en effet à 1653, avec le *Marriage Act*<sup>804</sup> d'Olivier Cromwell. La parenthèse fut certes brève puisque dès 1660, Charles II rétablissait le *Book of Common Prayer*, ce qui induisait le rétablissement du mariage religieux. Ces sept années d'expérimentation civile constituèrent cependant un véritable tournant dans la législation matrimoniale et la preuve qu'il était possible de s'unir sans avoir recours à une quelconque organisation religieuse.

Certainement trop en avance sur son temps, la formule civile est vite abolie, pour ne réapparaître en Angleterre qu'en 1836, par l'intermédiaire d'un nouveau *Marriage Act*<sup>805</sup>. Mais, et de manière fondamentale, elle a fait entre temps des émules en France (1791-92) et, par ricochet, en Italie (1795-1815 ; 1866), pour des raisons toutefois historiquement différentes (A). L'avènement du mariage civil va susciter de nombreux débats doctrinaux, dont l'un porte sur la nature juridique à attribuer à cette nouvelle norme. Si la thèse contractualiste l'emporta en France, l'Italie et l'Angleterre ont choisi de rester plus neutres en la matière (B). Malgré ces raisons historiques différentes et ces divergences doctrinales, le mariage civil tel qu'implanté dans les trois pays s'avère très proche (C), bien que l'attention accordée par la France à l'antériorité du mariage civil lui confère, sur ce point, une place à part (D).

### A/ Un parcours historique différent

**329.** Les raisons ayant poussé les trois pays à adopter le mariage civil sont toutes différentes : la France l'a introduit au nom des droits de l'homme (1) ; l'Angleterre pour résoudre, de manière pragmatique, les affres d'une loi mal faite tout en préservant la place de l'Église anglicane (2) ; l'Italie, pour réaliser son unité dans son intégralité (3).

### 1/ Le mariage civil et les droits de l'homme français

**330. Édité de Nantes.** - En France, divers éléments expliquent l'évolution civiliste du mariage, en lien, principalement, avec la naissance de la religion réformée.

---

<sup>804</sup> *Marriage Act* de 1653.

<sup>805</sup> *Marriage Act* de 1836.

Si l'édit de Nantes<sup>806</sup>, promulgué en 1598 et signé par Henri IV, avait non seulement apaisé les tensions entre les deux religions dominantes de l'époque, il avait également permis de résoudre l'épineux problème du mariage non catholique.

Certes, l'article 23 de l'édit précisait que « Ceux de ladite religion prétendue réformée seront tenus garder les lois de l'Église catholique, apostolique et romaine, reçues en notre cestui royaume pour le fait des mariages contractés et à contracter ès degrés de consanguinité et affinité ».

Mais, et c'est là une très grande nouveauté, ils ne pouvaient ni « être enquis, vexés, molestés ni astreints à faire chose pour le fait de la religion contre leur conscience »<sup>807</sup> ni « être contraints assister à aucunes cérémonies contraires à leur dite religion »<sup>808</sup>. En outre, en matière de serment, ils ne pouvaient être « tenus d'en faire d'autre que de lever la main, jurer et promettre à Dieu qu'ils diront la vérité »<sup>809</sup>.

Le mariage protestant est reconnu, selon les principes gouvernant ce nouveau culte.

**331. Révocation de l'édit de Nantes.** - La révocation de l'édit de Nantes, en 1685<sup>810</sup>, met fin à cette coexistence religieuse, inédite pour l'époque, et place à nouveau la question du mariage sur les devants de la scène.

Les protestants n'ont officiellement plus d'autre choix que de s'unir devant un ministre du culte catholique, ce que nombre d'entre eux refusent, préférant opter pour un mariage « au Désert », union alors effectivement célébrée devant un pasteur mais dénuée de tout effet civil, avec toutes les conséquences que cela peut engendrer pour eux-mêmes et leurs enfants à venir<sup>811</sup>.

**332. Édit de Versailles.** - Cette situation est difficile à maintenir, et ce avant même que ne sonne l'heure de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

En 1787, par l'édit de Versailles<sup>812</sup>, dit de Tolérance, Louis XVI autorise les mariages non-catholiques (c'est-à-dire pour les protestants et les juifs) à être célébrés soit

---

<sup>806</sup> Édit de Nantes du 13 avril 1598. Texte complet : [http://huguenotsweb.free.fr/histoire/edit\\_nantes.htm](http://huguenotsweb.free.fr/histoire/edit_nantes.htm)

<sup>807</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>808</sup> *Ibid.*, art. 24.

<sup>809</sup> *Ibid.*

<sup>810</sup> Édit de Fontainebleau du 17 octobre 1685.

<sup>811</sup> I. THÉRY, « Mariage religieux et mariage civil : les christianismes et la laïcité », in M. GROSS, S. MATHIEU, S. NIZARD *et a.*, *Sacrées familles ! Changements familiaux, changements religieux*, Toulouse, Érès, 2011, p. 196.

<sup>812</sup> Édit de Versailles du 29 novembre 1787, dit de Tolérance. Texte complet de l'édit de Versailles : <http://huguenotsweb.free.fr/histoire/edit1787.htm>



devant un juge, soit devant un prêtre catholique devant alors agir « comme officier d'état civil ».

L'article II de l'édit proclame ainsi : « Pourront en conséquences, ceux de nos sujets ou étrangers domiciliés dans notre royaume qui ne seraient pas de la religion catholique, y contracter des mariages dans la forme qui sera ci après prescrite ; voulons que lesdits mariages puissent avoir dans l'ordre civil, à l'égard de ceux qui les auront contractés dans ladite forme, et de leurs enfants, les mêmes effets que ceux qui seront contractés et célébrés dans la forme ordinaire par nos sujets catholiques »<sup>813</sup>.

Les protestants et autres non-catholiques n'ont plus à se cacher, sans pour autant que l'on puisse parler de réelle législation pluraliste, ce qui aurait été le cas si les mariages protestants s'étaient vus reconnaître des effets civils, à l'instar des unions catholiques<sup>814</sup>.

**333. La Révolution.** - La Révolution va plus loin encore : portée par des idéaux de liberté et d'égalité, elle tient à offrir la même chance à tous les citoyens en termes de droits et devoirs politiques, économiques, sociaux mais aussi religieux. Elle fait alors sienne les thèses avancées dès le XVII<sup>e</sup> siècle sur la nature civile, et non religieuse, du mariage, vu comme un contrat et non comme un sacrement.

À ce titre, elle impose le seul mariage civil (article 7 de la Constitution 1791<sup>815</sup>, renforcé par la loi du 20 septembre 1792<sup>816</sup>), confie la gestion de l'état civil à la seule administration publique (décret du 20 septembre 1792<sup>817</sup>) et opère un tournant majeur vis-à-vis du mariage religieux.

En dépit du choc ainsi provoqué et de la remise en cause profonde du mariage catholique dit sacramentel, le principe du mariage civil lui-même ne sera jamais remis en question, que la France soit dirigée par un empereur, un roi ou un président. Les bases, posées à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, sont donc toujours présentes.

---

<sup>813</sup> *Ibid.*, art. II.

<sup>814</sup> C. BAHUREL, « La priorité du mariage civil et l'Islam : pour un droit de la famille au service de l'unité nationale », *loc. cit.*, p. 859.

<sup>815</sup> Constitution de 1791.

<sup>816</sup> Loi du 20 septembre 1792 instaurant le mariage civil.

<sup>817</sup> Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens.

## 2/ Le mariage civil et le pragmatisme anglais

**334. Insuffisances législatives.** - L'Angleterre ne s'est en aucun cas jetée dans le débat du mariage civil pour des raisons liées au protestantisme ou à la défense des droits de l'homme. Devenue anglicane sous Henry VIII, position confirmée par sa fille Élisabeth 1<sup>re</sup>, elle n'a jamais réellement approuvé la parenthèse constituée par la République et s'est empressée de rétablir le mariage religieux dès la chute du *Commonwealth* en 1660.

Si elle opte finalement pour le mariage civil en 1836, c'est de manière très pragmatique, afin de remédier aux insuffisances du *Lord Hardwicke's Marriage Act* de 1753<sup>818</sup> et aux conséquences engendrées. Ce dernier entendait certes lutter contre les mariages clandestins mais avait « oublié » d'intégrer à son arsenal législatif deux éléments qui, avec l'usage, se sont avérés bien plus essentiels que prévus.

**335. Oubli territorial.** - Le premier « oubli » était d'ordre géographique puisque la loi de 1753 ne concernait que l'Angleterre : pour éviter de nouvelles procédures matrimoniales jugées par trop fastidieuses, l'habitude se développa de franchir le mur d'Hadrien et de procéder, sans consentement parental préalable ni autre forme de publicité, à une union rapide, à l'abri des regards. Le but premier de la loi, celui de lutter contre les mariages clandestins, était donc franchement raté.

Omettre d'inclure l'Écosse dans le dispositif législatif de l'époque était d'autant plus remarquable que le royaume celte était devenu grand breton en 1707, sans possibilité d'arguer d'un quelconque processus de *devolution*<sup>819</sup>, inconnu à l'époque.

**336. Oubli confessionnel.** - Le second « oubli » relevait de l'aspect confessionnel : la loi de 1753 ne concernait que les anglicans. Juifs et quakers, soumis au *Toleration Act* depuis 1689<sup>820</sup>, avaient le droit de contracter mariage dans leurs propres lieux de culte. Les autres, c'est-à-dire les catholiques et les *dissenters*, ce qui incluait les protestants sous toutes leurs diverses dénominations, étaient contraints de se marier selon le rite anglican.

Dans un premier temps, cette obligation se rajoutant à d'autres interdictions, la logique de l'ostracisme religieux bat son plein.

---

<sup>818</sup> *Clandestine Marriages Act* de 1753, plus connu sous le nom de *Lord Hardwicke's Marriage Act*.

<sup>819</sup> *Scotland Act* de 1998.

<sup>820</sup> *Toleration Act* de 1689.

**337. Mise en œuvre d'une nouvelle organisation.** - La situation devient cependant kafkaïenne à la suite de l'abolition<sup>821</sup>, en 1828, des *Test Acts*<sup>822</sup> et du *Corporations Act*<sup>823</sup> adoptés en 1661 contre les presbytériens, suivie, en 1829 par l'adoption du *Roman Catholic Relief Act*<sup>824</sup>, qui lève la plupart des interdits imposés aux catholiques romains.

L'exclusion confessionnelle et géographique de la loi sur le mariage adoptée en 1753 n'ayant plus aucun sens, c'est tout l'esprit de la loi qui doit être revu.

Pour autant, il n'est pas question de mettre sur un pied d'égalité anglicans et papistes. La nouvelle idée élaborée est donc la suivante : conserver au mariage anglican sa place prédominante ; maintenir le mariage juif et quaker à part ; étendre la notion de mariage religieux aux autres confessions en les soumettant à un certain nombre de conditions ; réintégrer le mariage civil et couper court à toute potentielle revendication religieuse. Cette réintégration du mariage civil dans le système juridique anglais *via* le *Marriage Act* de 1836<sup>825</sup> permet en conséquence de définitivement refermer la parenthèse des mariages clandestins sans entrer dans des débats religieux qui auraient pu mettre en péril le statut spécifique de l'Église anglicane.

La structure ainsi mise en place est toujours en l'état.

### **3/ Le mariage civil et l'unité matrimoniale italienne**

**338. Unité nationale, unité matrimoniale.** - Le mariage civil italien est, quant à lui, indéniablement lié à la naissance de la nation italienne, pour la première fois de son histoire unifiée.

C'est donc un autre processus qui a guidé la jeune nation vers la solution civiliste : celui de s'affirmer comme un État souverain, indépendant, régnant sur un territoire et une population déterminés, protecteur de ces derniers, libre d'impulser, en son sein, une certaine façon de penser et d'orienter son peuple à s'engager vers des réalités nouvelles.

Certes, le mariage civil avait déjà fait son apparition une première fois entre 1804 et 1815, quand la péninsule italienne était passée sous domination française<sup>826</sup>. Cinquante-et-

---

<sup>821</sup> *Sacramental Test Act* de 1828.

<sup>822</sup> *Test Acts* de 1661.

<sup>823</sup> *Corporations Act* de 1661.

<sup>824</sup> *Roman Catholic Relief Act* de 1829.

<sup>825</sup> *Marriage Act* de 1836.

<sup>826</sup> Le Code civil français entre en vigueur dans le Royaume d'Italie en 1806 mais il est appliqué dès 1804 dans le Piémont.

un ans plus tard, il est certain que l'influence française des Lumières, de Napoléon I<sup>er</sup> et de Napoléon III a marqué les esprits des rédacteurs du Code civil italien.

Il n'en demeure pas moins que la jeune nation aurait très bien pu opter pour un régime matrimonial différent. Or, c'est en tout état de cause qu'elle adopte le mariage civil comme seule forme d'union valide pour tous les citoyens le 1<sup>er</sup> janvier 1866, avec l'entrée en vigueur de son *Codice civile*<sup>827</sup>. Son principe est simple : la loi civile ne doit « prendre en considération que des citoyens », et non pas seulement « des croyants »<sup>828</sup>.

Si l'on retrouve ici l'influence fondamentale du modèle français en matière matrimoniale<sup>829</sup>, préconisant un mariage civil dépouillé de toute connotation religieuse et valable pour tous, il est déjà précisé à cette époque que l'on ne saurait « nullement toucher les croyances de la religion »<sup>830</sup>. Ce faisant, l'État ne privilégie aucune confession, ce qui lui permet d'« assurer une véritable liberté religieuse en matière de mariage »<sup>831</sup>.

L'adage de Cavour « *libera Chiesa in libero Stato* » prend une saveur particulière, en passant de la théorie à la pratique. Et la souveraineté étatique de l'Italie nouvellement unifiée, en sort indubitablement renforcée.

**339. Perte d'exclusivité.** - À la différence des systèmes matrimoniaux français et anglais, relativement pérennes depuis leur entrée en vigueur respective, le nouveau principe matrimonial italien, fraîchement accueilli au départ, surtout parmi les populations rurales, mais qui finit par se généraliser dans tout le royaume, connaît un tournant décisif en 1929 avec la signature des accords du Latran, qui introduisent à nouveau la possibilité d'un mariage religieux, avec effets civils, en parallèle du mariage civil.

Si ce dernier reste en place, il a donc perdu de son exclusivité, contrairement à son équivalent français, pour se rapprocher du modèle anglais, ce qui n'était sans doute pas dans l'esprit des pères fondateurs italiens de 1866.

Hormis ce détail qui n'en est pas un, le principe du mariage civil va rester stable, même avec l'introduction d'un nouveau Code civil en 1942 et d'une nouvelle Constitution en 1948.

---

<sup>827</sup> R.D. 2 aprile 1865, n° 2215, autorizzando la pubblicazione del Codice civile.

<sup>828</sup> E. VITALI, « Le mariage religieux et son efficacité civile dans le système juridique italien », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, op. cit., p. 87.

<sup>829</sup> G. BONILINI (dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, op. cit., p. 114.

<sup>830</sup> E. VITALI, « Le mariage religieux et son efficacité civile dans le système juridique italien », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), op. cit., p. 87.

<sup>831</sup> *Ibid.*

**340.** Les raisons historiques ayant poussé les trois pays à introduire le mariage civil sont donc variables, oscillant en un savant dosage d'éléments idéologiques, politiques et pragmatiques, plus ou moins affirmés selon les contrées. Un autre débat ayant, plus ou moins, joué dans le processus de laïcisation du mariage est à mentionner, celui relatif à la nature juridique du mariage.

## **B/ Une conception juridique différente**

**341.** Le débat quant à la nature juridique du mariage civil n'est pas récent. Bien avant les philosophes des Lumières, les religions du Livre s'étaient également penchées sur cette question, qui octroyant une dimension contractuelle, qui sacramentelle (1). À l'avènement du mariage civil et en présence des diverses thèses religieuses, la réaction des trois pays d'étude est intéressante : la France décida d'opter pour la thèse contractualiste quand l'Italie et l'Angleterre choisirent de rester plus neutres en la matière (2).

### **1/ Nature juridique du mariage religieux**

**342.** Ce serait une gageure d'essayer de passer en revue toutes les organisations religieuses afin d'appréhender leurs législations en matière matrimoniale. C'est pourquoi seules les trois grandes religions monothéistes seront ici mentionnées, du fait de l'aboutissement de leurs réflexions quant à la nature juridique de leur mariage. Quand les confessions juive et musulmane retiennent la qualification de contrat, voire de double contrat en ce qui concerne les juifs (a), les catholiques y voient un sacrement, à distinguer non seulement du contrat mais également du mariage naturel (b).

#### a/ Le mariage contrat

**343.** Les religions juive et musulmane considèrent toutes deux le mariage comme un contrat, contrat double pour les uns (i), unique pour les autres (ii).

*i. Le mariage juif*<sup>832</sup>

**344. Nature contractuelle double.** - Dans le cas d'un mariage *more judaico*<sup>833</sup>, « le futur conjoint remet à sa fiancée l'anneau nuptial, en récitant la formule traditionnelle devant deux témoins et le rabbin ; la mariée doit accepter l'anneau. À ce moment-là, le rabbin lit la *ketoubah* (...), la paraphe et fait signer les deux témoins. Puis il procède à la bénédiction du mariage sur une coupe de vin »<sup>834</sup>.

Selon la loi hébraïque, le mariage ainsi décrit entre indubitablement dans la sphère contractuelle<sup>835</sup>, et cela à double titre puisqu'il est composé, non pas d'un, mais de deux contrats<sup>836</sup>, symbolisés par deux phases à impérativement distinguer. Bien qu'une troisième étape soit venue s'ajouter par la suite, il reste d'usage de continuer à parler de la double, et non de la triple, nature contractuelle du mariage juif.

**345. Première étape, premier contrat.** – La première phase consiste à célébrer les *kidoushine*, communément appelées fiançailles.

Au cours de cette première cérémonie, un objet doit être obligatoirement échangé entre les conjoints. Plus exactement, il doit y avoir don du côté de l'homme et acceptation du don du côté de la femme. Ce moment de réciprocité, don-acceptation, atteste d'une part de la libre volonté des parties, élément fondamental de la validité des fiançailles juives. La remise d'un objet permet, quant à elle, de qualifier cette phase de « contrat réel » : en effet, le seul échange des consentements ne suffit pas à rendre le contrat parfait ; en revanche, la remise de l'objet solennise la conclusion du contrat. Il ne faudrait pas conclure à la passivité de la femme : elle peut refuser l'objet. C'est le fait d'accepter le don qui permet de mener le contrat à son terme et explique que la femme n'ait pas à remettre quoi que se soit à l'homme.

Traditionnellement, la femme se voyait remettre, devant témoins, un objet ou une pièce d'argent (*kessef*) ayant la valeur minimum d'une *pérouta*, soit, à l'époque où le

---

<sup>832</sup> Pour une approche plus religieuse : G. ATLAN, « La conjugalité en droit hébraïque », *RDC*, 66, 2016, p. 215 et s.

<sup>833</sup> « D'après la loi juive ».

<sup>834</sup> M. TOUATI, *Le Caractère religieux de la formation du mariage en droit international privé*, thèse Paris, 1963, p. 120.

<sup>835</sup> A. MADERA, "Juridical Bonds of Marriage for Jewish and Islamic Women", *Ecc LJ*, 11, 2009, p. 54.

<sup>836</sup> Conférence de W. WIESHAIDER, *D.U. Gratianus* octobre-novembre 2018, programme interuniversitaire européen délivré par la Faculté de droit Jean Monnet, Université Paris Saclay.

Talmud est rédigé, la plus petite pièce d'argent<sup>837</sup>. Aujourd'hui, on parle davantage de bague de fiançailles, dont la valeur peut être tout à fait symbolique. Ce qui compte, c'est qu'elle appartienne réellement à l'homme, qu'elle soit offerte par ce dernier, qu'elle soit acceptée par la femme.

Ce premier contrat constitue l'alliance proprement dite et n'engendre pas, à ce stade, d'obligations maritales.

**346. Deuxième étape, deuxième contrat.** – Les obligations (et non les droits) maritales proprement dites naissent à l'occasion du mariage, soit du second contrat, les *nissouine*. Elles comprennent l'obligation de vivre ensemble sous le même toit et d'avoir des relations charnelles.

**347. Troisième étape, troisième contrat.** - La *ketoubah*, ou contrat de mariage rédigé par le mari pour sa femme (l'inverse n'étant pas autorisé), doit être présentée au rabbin entre les fiançailles et le mariage, afin qu'il la paraphe et la fasse signer par les témoins. D'optionnelle, cette étape est devenue obligatoire : désormais, sans *ketoubah*, il ne peut y avoir de vie conjugale<sup>838</sup>.

**348. Conséquences.** - Les contrats des *kidoushine* et des *nissouin* doivent donner lieu à deux cérémonies distinctes. Même si aujourd'hui la coutume tend à n'organiser qu'une seule fête, il n'en demeure pas moins que ladite fête doit bien prévoir les deux étapes juridiques. C'est pourquoi le rabbin procède à deux bénédictions : la coupe de vin symbolise les fiançailles ; les sept bénédictions, le mariage.

Les deux parties au mariage sont liées dès le premier contrat : si elles entendent se séparer à la suite des fiançailles, cela ne pourra pas se faire à l'amiable et il faudra enclencher un processus aboutissant à un véritable divorce, le *guet*.

Il n'y a donc pas de notion de sacrement, de sainteté, dans le mariage juif, mais bien une cérémonie religieuse alimentée par des contrats.

---

<sup>837</sup> D. DAHAN, *Agounot, « les femmes entravées »*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016, p. 22.

<sup>838</sup> *Ibid.*, p. 41.

## ii. Le mariage musulman

**349.** Sunnite, chiite, malékite, wahhabite, etc. : il existe un grand nombre de rites au sein du monde musulman. La question du mariage semble malgré tout faire l'unanimité chez les musulmans, qui accordent une grande importance à la famille, « fondement de la société », et au mariage, « base » de cette société<sup>839</sup>. Ainsi, si le célibat n'est pas explicitement condamné, il est implicitement désapprouvé.

**350. Un contrat.** - À l'instar de la religion juive, pas de sacrement, mais une solution contractuelle. Selon la définition classique, le mariage musulman, le « *nikâh* » (signifiant contrat de mariage et/ou rapport sexuel) ou le « *zawâj* » (qui signifie mariage uniquement)<sup>840</sup>, constitue en effet « un cadre juridique destiné à rendre la femme sexuellement licite (*halal*) à l'homme »<sup>841</sup>.

Le contrat est conclu dès lors qu'en présence de deux témoins<sup>842</sup>, les parties, qui ne sont pas nécessairement les époux, manifestent leur consentement. Ce dernier point mérite une précision : le consentement de la femme est donné par son *wali*, c'est-à-dire par son tuteur légal (son père ou son frère)<sup>843</sup> ; techniquement, ce n'est donc pas elle qui s'exprime, mais cela n'entrave pas la validité du consentement, aux yeux de la loi coranique, pour laquelle « le silence de la vierge équivaut à son consentement »<sup>844</sup>.

Autre spécificité du mariage musulman attestant de la nature tant civile que religieuse, ce dernier n'a pas besoin d'être conclu à la mosquée, ni même par un imam, qui ne tient pas de registre en la matière. En pratique, le mariage musulman a souvent lieu au domicile de la future mariée<sup>845</sup>, sous les auspices de n'importe quel adulte musulman<sup>846</sup>.

---

<sup>839</sup> A. LAURENT, *L'Islam*, Paris, Perpignan, Artège, 2017, p. 159.

<sup>840</sup> M. ABOU RAMADAN, « "Hukm al-nikah". Le statut juridique du mariage en droit musulman », *RDC*, 66, 2016, p. 231.

<sup>841</sup> A. LAURENT, *op. cit.*, p. 161.

<sup>842</sup> Pubères (15 ou 18 ans, selon les rites), libres, sains d'esprit, de religion musulmane, de sexe masculin.

<sup>843</sup> M. TOUATI, *Le Caractère religieux de la formation du mariage en droit international privé*, *op. cit.*, p. 127.

<sup>844</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>845</sup> A. L. ESTIN, *The multi-cultural family*, Aldershot, Hampshire, Burlington, Ashgate, 2008, p. 70. On rappellera qu'un homme musulman a le droit de se marier avec une femme chrétienne ou juive mais interdiction d'en faire autant avec une personne de religion polythéiste ; en revanche, une femme musulmane ne peut épouser qu'un musulman (Sourate 2, verset 221-2 et Sourate 60, verset 10 du Coran).

<sup>846</sup> C. BAHUREL, « La priorité du mariage civil et l'Islam : pour un droit de la famille au service de l'unité nationale », *loc. cit.*, p. 860.



Pour autant, les droits et devoirs incorporés dans le contrat étant dérivés du droit musulman, l'acte privé ne saurait contredire la loi religieuse<sup>847</sup>. Ce faisant, le contrat de mariage musulman conclu relève de la compétence des juridictions islamiques, ce qui confère aux effets du mariage un caractère sacré et inviolable<sup>848</sup>.

Le mariage musulman est donc un contrat tout à la fois civil et religieux.

#### b/ Le mariage sacrement

**351.** Nul n'ignore que Rome voit dans le mariage un sacrement entre deux êtres appelés à former une communauté de vie, basé sur le consentement des deux parties en présence (i). Ce qui est sans doute moins connu, et certainement moins bien compris, c'est la distinction qu'opère l'Église catholique entre mariage naturel et mariage sacramentel. Or, c'est justement cette distinction qui permet d'expliquer, du moins en partie, la crispation romaine à l'égard de l'État français quand ce dernier décida d'imposer la primauté du mariage civil. Il est donc impératif de revenir sur ces deux dimensions, naturelle et sacramentelle (ii), avant de conclure sur l'évolution de la pensée chrétienne classique (iii).

##### *i. Une alliance consensuelle, élevée au rang de sacrement*

**352. Alliance.** - À l'instar d'autres religions, l'Église catholique désapprouve le célibat<sup>849</sup> et encourage le mariage, défini comme une « alliance matrimoniale, par laquelle un homme et une femme constituent entre eux une communauté de toute la vie, ordonnée par son caractère naturel au bien des conjoints ainsi qu'à la génération et à l'éducation des enfants », alliance « élevée entre baptisés par le Christ Seigneur à la dignité de sacrement »<sup>850</sup>.

L'acte juridique du mariage est donc qualifié d'alliance (*foedus*), un terme introduit dans le Code de 1983 car « moins juridique et plus biblique »<sup>851</sup>, ou de pacte<sup>852</sup>, un tel registre lexical ayant l'avantage d'éviter le mot « contrat » et mettant ainsi un terme au débat sur la nature juridique du mariage, vu pendant longtemps comme un contrat par les

---

<sup>847</sup> A. MADERA, "Juridical Bonds of Marriage for Jewish and Islamic Women", *loc. cit.*, p. 55.

<sup>848</sup> *Ibid.*

<sup>849</sup> « Il n'est pas bon que l'homme soit seul », Genèse 2.18.

<sup>850</sup> CIC 1983, canon 1055, § 1.

<sup>851</sup> E. PETIT, *Pourquoi le droit canonique ?*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>852</sup> CIC 1983, canon 1160.

théologiens chrétiens eux-mêmes, c'est-à-dire comme « un accord entre deux personnes »<sup>853</sup>, ne pouvant cependant pas être rompu.

Véritable point d'achoppement avec les protestants d'abord - considérant eux aussi l'union de deux êtres humains comme un contrat, mais un contrat pouvant être dénoncé – puis avec l'État, quel qu'il soit, le concile Vatican II a abandonné le vocabulaire contractuel et adopté une phraséologie moins polémique : le mariage est une institution, dans laquelle les époux entrent librement<sup>854</sup>.

**353. Libre.** - Selon la tradition, ce sont les époux eux-mêmes qui « se confèrent mutuellement le sacrement du mariage en exprimant devant l'Église leur consentement »<sup>855</sup>. Originellement, nul besoin de témoin donc, même si la lutte contre les mariages clandestins a amené la hiérarchie catholique à accorder un caractère public au mariage<sup>856</sup>.

Le libre consentement des époux est fondamental, car c'est ce dernier « qui fait le mariage »<sup>857</sup>. Être libres, dans ce contexte particulier du mariage chrétien, signifie non seulement ne pas subir de contrainte mais également ne pas être empêché par une loi naturelle ou ecclésiastique<sup>858</sup> : rien ni personne ne peut se substituer aux époux.

**354. Avec un but.** – Comme le précise le canon 1055 en son premier paragraphe, mariage et famille sont intimement liés, même si l'on note une évolution notable entre le Code de 1917 et celui de 1983, puisque dans un cas, la fin primaire du mariage est « la procréation et l'éducation des enfants », « l'aide mutuelle » ne venant que dans un deuxième temps<sup>859</sup>, quand l'ordre est inversé en 1983 (« bien des conjoints » d'abord, puis « génération et éducation des enfants »).

**355.** Il nous faut maintenant aller au-delà de ces premiers principes pour pleinement appréhender la position de l'Église catholique en la matière, en abordant la distinction entre mariage naturel et mariage sacramentel, avec, en toile de fond, le baptême.

---

<sup>853</sup> E. PETIT, *Pourquoi le droit canonique ?*, op. cit.

<sup>854</sup> *Ibid.*

<sup>855</sup> ÉGLISE CATHOLIQUE, *Catéchisme de l'Église catholique*, Paris, Centurion, Cerf, Fleurus-Mame, 1998, p. 407.

<sup>856</sup> Décret *Tametsi* du Concile de Trente suivi du décret *Ne Temere* du 5 août 1907 : A. BOUDINHON, *Le mariage et les fiançailles : commentaire du décret "Ne Temere"*, Paris, Lethielleux, 1908.

<sup>857</sup> CIC 1983, canon 1057, § 1.

<sup>858</sup> ÉGLISE CATHOLIQUE, op. cit., p. 407.

<sup>859</sup> CIC 1917, canon 1013, § 1.

## *ii. Mariage naturel – mariage sacramentel*

**356. Principe.** - L'Église catholique désigne par « mariage naturel » tout mariage valablement et légitimement célébré<sup>860</sup> entre non-baptisés, quand elle réserve l'expression « mariage sacramentel » aux unions entre deux baptisés.

Cependant, à ce postulat, il faut ajouter deux précisions : 1) « baptisés » ici ne signifient pas baptisés uniquement selon le rite catholique mais, plus largement, selon le rite chrétien ; 2) les mariages entre « non-baptisés » visent les unions soit entre deux non-baptisés, soit entre un baptisé et un non-baptisé.

En conséquence, une union peut être célébrée dans une église sans être sacramentelle. Ce sera le cas, par exemple, d'un baptisé s'il épouse une personne non-baptisée. Une telle union, naturelle, est alors qualifiée de « mariage dispar » et nécessite une dispense de l'empêchement de disparité de culte.

De même, un mariage célébré ailleurs que dans une église, par exemple à la mairie entre deux non-baptisés ou dans un lieu de culte autre que chrétien, entre deux membres d'une religion non chrétienne, sera reconnu, au nom du droit naturel, comme canoniquement valide et légitime<sup>861</sup>.

En revanche, entre baptisés, de naturel, le mariage acquiert le caractère sacramentel, comme le précise le canon 1055 en son paragraphe 2 : « entre baptisés, il ne peut exister de contrat matrimonial valide qui ne soit, par le fait même, un sacrement »<sup>862</sup>.

Concrètement, deux protestants qui se marient à la mairie, et sachant que rien ne les oblige à aller au temple, verront leur mariage qualifié de sacramentel par l'Église. Un catholique et un protestant qui optent également pour la mairie sont eux aussi considérés comme ayant été unis par un mariage sacramentel. Mais deux catholiques qui en feraient de même verraient leur mariage qualifié de naturel, et non de sacramentel<sup>863</sup>.

**357. Mariage civil.** - On comprend mieux ainsi pourquoi l'Église catholique a tant lutté contre le mariage civil imposé par l'État, en particulier français, qui établit un ordre de

---

<sup>860</sup> P. H. GUINOT, « Mariage naturel ou mariage sacramentel ? », Fiches Pratiques, Faculté de Droit Canonique, 2018 : <https://www.droitcanonique.fr/blog/fiches-pratiques-2/post/mariage-naturel-ou-mariage-sacramentel-51>

<sup>861</sup> L. DANTO, « Doctrine canonique et exhortation apostolique post-synodale *Amoris Laetitia* », *RETM*, 294, 2017, p. 55 et s.

<sup>862</sup> CIC 1983, canon 1055, § 2.

<sup>863</sup> Conférence de L. DANTO, *D.U. Gratianus* octobre-novembre 2018, programme interuniversitaire européen délivré par la Faculté de droit Jean Monnet, Université Paris Saclay.

passage. Non pas parce qu'elle ne reconnaît pas les mariages célébrés en mairie *stricto sensu* : on vient de le voir, le mariage naturel est canoniquement reconnu.

Mais parce que, ce faisant, si deux catholiques se voient obliger de se marier à la mairie, l'union ne peut pas être, aux yeux de l'Église, qualifiée de sacramentelle, elle ne sera que naturelle, alors que « les catholiques ne sont tenus formellement et canoniquement qu'au seul mariage canonique » et « qu'en théorie on ne peut célébrer deux fois le même mariage »<sup>864</sup>.

### *iii. Évolution de la pensée chrétienne classique*

**358.** La nature sacramentelle du mariage a été abandonnée par les protestants et les anglicans.

Pour les protestants, l'union d'un couple devient une institution purement civile, au même titre qu'« une chose extérieure et mondaine comme les vêtements, la nourriture et la maison soumise à l'autorité séculière »<sup>865</sup>. Preuve supplémentaire de sa non-sacralité, le mariage protestant n'est même pas voué à être célébré devant un pasteur. De sacrement, le mariage protestant est devenu un pur contrat civil.

Cette voie a été plus ou moins suivie par les anglicans : le mariage n'y est plus considéré comme un sacrement principal - notion réservée aux seuls baptême et eucharistie - mais comme un « petit sacrement », un rite sacramentel, où le ministre du culte a un rôle fondamental à jouer puisqu'il assiste à l'échange des consentements (*the Declarations*), aux vœux (*the Vows*) et à l'échange des alliances (*the Giving of Rings*) puis signe le registre des mariages, avec les mariés et leurs deux témoins, après avoir béni les époux (*the Blessing*), à la fin de la cérémonie.

Est-on pour autant en présence d'un contrat ? Pas tout à fait non plus. C'est une troisième solution qui a été retenue, celle de l'*institution*.

---

<sup>864</sup> L. DANTO, « Mariage et consentement. Réflexions canoniques à propos de la législation française », *RDC*, 64, 2014, p. 63.

<sup>865</sup> M. TOUATI, *Le Caractère religieux de la formation du mariage en droit international privé*, *op. cit.*, p. 143.

## 2/ L'évolution de la pensée juridique des États en présence du mariage civil

**359.** L'introduction du mariage civil est le fruit d'une lente gestation, de nombreuses discussions, parfois de vives tensions. Cela a été particulièrement vrai du côté de l'État français qui, en optant pour une vision clairement contractualiste du mariage, a satisfait protestants et juifs mais heurté les catholiques (a). L'État italien a semblé suivre un temps cette même thèse mais, en présence du régime concordataire adopté au début du XX<sup>e</sup> siècle et remanié en 1984, a évolué vers un système plurireligieux d'une souplesse certaine (b). Quant à l'Angleterre, si elle n'a pas voulu se prononcer pendant longtemps sur la nature juridique unique du mariage, elle a fini par opter pour une solution neutre, celle de l'institution (c). On le voit, la nature juridique du mariage civil n'a pas, sur ce point précis, produit d'unanimité.

### a/ Le mariage contrat : le cas de la France

**360.** Sans revenir sur l'argumentaire contractuel, rappelons la phrase de Voltaire, restée célèbre : « Le mariage est un contrat du droit des gens, dont les catholiques romains ont fait un sacrement. Mais le sacrement et le contrat sont deux choses bien différentes : à l'un sont attachés les effets civils ; à l'autre les grâces de l'Église ».

Cette conception va être ultérieurement reprise par Portalis, l'un des rédacteurs du Code Napoléon, qui précisait être « convaincu que le mariage, qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs et que la religion a sanctifié »<sup>866</sup>.

Aujourd'hui, en France, le mariage est vu comme un acte juridique créant des obligations, né de l'accord de deux volontés<sup>867</sup>. Cette conception fait relativement peu débat de nos jours, même si elle fut en son temps source de tensions entre, en particulier, Paris et Rome, du fait de la vision sacramentelle de l'alliance matrimoniale. Elle n'a en revanche suscité aucune réprobation du côté juif ou protestant, les points de vue théologique et étatique étant ici en parfaite osmose.

---

<sup>866</sup> I. THÉRY, « Mariage religieux et mariage civil : les christianismes et la laïcité », in M. GROSS, S. MATHIEU, S. NIZARD et a., *Sacrées familles !*, op. cit., p. 195.

<sup>867</sup> Cf. Titre V du Code civil.

Ce qui continue d'évoluer, en France, c'est la définition plus générale du mariage, hors domaine contractuel. Pour Portalis, en effet, il fallait voir dans le mariage « une société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par les secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée »<sup>868</sup>. Le doyen Jean Carbonnier y voyait, quant à lui, « un acte par lequel un homme et une femme qui se sont mutuellement choisis s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort »<sup>869</sup>, une affirmation nuancée par les professeurs Marty et Raynaud, pour lesquels le mariage est « un acte solennel par lequel l'homme et la femme établissent une union sanctionnée par la loi civile et dont ils ne pourront obtenir la rupture que dans certains cas déterminés »<sup>870</sup>.

Ces définitions doivent être revues aujourd'hui, en particulier en ce qui concerne le sexe des époux. Elles sont révélatrices de la façon dont une société évolue, en acceptant avec le temps certains principes considérés comme impensables, voir inatteignables, à d'autres époques.

#### b/ Le mariage à géométrie variable : le cas de l'Italie

**361.** Dès le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, le ministre napolitain Tanucci précise, dans son recueil *Regali Dispacci*<sup>871</sup>, que « *Il Matrimonio di sua natura è contratto, accessoriamente è Sacramento. Per quanto si riguarda come contratto, la inspezione è del Magistrato Secolare ; per quel che riguarda la qualità Sacramentale, la pertinenza è della Potestà Ecclesiastica* »<sup>872</sup> - « Le Mariage de par sa nature est contrat ; accessoirement, il est Sacrement. En tant que contrat, il relève de la Magistrature Séculière ; en tant que Sacrement, il revient au Pouvoir Ecclésiastique ». Nature contractuelle, sacramentelle : les deux points de vue co-existent au XVIII<sup>e</sup> siècle comme aujourd'hui.

Il existe en effet de nombreuses façons de se marier dans la Péninsule.

**362. Mariage concordataire.** - L'ordre juridique italien et celui de l'Église catholique étant séparés, indépendants et souverains chacun de leur côté, selon les termes de l'article

---

<sup>868</sup> P. MURAT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 36.

<sup>869</sup> J. CARBONNIER, *La famille*, Paris, PUF, 2002, p. 368.

<sup>870</sup> P. RAYNAUD et G. MARTY, *Les personnes*, T I 2<sup>e</sup> vol., Paris, Sirey, 1976, p. 62.

<sup>871</sup> B. TANUCCI, *Regali dispacci nelli quali si contengono le sovrane determinazioni de' punti generali, e che fervono di norma administration altri fimili cafi, nel Regno di Napoli, Napoli, 1742.*

<sup>872</sup> P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975), op. cit.*, p. 56.

7, alinéa 1 de la Constitution italienne<sup>873</sup>, si un couple décide de célébrer son mariage devant un ministre du culte catholique, en conformité avec le concordat signé entre l'État italien et le Saint-Siège, le mariage sera vu comme un sacrement, selon les canons de l'Église catholique romaine, tout en acquérant des effets civils octroyés par l'État.

**363. Mariage religieux avec entente** - Un mariage peut également être célébré devant un ministre d'un culte non catholique ayant signé une entente avec l'État italien, auquel cas, tout dépendra de ce qui est prévu dans l'entente<sup>874</sup>.

À titre d'exemple, le mariage conclu entre deux juifs « selon le rite hébraïque »<sup>875</sup>, produisant lui aussi des effets civils accordés par l'État, devra être considéré comme un contrat, selon la *halaka* (« marcher », « aller »<sup>876</sup>), la loi juive.

**364. Mariage religieux sans entente** - Un mariage peut encore être célébré devant un ministre d'un culte non catholique n'ayant pas signé d'entente avec l'État italien, aux termes des articles 7 et suivant de la loi du 24 juin 1929<sup>877</sup>.

Dans ce cas, « Le mariage célébré devant un des ministres du culte (...) produit, dès le jour de la célébration, les mêmes effets que le mariage célébré devant l'officier d'état civil »<sup>878</sup>, à condition de déclarer préalablement son intention de procéder ainsi devant l'officier d'état civil compétent. Ce dernier vérifie alors que rien ne s'oppose à la célébration du mariage et autorise par écrit ledit mariage religieux, en précisant le nom du ministre du culte compétent en la matière.

Il convient cependant de nuancer ce dernier propos en précisant que cette même loi de 1929<sup>879</sup> impose aux ministres des cultes sans entente de se déclarer auprès du Ministère de l'Intérieur, afin d'être approuvés par ce dernier. À défaut d'une telle déclaration et de l'approbation qui en découle, aucun effet civil ne peut être reconnu aux actes accomplis

---

<sup>873</sup> *Costituzione del 1948*, art. 7, al. 1.

<sup>874</sup> *Ibid.*, art. 8, al. 3.

<sup>875</sup> *Intesa tra la Repubblica Italiana e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, stipulata il 27 febbraio 1987, approvata con L. 8 marzo 1989, n° 101 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, G.U. n° 69 del 23 marzo 1989, modificata con L. 20 dicembre 1996, n° 638, G.U. n° 299 del 21 dicembre 1996, art. 13.*

<sup>876</sup> N. DOE, *Comparative religious law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 27.

<sup>877</sup> *L. 24 giugno 1929, n° 1159 - Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi, G.U. 16 luglio 1929 n° 164.*

<sup>878</sup> *Ibid.*, art.7.

<sup>879</sup> *Ibid.*, art. 3 : « Le nomine dei ministri dei culti diversi dalla religione dello Stato debbono essere notificate al Ministero della giustizia e degli affari di culto (6) per l'approvazione. Nessun effetto civile può essere riconosciuto agli atti del proprio ministero compiuti da tali ministri di culto, se la loro nomina non abbia ottenuto l'approvazione governativa ». Renvoi (6) : « Ora, Ministro dell'interno in forza del R.D.L. 19 agosto 1932, n° 1080 ».

par les ministres du culte en question, y compris les mariages religieux qui seraient célébrés.

À ce jour, si les fidèles musulmans ne bénéficient pas d'une entente conclue avec l'État italien, aucun ministre de ce culte ne s'est jamais déclaré auprès du Ministère de l'Intérieur : les mariages célébrés selon les rites islamiques par des ministres non approuvés puisque non déclarés ne peuvent donc pas se voir octroyer les effets civils prévus à l'article 7 de la loi n° 1159 de 1929.

Il en va différemment des Témoins de Jéhovah : bien que cette religion n'ait également pas conclu d'entente avec l'État italien, ses ministres du culte se sont rapprochés du Ministère de l'Intérieur, afin de se faire déclarer et approuver. À ce titre, les mariages célébrés par les ministres du culte de Jéhovah se voient reconnaître les effets civils de l'article 7 de la loi n° 1159 de 1929, comme l'a clarifié récemment la Cour de cassation<sup>880</sup>.

Il n'y a pas de littérature pour comprendre si le mariage ainsi célébré est bien un contrat. Dans le cadre du droit civil italien, ce sujet n'a pas de pertinence, le contrat transalpin étant placé sous le seul angle du rapport juridique patrimonial<sup>881</sup>. Il en va de même, pour des raisons autres, dans le cas du culte musulman : que sa nature relève de l'ordre religieux, c'est-à-dire musulman, ou civil, le mariage est vu comme un contrat.

**365. Mariage purement civil.** - Reste donc la dernière possibilité, celle du mariage civil, régulé par le droit civil italien : vu alors comme un acte juridique de nature à faire naître « une communion de vie spirituelle et matérielle entre les époux »<sup>882</sup>, il génère un certain nombre d'obligations<sup>883</sup>.

Les juristes italiens débattent toujours de la nature exacte de l'acte lui-même : certains y voient davantage un rapport (*rapporto*) et donc « l'ensemble des devoirs et des

---

<sup>880</sup> Cass. civ., sez. I, 9 marzo 2020, ord. n° 6511 depositata il 9 marzo, § 4 : « *In materia di trascrizione di matrimoni religiosi celebrati secondo il rito proprio di culti diversi da quello cattolico, occorre distinguere, nel vigente quadro normativo, due ipotesi. L'una avente ad oggetto l'atto di matrimonio celebrato secondo il rito di culti religiosi per i quali esistono "Intese" con lo Stato italiano, nell'osservanza di un percorso di squisita natura politica che trova previsione nella Costituzione italiana (art. 7; Corte Cost. n. 52 del 2016) e l'altra, disciplinata dalla L. 24 giugno 1929, n. 1159, artt. 3, 7 e segg. e dalle norme attuative di cui al R.D. 28 febbraio 1930, n. 289, secondo la quale il matrimonio celebrato in Italia davanti a un ministro di un culto diverso dalla religione cattolica e con il quale l'Italia non ha stipulato intese produce effetti civili a condizione che: a) la nomina di tale ministro di culto sia stata approvata con decreto dal Ministro dell'Interno; b) l'ufficiale dello stato civile, previo adempimento delle formalità previste, abbia rilasciato l'autorizzazione scritta alla celebrazione del matrimonio ».*

<sup>881</sup> C. c. art. 1321 : « *Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale* ».

<sup>882</sup> Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 1975, n° 3177, *id.*, 1975, I, 2447.

<sup>883</sup> V. C. c., Titolo VI.



droits réciproques entre les époux », quand d'autres optent pour la qualification de fait (*fatto*), induisant « la réalisation effective du rapport matrimonial à travers la vie commune et le respect des autres devoirs de solidarité conjugale »<sup>884</sup>.

### c/ Le mariage comme *institution* : le cas de l'Angleterre

**366. Neutralité judiciaire.** - Quant à l'Angleterre, elle n'a pas voulu vraiment prendre position en la matière.

Si l'on s'en tient à l'arrêt *Hyde v Hyde*<sup>885</sup>, le mariage « *as understood in Christendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others* », « tel que compris dans le monde chrétien, peut être défini à cette fin comme l'union librement consentie pour la vie d'une homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre union ».

La solution traditionnelle, émise par Lord Penzance en 1866, ne saurait avoir cours depuis 2014 et l'introduction du mariage pour tous<sup>886</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'arrêt précisait qu'un mariage, c'est quelque chose de plus qu'un simple contrat, qu'il soit religieux ou civil, « *more than a contract, either religious or civil* »<sup>887</sup>, et en faisait alors « *an Institution* »<sup>888</sup>.

C'est ce même terme qui a été plus récemment utilisé, en 2003, dans *Bellinger v Bellinger*<sup>889</sup>, pour rappeler qu'un mariage est « *an institution or a relationship deeply embedded in the religious and social culture of this country* »<sup>890</sup>, « une institution ou une relation profondément ancrée dans la vie culturelle et religieuse de ce pays ».

En 2010, Lady Hale déclarait que le mariage « *is, of course, a contract, in the sense that each party must agree to enter into it and once entered both are bound by its legal consequences. But it is also a status. This means two things. First, the parties are not entirely free to determine all its legal consequences for themselves. They contract into the package which the law of the land lays down. Secondly, their marriage also has legal consequences for other people and for the state* »<sup>891</sup>.

---

<sup>884</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile, op. cit.*, p. 31.

<sup>885</sup> *Hyde v Hyde* [1866] LR 1 PD 130.

<sup>886</sup> *Marriage (Same Sex Couples) Act* de 2013.

<sup>887</sup> *Hyde v Hyde* [1866] LR 1 PD 130.

<sup>888</sup> *Ibid.*

<sup>889</sup> *Bellinger v Bellinger* [2003] UKHL 21.

<sup>890</sup> *Ibid.*, § 46.

<sup>891</sup> *Radmacher (formely Granatino) v Granatino* [2010] UKSC 42, § 132.

Dans la mesure du possible, les juges cherchent à éviter ce débat : le terme d'institution, très neutre, sans réelle définition, laisse planer un certain doute, qui n'est sans doute pas pour déplaire à nos pragmatiques voisins d'Outre-Manche.

**367. *Contract law.*** - En outre, et de façon très succincte, on rappellera utilement que la notion de *contract* selon le système de *common law* diffère de son homologue civiliste sur divers points.

Un contrat, pour être reconnu comme tel par des juges anglais, doit respecter cinq conditions incontournables, relatives au consentement des parties qui s'engagent, à leur capacité à contracter, à la *consideration* fournie, à leur intention de s'engager dans une relation contractuelle et à la certitude des termes utilisés. Se greffe parfois, mais rarement, l'imposition d'une certaine forme de contrat.

Parmi les conditions énumérées, deux s'avèrent ici essentiels.

**368. *Consideration.*** - Le premier élément réside dans ce que l'on appelle la *consideration*, définie comme « un droit, un intérêt, un profit ou un avantage obtenu par une partie ou l'abstention, le désavantage, la perte, la responsabilité subie ou l'entreprise par l'autre partie »<sup>892</sup>. Autrement dit, une sorte de *bargain*, d'échange économique, devant être « réel » et « suffisant », mais « pas nécessairement adéquat »<sup>893</sup>, c'est-à-dire n'ayant pas forcément de valeur équivalente ; en provenance du *promisee*, mais pas forcément adressé au *promisor* ; devant être légal<sup>894</sup> et possible ; et surtout ne devant pas être considéré comme étant passé « *not from the past* »<sup>895</sup>.

Une telle définition exclut les sentiments, quels qu'ils soient, à quelques exceptions près<sup>896</sup>. On comprend bien donc que les tribunaux anglo-saxons ne peuvent pas, sur ce point bien précis, considérer un mariage comme un contrat, puisque des parties d'une union ne sauraient être en mesure de fournir un *detriment* et/ou un *benefit* au sens commercial du terme.

---

<sup>892</sup> *Currie v Misa* [1875] LR 10 Ex 153.

<sup>893</sup> *Thomas v Thomas* [1842] 2 QB 851.

<sup>894</sup> *Pearce v Brooks* [1866] LR 1 Ex 213.

<sup>895</sup> *Re Mc Ardle* [1951] ChD 699 ; *Lampleigh v Brathwait* [1615] Hob 105.

<sup>896</sup> *Hamer v Sidaway* [1891]

**369. *Intention to create legal relationship.*** - Si un doute devait subsister en la matière, un second élément permet, en général, d'exclure de la sphère du contrat un couple marié (ou pacsé). Il s'agit cette fois de la notion d'« *intention to create legal relationship* ».

Cette notion est fondamentale en ce qu'elle distingue deux formes de relations, avec d'une part, les relations domestiques et sociales, et d'autre part, les relations commerciales.

Dans le premier cas, on considère que toute forme de relation domestique, c'est-à-dire familiale ou amicale, ne donne *a priori* pas naissance à un contrat, au sens juridique du terme<sup>897</sup>.

En revanche, des relations commerciales laissent supposer l'intention des parties d'être liées entre elles par des obligations, cette fois, bien contractuelles, donc juridiques<sup>898</sup>. Certes, il s'agit à chaque fois de *rebuttable presumptions*, mais il n'est pas toujours facile de renverser de telles présomptions<sup>899</sup>.

**370.** Du fait de la définition du terme contrat outre-Manche, un mariage anglais ne peut donc pas être un contrat, tout en n'étant plus un sacrement.

**371.** À partir du moment où l'on commence à envisager le mariage, non plus comme un sacrement, mais comme un contrat, un acte juridique, voire même une institution, il devient clair que l'heure du mariage civil a sonné. Cette solution juridique a été adoptée à l'unanimité par les trois États.

Au vu de ce qui précède, le résultat aurait pu être différent d'un pays à l'autre. Il n'en est rien, ou presque.

### **C/ Pour un résultat très proche**

**372.** Tel qu'il se présente aujourd'hui, le mariage civil, qu'il soit français, italien ou anglais, impose le respect d'un certain nombre de conditions de forme (1) et de fond (2), d'une similitude qui pourrait sembler déconcertante, n'était leur origine commune, à savoir les droits romain et canonique, et plus particulièrement, le décret *Tametsi*, intégré dans les

---

<sup>897</sup> Entre époux : *Balfour v Balfour* [1919] 2 KB 571. Entre amis : *Simpkins v Pays* [1955] 1 WLR 975.

<sup>898</sup> *Keinwort Benson Ltd v Malaysian Mining Corporation* [1989] 1 WLR 379.

<sup>899</sup> Entre époux : *Merritt v Merritt* [1970] 2 All ER 760. Entre oncle et nièce : *Parker v Clark* [1960] 1 WLR 286. En cas d'*honour clause* ou de *gentlemen's agreement* : *Jones v Vernons Pools* [1938] 2 All ER 626.

législations italiennes, officiellement rejeté par celles anglaises et françaises mais en fait indirectement assimilé par ces dernières.

Pour mémoire, à l'issue du concile de Trente, et ceci afin de lutter contre les mariages clandestins, il avait été décidé que la cérémonie de mariage devait être publique, ce qui se traduisait par l'échange des consentements des époux devant le ministre du culte, agissant en tant que témoin privilégié, ainsi que devant deux ou trois témoins, *in facie ecclesiae*. En outre, des bans devaient être publiés au cours de la messe pendant trois dimanches consécutifs, sans soulever d'opposition.

On retrouve aujourd'hui ces mêmes caractéristiques formelles - cérémonie publique, témoins, publication ne suscitant pas d'opposition - dans les trois pays, le seul réel changement consistant dans l'intervention non plus d'un prêtre, mais d'un officier d'état civil, ce qui serait la preuve, pour certains auteurs, de la réappropriation par l'État d'une valeur initialement catholique, tout en lui conférant une « sacralité civile »<sup>900</sup>.

Quant aux conditions de fond de l'ordre canonique, elles étaient et sont toujours très nombreuses, en lien avec l'âge, l'impuissance, l'existence d'un lien antérieur, la disparité de culte, l'ordre sacré, le vœu perpétuel de chasteté dans un institut religieux, le rapt ou la détention forcée, le crime de conjugicide<sup>901</sup>, la consanguinité, l'affinité ou la parenté par alliance, l'honnêteté publique, la parenté légale, l'incapacité, l'erreur, le dol, la simulation, la violence, la crainte ainsi qu'un certain nombre de cas d'exclusion (exclusion de l'unité, de la procréation, de l'indissolubilité<sup>902</sup>).

Les systèmes juridiques anglais, français et italien ont fortement réduit cette longue liste d'empêchements à quelques grands principes, en en limitant qui plus est les conditions d'application. Reste à ce jour les empêchements portant sur l'âge, le consentement, la consanguinité et l'existence d'un lien précédent non dissous.

## **1/ Les conditions de forme du mariage civil**

**373.** Les conditions de forme portent principalement sur la publication du mariage (a) et le rite de la célébration elle-même (b). Relativement similaires d'un pays à l'autre, elles reflètent néanmoins l'importance octroyée par l'Angleterre, la France et l'Italie à certaines valeurs, en une sorte de nationalisme matrimonial.

---

<sup>900</sup> P. GREINER, « Point de vue d'un canoniste sur le mariage en droit français », *AC*, 53, 2011, p. 194.

<sup>901</sup> Assassinat du conjoint

<sup>902</sup> CIC 1983, canons 1083 – 1094 ; 1095 – 1107 ; 1108 – 1123.

### a/ Publication du mariage

**374. Publication.** - La publication, comme son nom l'indique, vise à avertir les tiers d'une prochaine union, voire de s'y opposer.

Concrètement, côté français<sup>903</sup>, les bans sont publiés, ce qui veut dire qu'une affiche est apposée à la mairie du lieu de célébration du mariage, ainsi qu'aux mairies respectives du lieu de résidence des deux époux, au moins dix jours avant la célébration elle-même.

La démarche est quasi identique en cas de *pubblicazione*, bien que la demande préliminaire soit là réduite à huit jours et limitée à la *casa comunale* de la ville où réside au moins l'un des deux futurs époux<sup>904</sup>, tandis que, côté anglais, la *notice* doit figurer pendant vingt-huit jours sur le *public notice board* du *superintendent registrar* du district dans lequel habite, depuis sept jours au moins, chacun des futurs époux, ainsi que sur le *board* du district où aura lieu la cérémonie<sup>905</sup>.

**375. Documents à fournir.** - Au préalable, les futurs époux auront fait parvenir à l'officier d'état civil un certain nombre de documents indispensables.

En France, il sera ainsi demandé de fournir un acte de naissance de moins de trois mois, un éventuel contrat de mariage notarié, d'éventuelles dispenses d'âge ou de parenté, d'éventuelles preuves de dissolution du premier mariage<sup>906</sup>.

L'*ufficiale di Stato Civile*<sup>907</sup> connaît bien ce procédé, les documents requis étant identiques, à l'exception du contrat de mariage, et compilés en une seule pièce, qualifiée d'*autocertificazione dei dati personali*.

Le *superintendent registrar* n'agira pas très différemment de ses collègues français et italiens<sup>908</sup>. Cependant, le concept de contrat de mariage n'existant pas en droit anglais, il ne sera évidemment rien demandé à ce niveau-là. De même, il n'existe pas de notions de carte d'identité ou d'acte de naissance : le plus compliqué, potentiellement, sera finalement de rapporter la preuve de son identité et de son adresse.

---

<sup>903</sup> C. civ., art. 63, 64, 70, 71, 166.

<sup>904</sup> C. c., art. 93, 94, 95.

<sup>905</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 27.

<sup>906</sup> Le certificat médical prénuptial a été supprimé par la Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, JORF n° 0296 du 21 décembre 2007.

<sup>907</sup> C. c., art. 97.

<sup>908</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 27.

**376. Lutte contre les mariages clandestins.** – Les Romains associaient mariage et citoyenneté, la papauté se battait contre les mariages clandestins. Plus de quatre siècles après le concile de Trente, la lutte, transférée sur les épaules de l'État, est toujours là, même si la notion de clandestinité a évolué.

Ainsi, en France, l'un des futurs mariés pourra être éventuellement auditionné par l'officier d'état civil, afin de vérifier<sup>909</sup> la réelle intention des parties et s'assurer qu'il n'y a en l'occurrence ni mariage forcé ni mariage de complaisance<sup>910</sup>.

Dans le combat contre les *sham marriages*, les mariages blancs, il n'est pas exclu qu'une enquête soit menée lors d'un projet de mariage entre un ressortissant britannique et un citoyen non-britannique<sup>911</sup>, auquel cas ce n'est pas le *superintendent registrar* qui en sera en charge mais le *Home Office Immigration* au nom d'un *referral and investigation scheme*<sup>912</sup>, procédure faisant alors passer la durée de publication des bans de vingt-huit à soixante-dix jours.

#### b/ Rite de la célébration

**377. Cérémonie civile et publique.** - À l'issue de la publication, dûment respectée, peut alors avoir lieu la cérémonie civile - dite « républicaine » par le nouvel article 165 du Code civil français<sup>913</sup> - dans un délai d'un an à compter de la publication, tant du côté français<sup>914</sup> qu'anglais<sup>915</sup>, délai réduit à cent quatre-vingt jours côté italien<sup>916</sup>.

Publique, elle doit se dérouler portes ouvertes, en présence des deux parties, de deux témoins<sup>917</sup> (ou plus exactement, deux seulement en Italie, quatre au maximum en France, « *two or more* » en Angleterre) et de l'officier d'état civil (en France, le maire ou son adjoint ; en Italie, l'officier d'état civil en charge de la publication ; en Angleterre, le *superintendent registrar*).

---

<sup>909</sup> Obligation s'étendant aux agents diplomatiques ou consulaires pour les mariages célébrés à l'étranger.

<sup>910</sup> Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JORF n° 274 du 27 novembre 2003. C. civ., art. 63.

<sup>911</sup> À ce jour, les Européens de l'Union européenne ne sont pas concernés par cette mesure. *Brexit* oblige, il pourrait en aller autrement un jour prochain.

<sup>912</sup> *Immigration Act* de 2014, Part 4.

<sup>913</sup> Modifié par la Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n° 0114 du 18 mai 2013.

<sup>914</sup> C. civ., art. 65.

<sup>915</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 33.

<sup>916</sup> C. c., art. 99.

<sup>917</sup> C. civ., art. 75 ; C. c., art. 107 ; *Marriage Act* de 1949, S. 44.

**378. Lecture d'articles et formule d'engagement.** - Lecture y sera faite de diverses dispositions, essentielles aux yeux de chaque pays.

En France, cette lecture vise les articles 212, 213, 214 alinéa 1, 215 alinéa 1 et 371 alinéa 1 du Code civil<sup>918</sup>, portant sur les devoirs et droits respectifs des époux, à savoir le respect, la fidélité, le secours, l'assistance, la direction morale et matérielle de la famille, l'éducation des enfants, les charges matrimoniales, la communauté de vie, sans oublier l'autorité parentale.

En Italie, seront lus les articles 143, 144 et 147, également relatifs aux droits et devoirs réciproques des époux, c'est-à-dire à la fidélité, l'assistance morale et matérielle, la collaboration dans l'intérêt de la famille, la cohabitation, la contribution aux besoins de la famille, les divers devoirs vis-à-vis des enfants.

Système de *Common law* oblige, les époux anglais seront dispensés de toute lecture d'articles de Code ou d'autre loi. En revanche, ils devront apprendre, normalement par cœur, un certain nombre de formules d'engagement, dites traditionnelle, moderne ou simplifiée, dont les termes ne peuvent en aucun cas être modifiés.

Ainsi, de manière moderne, le *superintendent registrar* pourra poser la question, comme en France ou en Italie : « *Are you (your full name) free, lawfully, to marry (your partner's full name)?* ». Mais, souvent, ce sont les époux eux-mêmes qui proclameront « *I do solemnly declare, that I know not of any lawful impediment why I (your name) may not be joined in matrimony to (your partner's full name)* ». Ils pourront également ajouter des promesses, telles que « *I promise to care for you above all others, to give you my love and friendship, support and comfort, and to respect and cherish you throughout our lives together* », « *I give you this ring as a token of our love and marriage, as a symbol of all that we share and in recognition of our life together* » ou encore « *I promise to love and respect you. Helping our love grow, always being there to listen, comfort and support you, whatever our lives may bring* »<sup>919</sup>.

**379. Registres d'état civil.** - Une fois la déclaration des époux reçue par l'officier d'état civil attestant de l'intention réciproque des parties de se prendre pour époux<sup>920</sup>, déclaration faite oralement, par écrit ou par geste, l'officier d'état civil déclare le couple « uni par le mariage », « *lawfully married* », « *uniti in matrimonio* ».

---

<sup>918</sup> Selon C. civ., art. 75.

<sup>919</sup> S. GILMORE & L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, Annexes.

<sup>920</sup> C. c., art. 107; C. civ., art. 75 ; *Marriage Act* de 1949, S. 44.

Dans les cas français et italien, le mariage est inscrit dans le registre de l'état civil. En Angleterre, les époux ne sont plus invités depuis peu à signer de registre mais un *marriage schedule*, à remettre à l'officier d'état civil afin que celui-ci procède à l'enregistrement électronique du mariage<sup>921</sup>.

## 2/ Les conditions de fond du mariage civil

**380.** Les conditions de fond, qualifiées d'empêchements à mariage, si elles sont de moins en moins nombreuses, avec un champ d'application de plus en plus restreint, n'en sont pas moins strictement réglementées dans chaque pays. On retrouve ainsi les principes communs de la nubilité, du consentement et de la limitation des liens de consanguinité (a). Le principe de monogamie fait également l'unanimité dans les trois pays mais demande un traitement particulier, la population d'origine étrangère pratiquant la polygamie ayant augmenté au cours des dernières décennies et donc suscité des réactions législatives et judiciaires (b).

### a/ Principes de nubilité, du consentement et de la limitation des liens de consanguinité

**381. Nubilité.** - On retrouve communément la question de la nubilité, soit le principe qu'un mariage ne saurait être célébré avant l'âge de dix-huit ans révolus au moment de la célébration<sup>922</sup>.

Il est toutefois possible de bénéficier d'une dispense exceptionnelle, accordée, en Italie comme en France, par le procureur de la République, à partir du moment où elle s'accompagne d'une autorisation parentale préalable<sup>923</sup>.

L'Angleterre se contente de la seule autorisation des parents, les tribunaux n'intervenant qu'en cas de refus des parents<sup>924</sup>.

Dans les trois cas, le mineur ne saurait avoir toutefois moins de seize ans.

---

<sup>921</sup> *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act* de 2019, S. 2 et s.

<sup>922</sup> C. c., art. 84 al. 1; C. civ., art. 144; *Marriage Act* de 1949, S. 1.

<sup>923</sup> C. c., art. 84 al. 2; C. civ., art. 145.

<sup>924</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 3.



**382. Consentement.** - Autre empêchement commun, celui de l'absence de consentement légitime, ceci afin de prévenir les cas de simulation ou de contrainte, et de protéger les majeurs sous tutelle ou sous curatelle<sup>925</sup>.

Ainsi, l'adage devenu article de loi « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point consentement » se retrouve dans les trois pays, en insistant sur un consentement existant, libre et éclairé.

**383. Consanguinité.** - Troisième interdiction, cette fois relative à la consanguinité<sup>926</sup>.

Sur ce dernier point, il est intéressant de noter que si, encore une fois, la législation civile a suivi le droit canonique en la matière, elle l'a réduit à peu de choses. On est loin en effet aujourd'hui des prohibitions entre parents jusqu'au septième degré canonique, ce qui correspondrait au quatorzième degré français, soit un cousinage très éloigné<sup>927</sup>. Reste en l'état des droits anglais, français et italien actuels<sup>928</sup> l'interdiction entre ascendants et descendants, et alliés dans la même ligne, ce qui inclut un homme et les enfants de son ex-épouse ou entre un veuf et la fille de sa femme<sup>929</sup>.

La question s'est posée de savoir si l'union d'un père ou une mère avec celui-celle qui avait été le conjoint de son enfant tombait également sous le joug de ces mêmes interdictions<sup>930</sup>. Nous connaissons désormais la réponse, à la suite d'une décision remarquée de la CEDH de 2005, opposant le Royaume-Uni au couple B. et L.<sup>931</sup>.

En l'espèce, après avoir épousé le fils et eu un enfant de ce dernier, une femme divorce puis emménage avec son ex-beau-père. Ensemble, ils élèvent leur fils/petit-fils puis cherchent à régulariser leur union en passant devant le *superintendent registrar*, qui refuse de procéder au mariage. La Cour européenne a considéré qu'empêcher un tel mariage, « bien que poursuivant le but légitime de protection de l'intégrité de la famille »<sup>932</sup>, violait l'article 12 de la Convention », l'obstacle au droit de se marier et de fonder une famille étant alors « d'une sévérité telle que ce droit s'en trouverait atteint dans sa substance même »<sup>933</sup> et constituerait donc une atteinte excessive au droit du mariage. La

---

<sup>925</sup> C. c., art. 86; C. civ., art. 146; *Marriage Act* de 1949, S. 3.

<sup>926</sup> C. c., art. 87; C. civ., art. 161-163; *Marriage Act* de 1949, S. 5A.

<sup>927</sup> P. MURAT, *Droit de la famille*, op. cit., p. 91.

<sup>928</sup> C. c., art. 87; C. civ., art. 161-164; *Marriage (Prohibited Degrees of Relationship) Act* de 1986, S. 1.

<sup>929</sup> P. MURAT, op. cit., p. 92.

<sup>930</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 2013, n° 12-26.066 (1389 FS P + B + I), *JurisData* n° 2013 – 027409.

<sup>931</sup> CEDH, *B. et L. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2005, n° 36536/02, D. 2006.1418.

<sup>932</sup> *Ibid.*, § 3.

<sup>933</sup> *Ibid.*

décision a été entendue en Angleterre, qui l'a intégrée en son droit interne *via* le *Marriage Act 1949 (Remedial) Order* de 2007<sup>934</sup>.

Le droit italien n'ayant pas, quant à lui, amendé l'article 87 de son *Codice civile*, les dispositions de son alinéa 1<sup>er</sup><sup>935</sup> sont toujours valables. L'alinéa 4 prévoit quelques exceptions et donc la possibilité d'un mariage entre oncle-tante/ nièce-neveu, entre parents collatéraux au deuxième degré, voire même entre alliés en ligne directe, mais uniquement si un tribunal l'autorise<sup>936</sup>. Dans le cas précis des parents en ligne directe, l'autorisation du juge n'est supposée être octroyée que si le mariage a été déclaré nul<sup>937</sup>, bien qu'un arrêt de 2003 ait décidé d'étendre cette règle au mariage dissous par divorce<sup>938</sup>.

En ligne collatérale, que l'on parle de l'Angleterre, de la France ou de l'Italie, on retiendra l'interdiction faite de se marier entre frère et sœur, entre frères, entre sœurs<sup>939</sup>; entre oncle et nièce ou tante et neveu<sup>940</sup>, ainsi qu'entre un homme et la fille de sa demi-sœur<sup>941</sup> ou entre un grand-oncle et une petite-nièce<sup>942</sup>. Cependant, une union entre cousins germains et parents plus éloignés n'emporte plus de conséquence juridique.

Dernier point, les enfants adoptés étant placés sur un pied d'égalité avec les enfants naturels de par les diverses législations, il n'est plus fait de différence entre eux au niveau des interdictions relatives à la consanguinité en cas de mariage. Tout au plus note-t-on la réitération desdites interdictions, côté anglais, par une mesure législative supplémentaire contenue dans le *Children Act* de 1975<sup>943</sup>, et, côté italien, par son insertion à l'article 87 du *Codice civile*<sup>944</sup>. La France se contente de signaler, en son article 356 du Code civil, que « L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine », ne rajoutant rien de plus dans la partie consacrée au mariage.

---

<sup>934</sup> *Marriage Act 1949 (Remedial) Order* de 2007.

<sup>935</sup> C. c. art. 87, al. 1 : « *Non possono contrarre matrimonio fra loro: 1) gli ascendenti e i discendenti in linea retta; 2) i fratelli e le sorelle germani, consanguinei o uterini; 3) lo zio e la nipote, la zia e il nipote; 4) gli affini in linea retta; il divieto sussiste anche nel caso in cui l'affinità deriva da matrimonio dichiarato nullo o sciolto o per il quale è stata pronunciata la cessazione degli effetti civili; 5) gli affini in linea collaterale in secondo grado; 6) l'adottante, l'adottato e i suoi discendenti; 7) i figli adottivi della stessa persona; 8) l'adottato e i figli dell'adottante; 9) l'adottato e il coniuge dell'adottante, l'adottante e il coniuge dell'adottato* ».

<sup>936</sup> C. c. art. 87, al. 4 : « *Il tribunale, su ricorso degli interessati, con decreto emesso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, può autorizzare il matrimonio nei casi indicati dai numeri 3 e 5, anche se si tratti di affiliazione. L'autorizzazione può essere accordata anche nel caso indicato dal numero 4, quando l'affinità deriva da matrimonio dichiarato nullo* ».

<sup>937</sup> *Ibid.*

<sup>938</sup> Trib. Grosseto, decreto, 9 octobre 2003.

<sup>939</sup> C. civ., art. 162.

<sup>940</sup> C. civ., art. 163.

<sup>941</sup> Rouen, 23 février 1982, *D.* 1982. *IR* 211.

<sup>942</sup> Req. 28 novembre 1877, *DP* 1878, 1, 209.

<sup>943</sup> *Children Act* de 1975.

<sup>944</sup> C. c., art. 87 al. 6-9.

## b/ Principe de monogamie

**384. Monogamie.** - Dernier point en termes d'empêchement au mariage, faisant l'unanimité de nos pays : l'interdiction de liens antérieurs. Un mariage précédent doit donc être dissous d'une manière ou d'une autre, ce qui impose la nécessité d'être célibataire, veuf ou divorcé avant d'envisager de se marier ou de se remarier.

La bigamie, et *a fortiori* la polygamie, est donc interdite en Angleterre, comme en France ou en Italie.

Il va sans dire que cet interdit vise tout autant la polygynie, c'est-à-dire l'union d'un homme avec plusieurs femmes, que la polyandrie, l'union cette fois d'une femme à plusieurs hommes, même si ce dernier cas est très nettement sous-représenté<sup>945</sup>.

La monogamie est donc la norme dans les trois États, se traduisant en droit français et italien par une double interdiction, tant civile<sup>946</sup> que pénale<sup>947</sup> de l'union polygamique. Il en va de même au niveau européen, aussi bien par la CEDH, qui rappelle, dans sa décision de 1986<sup>948</sup> que « même si (...) l'interdiction du divorce doit s'analyser en une limitation à la capacité de se marier, pareille limitation ne saurait, dans une société adhérant au principe de la monogamie, passer pour une atteinte à la substance même du droit garanti par l'article 12 »<sup>949</sup>, que par l'Union européenne, *via* sa directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial<sup>950</sup>.

**385. Ordre de l'interdiction.** - La question s'est vite posée de savoir ce qu'il fallait entendre par « interdiction de l'union polygamique ». En cas de mariages multiples, le premier mariage est-il le seul valable, à l'exclusion des mariages successifs ? Ou a-t-on le choix entre les divers mariages, quitte à en maintenir un et à dissoudre les autres, sans respecter un quelconque ordre ?

En droit français, la réponse offerte est la suivante : une fois constatée la bigamie ou la polygamie, c'est la seconde union, pas la première, qui est déclarée nulle (nullité absolue seulement prescriptible au-delà d'un délai de trente ans<sup>951</sup>)<sup>952</sup>.

---

<sup>945</sup> B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, GLN Joly, 1993, p. 4.

<sup>946</sup> C. civ., art. 147 ; C. c., art. 86.

<sup>947</sup> C. pén., art. 433-20 ; C. p., art. 556.

<sup>948</sup> CEDH, *Affaire Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, 9697/82.

<sup>949</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>950</sup> Directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

<sup>951</sup> C. civ., art. 184 et 188.

<sup>952</sup> Cf. à ce propos : N. JOUBERT et E. GALLANT, « Le recours à l'exception d'ordre public en droit français de la famille face à des normes de pays du Sud de la Méditerranée », in N. BERNARD-

Aux termes des articles 86<sup>953</sup> et 117<sup>954</sup> du *Codice civile*, il est clair que sera également déclaré nul le mariage contracté par une personne déjà engagée dans une union précédente. Comme en France, c'est donc le second mariage qui sera frappé de nullité, et non pas le premier. Ainsi, la *Corte d'appello* de Rome a rappelé que seul le premier mariage contracté par un citoyen étranger, et à condition qu'il ne heurte pas l'ordre public, est reconnu en Italie, excluant toute reconnaissance de l'(les) unions suivante(s) : « *mentre è trascrivibile il primo matrimonio contratto da cittadino straniero, non incontrando l'unico limite alla sua trascrivibilità, cioè quello della contrarietà all'ordine pubblico, non lo sarebbe solo l'ulteriore matrimonio* »<sup>955</sup>.

**386.** Il convient à ce stade de distinguer la législation propre aux trois États en matière d'extranéité, c'est-à-dire quand le couple est régulièrement marié aux yeux de sa loi locale, cette dernière autorisant la polygamie, puis est amené à venir vivre en France (i), en Italie (ii) ou en Angleterre (iii).

*i. La question de l'extranéité en droit français*

**387. Extranéité** – La question est en elle-même suffisamment importante pour faire l'objet d'un traitement spécifique<sup>956</sup>. L'exception d'ordre public international, ce mécanisme permettant l'éviction d'une loi étrangère normalement compétente au nom des notions d'ordre public atténué ou d'ordre public de proximité, a en effet permis aux juges français de développer des solutions à l'égard des mariages polygames.

**388.** On retiendra d'ores et déjà simplement ici qu'en droit français<sup>957</sup>, l'interdiction de célébrer un second mariage doit être respecté par tout Français dont le mariage serait

---

MAUGIRON, B. DUPRET, MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, FRANCE *et a.*, *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 313.

<sup>953</sup> C. c., art. 86 : « *Non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio o da un'unione civile tra persone dello stesso sesso precedente* ».

<sup>954</sup> C. c., art. 117 : « *Il matrimonio contratto con violazione degli articoli 86 [c.p. 556], 87 e 88 può essere impugnato dai coniugi, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano per impugnarlo un interesse legittimo e attuale [125, 127, 191, 785; 70, 100 c.p.c.]* ».

<sup>955</sup> App. Roma, 15 octobre 2013 :

[https://cla.unisalento.it/c/document\\_library/get\\_file?folderId=23406266&name=DLFE-194429.pdf](https://cla.unisalento.it/c/document_library/get_file?folderId=23406266&name=DLFE-194429.pdf)

<sup>956</sup> Cf. *infra* Titre III, Chapitre I, Section 3, Le mariage sous l'angle du droit international privé français, § 896 et s.

<sup>957</sup> C. ROTH, « Polygamie et ordre public », in H. PAULIAT et E. NÉGRON, *Famille, éthique et justice*, Limoges, Pulim, 2016, p. 16.

célébré sur le territoire national ou à l'étranger, « même dans un pays prévoyant ce type d'union, avec un conjoint dont la loi personnelle le permettrait »<sup>958</sup>.

De même, cette interdiction de célébrer un second mariage doit être respectée par les autorités étrangères présentes sur le sol hexagonal, ce qui inclut donc les ambassades et consulats étrangers<sup>959</sup>.

Enfin, l'interdiction de célébrer un second mariage s'impose également aux étrangers dûment mariés selon leurs lois personnelles souhaitant venir résider en France ; à défaut, ils ne pourront pas bénéficier du regroupement familial et se verront refuser un titre de séjour.

**389. Regroupement familial.** - L'article 411-7 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est en effet très clair à ce propos : « Lorsqu'un étranger polygame réside en France avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial. Le titre de séjour sollicité ou obtenu par un autre conjoint est, selon le cas, refusé ou retiré. Le titre de séjour du ressortissant étranger polygame qui a fait venir auprès de lui plus d'un conjoint, ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux, lui est retiré »<sup>960</sup>.

**390. Renouvellement du titre de séjour.** - Quant aux étrangers déjà installés en France, et cela depuis la loi du 24 août 1993<sup>961</sup>, suivie de la kyrielle de lois relatives à l'immigration, leur titre de séjour peut ne pas être renouvelé en cas de « régularité du séjour d'un étranger polygame sur le territoire français »<sup>962</sup>.

Le Conseil d'État s'est penché par deux fois sur cette loi, dans un temps pour admettre qu'elle peut produire des effets rétroactifs<sup>963</sup>, dans un autre, pour juger que « l'étranger placé dans cette situation ne pouvait utilement se prévaloir des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>964</sup>.

---

<sup>958</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 1988, *Bull. civ.* n° 226 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2002, *Bull. civ.* n° 214.

<sup>959</sup> *Ibid.*

<sup>960</sup> CESEDA, art. 411-7.

<sup>961</sup> Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, JORF n° 200 du 29 août 1993.

<sup>962</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>963</sup> CE, 2/6 SSR, 18 juin 1997, n° 162517 et n° 162518.

<sup>964</sup> C. ROTH, « Polygamie et ordre public », in H. PAULIAT et E. NÉGRON, *Famille, éthique et justice*, *op. cit.*, p. 20. CE, 5/7 SSR, 29 décembre 2000, n° 210895.

La loi de 1993 a été, entre autres, ultérieurement renforcée par une première circulaire en date du 25 avril 2000 du Ministère de l'Intérieur, laquelle reconnaît le seul mariage monogamique et impose aux conjoints d'un mariage polygamique l'obligation de divorcer<sup>965</sup> ou de « dé-cohabiter »<sup>966</sup>, selon les cas. Une autre circulaire, en date du 12 mai 2000 et émanant cette fois conjointement du Ministère du Travail et du Ministère de l'Intérieur<sup>967</sup>, a confirmé que la polygamie traduisait « un grave défaut d'intégration motivant une décision d'irrecevabilité »<sup>968</sup>. Il semble que toutes ces dispositions soient d'un effet relatif, puisque l'Institut national d'études démographiques notait, pour l'année 1995, l'existence de quelques 10 000 ménages polygames en France, quand la Commission nationale consultative des droits de l'homme aurait comptabilisé 180 000 familles polygames<sup>969</sup> en 2006.

#### *ii. La question de l'extranéité en droit italien*

**391. Extranéité** - À partir des années 80, par l'intermédiaire de deux circulaires ministérielles<sup>970</sup>, l'Italie a également commencé à limiter le droit au regroupement familial à un seul conjoint, puis a poursuivi par voie législative<sup>971</sup> en interdisant tout regroupement dans le cas où le conjoint résidant en Italie serait déjà marié à une autre femme qui vivrait avec lui sur le territoire italien.

**392. Égalité homme-femme.** - Ultérieurement, par un décret en date du 23 avril 2007<sup>972</sup>, le Ministère de l'Intérieur est revenu sur le caractère monogamique du mariage, en rappelant en outre l'importance accordée à l'égalité homme-femme « *Il matrimonio è fondato sulla eguaglianza di diritti e di responsabilità tra marito e moglie, ed è per questo a struttura monogamica* ». Il a poursuivi, dans le même article<sup>973</sup>, par l'interdiction de la

---

<sup>965</sup> Circ. du 25 avril 2000, Renouvellement des cartes de résident obtenues par des ressortissants étrangers polygames avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993 (non publié au JO).

<sup>966</sup> G. FELLOUS, *La laïcité pour tous*, Paris, L'Harmattan, 2016, t. 3, p. 65.

<sup>967</sup> Circ. DPM n° 2000-254 du 12 mai 2000 relative aux naturalisations, réintégrations dans la nationalité française et perte de la nationalité française (non publié au JO).

<sup>968</sup> *Ibid.*, art. II – C- 1.

<sup>969</sup> G. FELLOUS, *op. cit.*, p. 69.

<sup>970</sup> *Ministero dell'Interno, Circolare n° 599/443/1512756/A16/88 dell' 1 ottobre 1998 ; Circolare n° 5599/443/186378/5/11/3/1/2/1 Div del 7 ottobre 1988.*

<sup>971</sup> *L. 15 gennaio 2009, n° 94 - Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, G.U. del 24 luglio 2009 n° 170.*

<sup>972</sup> *Decreto 23 aprile 2007 - Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione in materia di matrimonio e famiglia, G.U. 16 giugno 2007 n° 137.*

<sup>973</sup> *Ibid.*, art. 17.

polygamie : « *L'Italia proibisce la poligamia come contraria ai diritti della donna, in accordo anche con i principi affermati dalle istituzioni europee* ».

**393. Polygamie de fait et de droit.** - Cependant, cette position initialement rigoureuse a été, momentanément, assouplie par un arrêt de la Cour de cassation italienne en 1999<sup>974</sup>, au cours duquel la Cour a tenu à faire une distinction entre polygamie *in fatto* - en fait, où existe une pluralité de liens pour un même sujet -, et *in diritto* – en droit, c'est-à-dire « des mariages de fait monogamiques bien que régis par des lois qui, dans l'absolu, admettent la polygamie »<sup>975</sup>. Par là même, la Cour de cassation a reconnu la possibilité du regroupement familial en faveur d'une seconde épouse, dans le cas où cette dernière serait la mère d'un mineur vivant déjà avec le père polygamique, et ce, dans l'intérêt supérieur de l'enfant mineur à ne pas être séparé de ses parents. Cette décision a été suivie par la Cour d'appel de Turin le 18 avril 2001<sup>976</sup> qui a repris la possibilité offerte par la Cour de cassation en 1999<sup>977</sup> de reconnaître, non pas la polygamie en droit, mais la polygamie en fait. Nous nous éloignons certes un peu de notre sujet central en ouvrant ici la porte aux enfants et à leurs intérêts, mais il s'agit cependant avant tout de montrer que l'Italie n'a pas toujours fermé totalement la porte à la polygamie, quand des situations qu'elle estimait de faiblesse étaient en jeu.

**394. Intervention de la Cour de cassation.** - On notera que la décision de 1999 n'a pas fait jurisprudence. Ainsi, par un arrêt en date du 28 février 2013<sup>978</sup>, la Cour de cassation a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Venise, en date du 27 juillet 2011, et rappelé que l'interdiction d'octroi de visa « s'applique à chaque fois qu'une situation de polygamie est avérée, car contraire au droit italien de la famille »<sup>979</sup>, le but étant « d'éviter qu'une situation de polygamie ne s'impose dans notre ordre juridique, ce qui serait contraire à notre ordre public même constitutionnel »<sup>980</sup>.

La haute Cour a par la suite été suivie par la Cour d'appel de Rome, qui a rappelé l'incompatibilité des mariages polygamiques avec l'ordre public italien et retenu à cet effet le premier mariage comme étant le seul valable : « *Ritiene la validità della trascrizione del*

---

<sup>974</sup> Cass. civ., sez. I, 2 marzo 1999, n° 1739, *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1999.

<sup>975</sup> G. OBERTO, « Matrimoni misti, ordine pubblico e principi sovranazionali », *Fam. e dir.* 2010, p. 77.

<sup>976</sup> App. Torino, 18 aprile 2001, *Dir fam.*, 2001, 1492 et s.

<sup>977</sup> Cass. civ., sez. I, 2 marzo 1999, n° 1739, *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1999.

<sup>978</sup> Cass. civ., sez. VI, 28 febbraio 2013, n° 4984, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, n° 1, 161 et s.

<sup>979</sup> *Ibid.*, § 2.

<sup>980</sup> *Ibid.*, § 4.

*matrimonio osservando, quanto alla dedotta intrascrivibilità del matrimonio poligamico, solo il secondo e gli ulteriori matrimoni si pongono in contrasto con il principio di ordine pubblico della poligamia e, dunque, solo questi non sono trascrivibili »<sup>981</sup>.*

**395.** La parenthèse multiculturelle italienne s'est refermée. À ce stade, il est difficile de savoir si elle se rouvrira.

### *iii. La question de l'extranéité en droit anglais*

**396. Extranéité** - L'Angleterre a été plus qu'hésitante en la matière et a évolué d'une reconnaissance partielle des mariages polygamiques à une interdiction de plus en plus prononcée.

**397. Reconnaissance de la polygamie.** - Tout commence en 1866, avec l'affaire *Hyde v. Hyde*<sup>982</sup>. Un jeune prêcheur mormon, d'origine anglaise, Hyde, épouse aux États-Unis (dans l'Utah) une autre jeune Anglaise, selon le rite mormon, qui reconnaît la polygamie. Quelques temps plus tard, Hyde renie sa foi mormone ; excommunié, il décide de rentrer en Angleterre et d'y devenir ministre d'un culte favorisant cette fois la monogamie. Pendant ce temps, selon la confession mormone, sa femme est devenue libre de tout lien avec son précédent mari ; elle en profite donc pour se remarier, toujours aux États-Unis, avec Joseph Woodmansee. Hyde se décide alors à porter l'affaire devant les tribunaux anglais, afin d'obtenir un divorce pour adultère. Hélas pour lui, il est débouté de sa requête, les tribunaux anglais se déclarant incompétents « pour connaître de toute action matrimoniale concernant un mariage polygamique »<sup>983</sup>.

Le juge Lord Penzance s'appuie pour cela sur la notion de mariage, qu'il définit « selon la chrétienté (comme) l'union volontaire pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre forme », « *in Christendom a voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others* »<sup>984</sup>. Or, poursuit Lord Penzance, un mariage contracté dans un pays où la polygamie est légale ne peut être considéré comme un mariage chrétien. En conséquence, et même si le droit matrimonial américain accepte

<sup>981</sup> App. Roma, 15 ottobre 2013.

[https://cla.unisalento.it/c/document\\_library/get\\_file?folderId=23406266&name=DLFE-194429.pdf](https://cla.unisalento.it/c/document_library/get_file?folderId=23406266&name=DLFE-194429.pdf)

<sup>982</sup> *Hyde v. Hyde and Woodmansee* [1866] LR 1, P & D 130.

<sup>983</sup> B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, op. cit., p. 45.

<sup>984</sup> *Hyde v. Hyde and Woodmansee* [1866] LR 1, P & D 130, § 1.



le mariage polygamique, « la simple possibilité de pouvoir pratiquer la polygamie suffisait à exclure la compétence des juridictions anglaises pour connaître du mariage »<sup>985</sup>. Le raisonnement qui consiste non pas à interdire la polygamie mais à se déclarer incompétent a l'avantage certain de ne pas avoir à se positionner sur un problème aussi délicat, mais laisse les personnes concernées dans un vaste flou juridique.

**398. Brèches jurisprudentielles.** - Après la Seconde Guerre mondiale, face à un nombre grandissant d'immigrés issus de pays acceptant la polygamie, quelques arrêts refusent de suivre le *precedent* établi par Lord Penzance.

Ainsi, en 1946, dans l'affaire *Srini Vasan v. Srini Vasan*<sup>986</sup>, la cour reconnaît un mariage précédemment conclu en Inde, en dépit de son caractère polygamique, selon un raisonnement fondé principalement sur la tolérance : « *To deny recognition of a Hindu marriage for the purpose in hand, would, in my opinion, be to fly in the face of common sense, good manners and the ordered system of tolerance on which the Empire is based ; and, as I decide, to deny recognition would be bad law* »<sup>987</sup>.

Une telle attitude est cependant minoritaire et est à rapprocher de la politique du Royaume-Uni d'alors, encore à la tête d'un immense Empire qu'il comptait bien conserver en apaisant au maximum toute forme de tensions potentielles.

**399. Réformes législatives.** - Il faut attendre la réforme de 1972-1973 pour que l'état du droit anglais en la matière évolue. Dans un premier temps, les tribunaux anglais se déclarent compétents pour toute « action matrimoniale, quelle que soit la nature de son mariage »<sup>988</sup>, actant la fin de la jurisprudence *Hyde*.

En conséquence, il devient nécessaire de se positionner sur les mariages polygamiques, ce qui est fait non seulement avec le *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act* de 1972 mais également avec le *Matrimonial Causes Act* de

---

<sup>985</sup> B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, op. cit. *Hyde v. Hyde and Woodmansee* [1866] LR 1, P & D 130, § 2 : « *A marriage contracted in a country where polygamy is lawful, between a man and a woman who profess a faith which allows polygamy, is not a marriage as understood in Christendom; and although it is a valid marriage by the lex loci, and at the time when it was contracted both the man and the woman were single and competent to contract marriage, the English Matrimonial Court will not recognise it as a valid marriage in a suit instituted by one of the parties against the other for the purpose of enforcing matrimonial duties, or obtaining relief for a breach of matrimonial obligations* ».

<sup>986</sup> *Srini Vasan v. Srini Vasan* [1946], 396.S.E. 2d 675, p. 67.

<sup>987</sup> C. HAMILTON, *Family, law, and religion*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 69-70.

<sup>988</sup> B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, op. cit., p. 47 : *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act* de 1972, S. 2.

1973<sup>989</sup>. La polygamie y est pleinement reconnue à condition que le mariage en question ait été célébré dans un pays admettant cette forme d'union dans son ordre juridique interne, à l'instar des anciennes colonies britanniques d'Asie occidentale et du sous-continent indien. En revanche, si le mari épouse, sur le sol anglais, une seconde épouse présente au Royaume-Uni, le mariage est déclaré nul, *void ab initio*, car constituant alors un acte de bigamie<sup>990</sup>. Ce qui compte donc, à cette époque, c'est la *lex loci celebrationis*, la loi du territoire sur lequel a été pratiqué le mariage polygamique, pas le lieu de résidence des familles à la suite du/des mariage(s).

Cette position est partiellement remise en cause avec l'arrêt *Hussain v Hussain*<sup>991</sup> : l'homme, domicilié en Angleterre (qui ne reconnaît que la monogamie sur son sol), épouse, sur le territoire pakistanais et selon la loi musulmane, une femme domiciliée au Pakistan (qui reconnaît la polygamie). La cour a estimé que ce mariage n'était pas « potentiellement polygame » du fait du domicile de l'homme (en Angleterre) et devait être conçu comme un mariage valable, mais monogame selon la loi anglaise<sup>992</sup> : « (...) *being an English domiciliary, his capacity to marry was governed by English law which only allowed monogamous marriages. He was therefore validly, though monogamously, married* ». Le *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995<sup>993</sup> étend quelques années plus tard la mesure aux femmes domiciliées en Angleterre<sup>994</sup>.

Une nouvelle loi est finalement adoptée en 1988, *l'Immigration Act*<sup>995</sup>. Les temps ont changé et le gouvernement britannique, se rapprochant en cela de ses homologues continentaux, cherche désormais à limiter le regroupement familial en cas de mariages polygames. Le *right of abode*, le droit de résider au Royaume-Uni, devient alors clairement limité à une seule femme d'un mariage polygame, en l'occurrence, à la première femme<sup>996</sup> ou plus exactement à la femme ayant le droit de résider au Royaume-Uni du fait de son mariage avec un homme bénéficiant lui-même du droit de résider au Royaume-Uni de par *l'Immigration Act* de 1971<sup>997</sup>. La femme en question ne pourra en revanche bénéficier

---

<sup>989</sup> Et en particulier, la S. 11 (d) du *Matrimonial Causes Act* de 1973.

<sup>990</sup> *Offences Against the Person Act* de 1861, S. 57

<sup>991</sup> *Hussain v Hussain* [1982] 3 All ER 369.

<sup>992</sup> D. MCLEAN, "Marriage in England", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, op. cit., p. 196.

<sup>993</sup> *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995.

<sup>994</sup> Et en Écosse.

<sup>995</sup> *Immigration Act* de 1988.

<sup>996</sup> *Ibid.*, S. 2.

<sup>997</sup> *Immigration Act* de 1971.

d'aucun droit de résidence si une autre femme vit déjà avec l'homme au Royaume-Uni et est mariée à ce dernier.

La mesure n'a semble-t-il pas eu le succès escompté et le gouvernement s'est rapidement aperçu qu'un nombre considérable de mariages polygamiques continuaient à être pratiqués, même après 1988, l'un étant déclaré, quand l'autre ou les autres restaient non officiels.

C'est pourquoi, dans le cadre du *Welfare reform Act* de 2012 devant entrer en vigueur en 2021, il est prévu de limiter les aides sociales aux seuls couples mariés, pacsés ou vivant ensemble, à l'exclusion de toute autre partenaire supplémentaire<sup>998</sup>, dans l'espoir sans doute de renflouer les caisses du trésor britannique mais surtout de faire diminuer le nombre de mariages polygames, à défaut de l'éradiquer totalement.

L'Angleterre a finalement rejoint la France et l'Italie dans sa condamnation univoque de la polygamie.

## **D/ Un particularisme national marqué**

**400.** Les différences relatives au mariage civil des trois pays ne sont pas légion. Elles existent cependant et la plupart sont intéressantes à citer, à titre anecdotique, telles l'horaire de mariage, les tarifs et lieux de cérémonie, le délai de viduité ou l'empêchement au mariage à la suite d'un meurtre (1). Une seule mérite clairement notre attention, celle de l'antériorité du mariage civil français (2).

### **1/ Quelques particularités nationales**

**401.** On mentionnera ici quelques spécificités locales, parfois pittoresques, portant sur les horaires des cérémonies matrimoniales (a), le coût engendré (b), la possibilité de se marier en des endroits autres que la mairie (c), le maintien du délai de viduité (d) ainsi que l'empêchement lié au meurtre (e).

---

<sup>998</sup> *Welfare Reform Act* de 2012, S. 39.

#### a/ Horaires de cérémonie

**402. Angleterre.** - L'Angleterre avait mis en place, *via* le *Marriage Act* de 1836, et toujours dans ce même souci de limiter le plus possible les mariages clandestins, l'interdiction de se marier avant huit heures du matin et après six heures du soir.

Depuis l'entrée en vigueur du *Protection of Freedoms Act* de 2012<sup>999</sup>, il est dorénavant possible de se marier en Angleterre en soirée, voire de nuit<sup>1000</sup>, un choix qui n'est à présent offert ni en Italie ni en France.

#### b/ Coût de la cérémonie civile

**403. France et Italie.** - Gratuit en France, peu onéreux en Italie (il faut déboursier 14,52€ en timbres fiscaux, fois deux si les époux ne résident pas dans la même commune<sup>1001</sup>), le mariage civil prend un autre visage en Angleterre.

**404. Angleterre.** - En effet, la publication que doivent demander les futurs époux auprès du *superintendent registrar* du district dans lequel ils résident revient à 35 £ par personne, soit 70 £ pour le couple.

S'il s'avère nécessaire de mener une enquête sur le couple dans le cadre du « *referral and investigation scheme* », le prix de la publication s'élève alors à 47 £ par personne, soit 94 £ pour le couple.

Enfin, il sera demandé 46 £ pour la cérémonie civile elle-même, et 11 £ pour le certificat de mariage, à retirer quatre jours après la cérémonie de mariage.

En cas d'urgence, il peut être délivré un certificat de manière immédiate, pour 35 £.

Dans le meilleur des cas, une cérémonie civile anglaise coûtera donc 127 £ à un couple, soit un peu moins de 150 €<sup>1002</sup>.

---

<sup>999</sup> *Protection of Freedoms Act* de 2012.

<sup>1000</sup> *Ibid.*, S. 114.

<sup>1001</sup> Cf. par exemple : <https://www.comune.milano.it/servizi/sposarsi-con-rito-civile>

<sup>1002</sup> Les tarifs sont à retrouver sur <https://www.gov.uk/marriages-civil-partnerships/give-notice?step-by-step-nav=724aa735-c4cc-4ffc-9136-dcb43668982b> et <https://www.gov.uk/order-copy-birth-death-marriage-certificate?step-by-step-nav=724aa735-c4cc-4ffc-9136-dcb43668982b>

### c/ Lieux de célébration

**405.** La France, l'Italie et l'Angleterre acceptent que le mariage n'ait pas obligatoirement lieu à la mairie : il peut donc se dérouler soit à la mairie, en *casa comunale*, au *city hall* mais également dans des bâtiments municipaux (France et Italie) ou, pour l'Angleterre, dans des *approved premises*.

**406. Italie.** - Côté italien, le bâtiment municipal désigne toute propriété appartenant à la ville, depuis la salle des fêtes jusqu'à l'église désacralisée, en passant par de magnifiques *ville* de valeur culturelle et historique plus ou moins élevée. Il est donc possible de se marier dans la maison de Roméo et Juliette, à Vérone, ou dans la villa Verdi de Salerne. Une telle occasion impliquera bien sûr un certain budget (globalement de 300 à 1000 €, voire plus)<sup>1003</sup>.

**407. Angleterre.** - L'idée est quasiment la même en Angleterre mais se veut encore plus large dans sa conception. En effet, les bâtiments d'outre-Manche pouvant accueillir des mariages civils n'ont pas à appartenir à la mairie. On retrouve donc dans la liste des *approved premises* aussi bien des maisons communales que des châteaux privés, des centres de loisir ou de sport, la Tour de Londres ou des hippodromes<sup>1004</sup>.

Il faut cependant que le bâtiment soit « approuvé », aux termes du *Marriage Act* de 1994<sup>1005</sup>, c'est-à-dire reconnu par les autorités locales comme lieu de célébration d'un mariage civil. Pour cela, l'endroit doit être « *a permanently immovable structure* »<sup>1006</sup>, une structure immobilière permanente. Son propriétaire ou son *trustee* doit avoir obtenu, après enquête de la municipalité, une *Approved Premises Licence* attestant de la dignité de l'endroit<sup>1007</sup> à abriter une cérémonie civile, *a « dignified venue for the conduct of a civil wedding »*, sans signe religieux apparent « *no recent or continuing connection with any religious creed or practice* » et conforme à un certain nombre de critères sanitaires<sup>1008</sup>.

---

<sup>1003</sup> À titre d'exemple : <http://www.comune.salerno.it/allegati/19492.pdf>

<sup>1004</sup> La liste des *approved premises* est consultable sur le site : <https://www.gov.uk/government/publications/civil-marriages-and-partnerships-approved-premises-list>

<sup>1005</sup> *Marriage Act* de 1994.

<sup>1006</sup> *Marriages (Approved Premises) Regulations* de 1995, S. 2(1).

<sup>1007</sup> Un simple chapiteau ne suffit pas, par exemple.

<sup>1008</sup> Cf. pour le *county* de Conwy : <https://www.conwy.gov.uk/en/Resident/Births-marriages-and-deaths/Approved-Premises/Assets/documents/Appendix-A-Conditions-for-Venues.pdf>

En 2012, une enquête montrait que les mariages civils anglais représentaient 70% de l'ensemble des unions, et que 85% des mariages civils se déroulaient dans des *approved premises*<sup>1009</sup>.

#### d/ Délai de viduité

**408. Italie.** - L'Italie impose toujours, contrairement à la France et à l'Angleterre, un délai de viduité de trois cents jours à compter de la dissolution du mariage<sup>1010</sup>, afin d'éviter toute incertitude quant à la paternité de l'enfant. L'enfant né pendant ce laps de temps est présumé fils de l'ancien mari de la mère<sup>1011</sup>, sauf dans le cas où le mariage aurait été annulé pour cause de stérilité de l'ancien mari.

**409. France et Angleterre.** - Une telle mesure existait en France jusqu'en 2004<sup>1012</sup>, date à laquelle elle a été abrogée<sup>1013</sup>, permettant ainsi à la femme divorcée de se remarier dès le prononcé définitif du divorce. Ce faisant, la France se rapproche de l'Angleterre qui prévoit la possibilité de se remarier dès l'obtention du *decree absolute*, soit le jugement définitif du divorce.

#### e/ Empêchement italien

**410. Italie.** - Dernière spécificité italienne, inconnue des droits anglais et français, rappelant le droit canonique : parmi les empêchements au mariage, l'article 88 du *Codice civile* prévoit l'impossibilité de contracter un mariage pour celui qui a tué ou attenté à la vie de l'autre conjoint, une fois un jugement prononcé en ce sens.

## **2/ Antériorité du mariage civil français**

**411.** Le concept d'antériorité du mariage civil, généralement inconnu en dehors de l'Hexagone, est simple. Il part du principe que seul le mariage civil est reconnu. Libre

---

<sup>1009</sup> Recherche menée par John Haskey, démographe de l'université d'Oxford : <http://www.ox.ac.uk/news/2015-07-21-just-one-three-weddings-england-and-wales-has-religious-ceremony>

<sup>1010</sup> C. c., art. 89 al. 1.

<sup>1011</sup> C. c., art. 232 al. 1.

<sup>1012</sup> C. civ., art. 228, 261 et s.

<sup>1013</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, JORF n° 122 du 27 mai 2004.

ensuite aux époux, civilement unis, de se présenter devant le ministre du culte de leur choix afin de faire bénir leur union, sans qu'aucun effet civil ne lui soit affecté.

La loi française va cependant plus loin encore, puisqu'elle impose un ordre : d'abord la célébration civile, puis, éventuellement, celle religieuse, l'inverse n'étant ni reconnu ni même toléré (a). Cette disposition, qui semble durablement inscrite dans le paysage législatif français, fait parfois l'objet de critiques. Pour certains, elle est le symbole d'un passé répressif (b), quand d'autres y voient une atteinte à la liberté de conscience (c). Les expériences allemande, italienne et anglaise sont sur ce point intéressantes, offrant une autre façon de concevoir la primauté du mariage civil (d). Néanmoins, d'autres auteurs préconisent à l'inverse de renforcer la règle de la primauté du mariage civil en France (e).

#### a/ Le principe d'antériorité

**412. Lois et Code napoléonien.** - Lorsque Bonaparte arrive au pouvoir, il n'entend pas revenir sur l'aspect civil du mariage acquis entre 1791 et 1792. En revanche, afin de stabiliser le pays d'un point de vue religieux, il va lui ôter son caractère exclusivement civil, en réintroduisant la possibilité d'un mariage religieux, à condition que ce dernier suive, et non qu'il précède, le mariage civil.

Comme le dit Monsieur Charles Bahurel, « par une sorte de « concordat non écrit », l'État et l'Église trouvèrent un compromis tacite, pour donner une apparence de complémentarité aux deux mariages : le mariage civil resta sobre, d'une solennité toute juridique, tandis que la fête et la joie revenaient à la cérémonie religieuse »<sup>1014</sup>.

La mesure est introduite une première fois par un arrêté du 1<sup>er</sup> pluviôse an X, interdisant aux pasteurs de célébrer un mariage protestant avant tout mariage civil, puis est ensuite étendue aux prêtres catholiques par l'arrêté du 18 germinal an X et, finalement, la même année, aux rabbins, par un arrêté du 1<sup>er</sup> prairial<sup>1015</sup>. Pour s'assurer du bon respect de l'ordre ci-dessus invoqué et éviter toute ambiguïté, le ministre du culte est requis de vérifier l'existence du certificat de mariage civil.

---

<sup>1014</sup> C. BAHUREL, « La priorité du mariage civil et l'Islam : pour un droit de la famille au service de l'unité nationale », *loc. cit.*, p. 860.

<sup>1015</sup> N. GUIMEZANES, « Le mariage religieux et son efficacité civile en France », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe, op. cit.*, p. 155.

**413. Articles 199 et 200 du Code pénal.** - Le principe ainsi posé est réitéré un peu plus tard, par une loi en date du 26 février 1810<sup>1016</sup> qui introduit deux importants articles, non pas dans le Code civil, mais dans le Code pénal.

Le premier d'entre eux, l'article 199, prévoit des amendes à l'encontre de « Tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil », amende d'un montant pouvant varier entre 3 000 FF et 6 000 FF.

Le second article, l'article 200, édicte les peines en cas de récidive : « pour la première récidive, un emprisonnement de deux à cinq ans », période étendue à dix-vingt ans dès la seconde récidive.

**414. Nouvel article 433-21 du Code pénal** - Par l'ordonnance du 19 septembre 2000<sup>1017</sup>, les deux célèbres articles ont été fusionnés en un seul, le désormais unique article 433-21 du Code pénal<sup>1018</sup> : « Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ». Si le montant de l'amende a fortement augmenté avec la réforme de 1994, le séjour en prison a été nettement raccourci, même si des peines complémentaires sont prévues à l'article 433-22 du Code pénal<sup>1019</sup>.

**415. Une loi ne souffrant aucune exception** - On notera que le texte mentionne la cérémonie du mariage, et du mariage uniquement. Le législateur de 1810 comme celui de 2000 n'a pas souhaité étendre le principe à d'autres actes pouvant rythmer la vie des hommes et des femmes, tels le baptême, les funérailles ou les fiançailles<sup>1020</sup>.

Il importe peu que le mariage célébré soit « religieusement valable »<sup>1021</sup>, qu'il apparaisse ou à l'inverse n'apparaisse pas sur les registres paroissiaux<sup>1022</sup>, que le ministre du culte ait été présent ou non<sup>1023</sup>. Le principe ne souffre aucune exception, même en cas

---

<sup>1016</sup> Création Loi 1810-02-16 promulguée le 26 février 1810.

<sup>1017</sup> Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, JORF du 22 septembre 2000.

<sup>1018</sup> Figurant au titre III, « Des atteintes à l'autorité de l'État », chapitre II, « Des atteintes à l'administration publique commises par des particuliers », section XI, « Des atteintes à l'état civil des personnes ».

<sup>1019</sup> E. TAWIL, *Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits*, Paris, PUF, 2016, p. 131.

<sup>1020</sup> A. VITU, « Célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable. Art. 433-21. », *JurisClasseur Pénal*, 20, 2011, n° 13 et s.

<sup>1021</sup> *Ibid.*, n° 15.

<sup>1022</sup> *Ibid.*

<sup>1023</sup> *Ibid.*, n° 16.



de suspension temporaire des services de l'état civil<sup>1024</sup> ou d'union entre deux étrangers dont la loi nationale impose le mariage religieux<sup>1025</sup>.

Français ou non, la loi est en effet la même pour tous à partir du moment où la célébration se déroule sur le territoire hexagonal. La jurisprudence a fixé dans un arrêt resté célèbre, l'affaire *Caraslanis*<sup>1026</sup>, le principe selon lequel « le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme » « conformément à la règle *locus regit actum* ». Elle a ainsi validé le mariage civil, célébré en France, d'une Française avec un Grec orthodoxe, alors que la loi grecque exigeait une célébration religieuse<sup>1027</sup>.

Cette position a été réaffirmée par la suite<sup>1028</sup>, ne souffrant là non plus aucune exception, hormis les cas de mariages en la forme diplomatique ou consulaire<sup>1029</sup>.

**416. Délit d'habitude.** – Pour que la disposition soit appliquée, il est fondamental qu'il y ait eu non pas « une » mais des « cérémonies religieuses » irrégulières, pratiquées « de manière habituelle ». Cela suppose au minimum deux mariages religieux célébrés sans cérémonie civile préalable, quand une seule infraction suffisait avant la réforme de 1994<sup>1030</sup>, d'où sa catégorisation en « délit d'habitude ».

b/ De l'utilité d'un tel principe « répressif » et « dépassé »

**417. Sectarisme ou coexistence pacifique ?** - Dans l'ensemble, s'il a pu y avoir des tensions, sur ce point précis, entre l'État et les diverses organisations religieuses présentes en France d'une part, et, d'autre part, si la sévérité des articles 199 et 200 du Code pénal a été critiquée, Madame Nicole Guimezanes constate, en 1991, que « l'on recense une dizaine de décisions publiées depuis 1810 et ne prononçant que des peines sévères, la dernière remontant à 1972 »<sup>1031</sup>.

---

<sup>1024</sup> Montpellier, 31 octobre 1907, *DP* 1908-2-95.

<sup>1025</sup> T. corr. Toulouse, 7 mai 1890, aff. Cross, *JDI* 1891, p. 223.

<sup>1026</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1955, *D.*, 1956.

<sup>1027</sup> N. GUIMEZANES, « Le mariage religieux et son efficacité civile en France », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, *op. cit.*, p. 168.

<sup>1028</sup> Paris, 17 mars 1970, *Rev. crit. DIP*, 1977, 286, note L. Üranjon.

<sup>1029</sup> N. GUIMEZANES, « Le mariage religieux et son efficacité civile en France », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *op. cit.*, p. 169.

<sup>1030</sup> *Ibid.*

<sup>1031</sup> N. GUIMEZANES, « Le mariage religieux et son efficacité civile en France », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *op. cit.*, p. 155 : remontant donc à T. pol. Dunkerque 9 mars 1972, *Gaz. Pal.*, 1, 436.

Il n'en demeure pas moins que la France reste « le seul, parmi les pays de droit, à (...) prévoir dans son arsenal répressif » un tel dispositif<sup>1032</sup> et que le procédé peut sembler étonnant dans une République laïque qui « garantit le libre exercice des cultes »<sup>1033</sup>, la liberté individuelle<sup>1034</sup> dont « le principe de la liberté du mariage est une des composantes »<sup>1035</sup>, et l'égalité<sup>1036</sup>.

Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à qualifier le principe de la primauté du mariage civil comme une « juxtaposition hostile »<sup>1037</sup>, « conséquence d'intégrismes laïcistes ou religieux, l'État » se refusant « de reconnaître la réalité religieuse et l'ordonnement juridique qui en découle »<sup>1038</sup>. Une telle attitude « peut aussi être le fruit d'une perception monolithique des institutions ou du schéma religieux »<sup>1039</sup>. Dans tous les cas, est alors méconnu le principe : « Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu ». Aujourd'hui, la majorité de la doctrine voit néanmoins davantage une « coexistence pacifique », n'exigeant pas « nécessairement la reconnaissance par l'État des institutions ou du phénomène religieux » tout en requérant « un certain degré de respect des institutions religieuses »<sup>1040</sup>.

**418. Tentatives d'abrogation.** - C'est dans ce contexte qu'il a été proposé, à quelques reprises, d'abroger les dispositions du Code pénal.

Ainsi, lors des débats parlementaires relatifs à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, lors de la troisième séance du 2 février 2013, les députés Le Fur et Aubert demandent à supprimer lesdites sanctions, en invoquant « les liens entre le mariage civil et le mariage religieux » qui « ne devraient par définition pas exister dans une République laïque »<sup>1041</sup>. Et Monsieur Marc Le Fur d'ajouter : « (...) l'affaire religieuse

---

<sup>1032</sup> C. ÉOCHE-DUVAL, « Faut-il dépénaliser les célébrations religieuses effectuées sans mariage civil? », *D.*, 2012, p. 2615.

<sup>1033</sup> Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, JORF du 11 décembre 1905, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>1034</sup> Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen, art. 2 et 4.

<sup>1035</sup> Cons. const., décision n° 93-325, DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France (non conformité partielle), Rec. Cons. const., p. 224, cons. 107, note C. Éoche-Duval.

<sup>1036</sup> Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>1037</sup> E. CAPARROS, « Le droit religieux et son application par les juridictions civiles et religieuses. Coexistence, interrelations, influences réciproques », in L. L. CHRISTIANS, E. CAPARROS et ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *La religion en droit comparé à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle = Religion in comparative law at the dawn of the 21st century*, XV<sup>e</sup> congrès international de droit comparé, Académie internationale de droit comparé, Bristol 1998, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 63.

<sup>1038</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>1039</sup> *Ibid.*

<sup>1040</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>1041</sup> Discours AN, 2 février 2013 : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130129.asp>

devient totalement privée et n'a pas à être nécessairement précédée d'un mariage civil. Cela suppose la disparition de la disposition pénale qui interdit aux ministres du culte de procéder à un mariage religieux s'il n'y a pas préalablement de mariage civil. Vous comprenez que, dans un monde laïque, cette disposition n'a aucun sens, aucun intérêt. C'est une survivance que je me propose de faire disparaître »<sup>1042</sup>.

Ce point de vue avait déjà été soutenu, en 1981, par le député Alain Madelin, qui évoquait un texte « désuet », « d'un archaïsme évident », « ne correspondant plus ni à l'état de notre droit, ni à celui de la société ». C'est pourquoi il demandait « de mettre un terme définitif à ces errements »<sup>1043</sup>.

La proposition de loi de Monsieur Alain Madelin avait sans doute un sens plus prononcé au début des années 80 : à cette époque de grande stabilité et de paix sociales, on ne notait plus guère de tensions religieuses et le fait religieux semblait désormais être définitivement classé « affaire privée », nullement susceptible d'interférer avec la sphère publique.

C'était pourtant le calme avant une certaine forme de tempête, c'est-à-dire avant la résurgence publique du « problème religieux », qu'il prenne la forme des défenseurs de l'école privée, des sectes ou du voile islamique. Depuis la fin des années 80, le phénomène religieux est allé *crescendo*, et les sociétés, en particulier occidentales, se trouvent toutes confrontées à de nouveaux problèmes de type confessionnel qu'elles pensaient peut-être ne plus avoir à gérer.

Il en va ainsi de l'antériorité obligatoire du mariage civil. Si les religions dites « historiques » semblent s'être accommodées de l'obligation de respecter un certain ordre entre les cérémonies civile et religieuse, le sujet est encore délicat auprès des religions nouvellement présentes sur le sol français, en particulier avec l'islam<sup>1044</sup>.

**419. Résurgence du fait religieux.** - Le mariage musulman n'impose pas de passer par la mosquée. Il demande le respect de quelques conditions, dont celles de la présence du

---

<sup>1042</sup> *Ibid.*

<sup>1043</sup> Dépôt d'une proposition de loi par M. A. Madelin, AN, n° 294, 7<sup>e</sup> législature, session extraordinaire de 1980-1981.

<sup>1044</sup> E. FOREY, *État et institutions religieuses*, op. cit., p. 167, invite, à ce propos, à lire les auteurs suivants : J. CESARI, *Être musulman en France aujourd'hui*, Paris, Hachette, 1997 et S. BARIKI « Les imams marseillais, acteurs juridiques privés », *Islam de France* n°8, 2000, p. 85-106.

tuteur de la jeune fille et la présence des témoins. La procédure est consacrée par la lecture d'une sourate du Coran, dite d'*al fatiha* ou *fatha*<sup>1045</sup>.

En dehors de cette lecture, il est difficile de parler d'un rite matrimonial au sens habituellement retenu par la plupart des autres religions : doit-on alors considérer le « mariage à la *fatiha* » comme un mariage au sens traditionnel ? La question a son importance car il semblerait qu'aujourd'hui, en France, un certain nombre de mariages « à la *fatiha* » soient célébrés avant le mariage civil, une attitude condamnée par les autorités musulmanes elles-mêmes<sup>1046</sup>.

La difficulté est grande, quand une affaire est amenée à être jugée, de comprendre s'il s'agit d'une simple bénédiction apparentée à des fiançailles<sup>1047</sup>, d'un concubinage<sup>1048</sup> ou réellement d'un mariage.

La bénédiction assimilée aux fiançailles a d'ailleurs été la défense avancée par Monsieur Nouridine Mamoune, ministre du culte de la mosquée de Meaux, devant la Cour d'appel de Paris, à qui il était reproché d'avoir procédé à neuf mariages irréguliers<sup>1049</sup>. Déclaré coupable du délit « de célébration habituelle de mariage religieux avant le mariage civil » en première instance, la Cour d'appel a infirmé le jugement du TGI de Meaux, n'ayant pas été convaincue « quant à la nature des cérémonies religieuses pratiquées avant le mariage civil », préférant alors, « au bénéfice du doute »<sup>1050</sup>, renvoyer le prévenu des fins de la poursuite.

Si, en fin de compte, l'arrêt de la Cour d'appel ne révolutionne pas la jurisprudence, il illustre la difficulté à distinguer de simples fiançailles d'une cérémonie de mariage dans le cadre d'une religion encore mal appréhendée en Europe, ainsi que la difficulté à rapporter la preuve du délit.

Surtout, il souligne que les clauses de l'article 433-21 du Code pénal ne sont pas si désuètes. En ces temps troublés où l'État cherche à lutter contre la radicalisation islamiste, elles doivent être d'autant plus conservées afin de « garantir l'unité des Français, dans le concret de leur vie familiale et par-delà leurs croyances »<sup>1051</sup>.

---

<sup>1045</sup> Par extension, le mariage religieux musulman est donc souvent qualifié de mariage « à la *fatiha* », bien que l'on trouve également, en particulier chez les anglophones, le terme de *nikah*, un mot recouvrant toutefois davantage les relations sexuelles licites, donc maritales, que le mariage lui-même.

<sup>1046</sup> Source : <http://www.uoif-online.com/islam-et-spiritualite/mariage-acte-civil-acte-religieux/>

<sup>1047</sup> Cass. civ., 15 mars 1988, J.C. c. M., *Gaz. Pal.* 1989, I, 374..

<sup>1048</sup> Paris, 8 décembre 1992, X. C. c. Mme Y., *D.* 1994, p. 272.

<sup>1049</sup> CA Paris, chambre 7, n° rg 11/08385, 17 janvier 2013, *JCP* 2013, n°15, p. 427.

<sup>1050</sup> *Ibid.*

<sup>1051</sup> C. BAHUREL, « La priorité du mariage civil et l'Islam : pour un droit de la famille au service de l'unité nationale », *loc. cit.*, p. 859.

**420. Liberté de conscience et but légitime proportionné.** - Au-delà de l'aspect potentiellement suranné des dispositions pénales, Monsieur Alain Madelin proclamait que lesdites dispositions étaient contraires à la « liberté de conscience » et se demandait ce que valaient « les affirmations sans cesse renouvelées de principes laïques, si l'État s'imisce dans la pratique religieuse des croyants et dicte leur conduite aux ministres du culte ? »<sup>1052</sup>.

**421. CEDH.** - Sur ce point<sup>1053</sup>, la CEDH, dans une décision en date de 2010<sup>1054</sup>, n'impliquant certes pas la France mais la Turquie, offre un angle de réponse, en précisant que « tenant compte de l'importance du principe de laïcité en Turquie, (...) qu'en adoptant en 1926 le Code civil, qui institue le mariage civil monogamique obligatoire à célébrer préalablement à toute union religieuse, la Turquie entendait mettre un terme à une tradition du mariage qui place la femme dans une situation nettement désavantageuse, voire dans une situation de dépendance et d'infériorité, par rapport à l'homme. C'est pourquoi elle a instauré également l'égalité des sexes dans la jouissance des droits civiques, notamment en matière de divorce et de succession, ainsi que l'interdiction de la polygamie. Concrètement, le mariage célébré selon le Code civil a pour but de protéger la femme, en fixant par exemple un âge minimum pour le mariage et en accordant à la femme certains droits et obligations (notamment en cas de dissolution du mariage ou de décès du conjoint). À la lumière de ce qui précède, la Cour admet que *la différence de traitement en question poursuivait pour l'essentiel les buts légitimes*<sup>1055</sup> que sont le maintien de l'ordre public et la protection des droits et libertés d'autrui »<sup>1056</sup>. En outre, la Cour note « qu'il existait un *rapport raisonnable de proportionnalité*<sup>1057</sup> entre la différence de traitement litigieuse et le but légitime poursuivi »<sup>1058</sup>.

**422. But légitime et proportionné.** - Comparaison n'est pas raison, mais on peut penser que la CEDH pourrait adopter un raisonnement similaire si un cas se présentait un

---

<sup>1052</sup> Dépôt d'une proposition de loi par M. A. Madelin, AN, n° 294, 7<sup>e</sup> législature, session extraordinaire de 1980-1981.

<sup>1053</sup> Sur les autres apports de l'arrêt de la CEDH : A. GOUTTENOIRE, « Le mariage a encore de beaux jours devant lui... », *Lexbase*, A2331EDP, 21 septembre 2013, p. 1-3.

<sup>1054</sup> CEDH, *Serife Yigit c. Turquie*, 2 novembre 2010, n° 3976/05.

<sup>1055</sup> Nous soulignons.

<sup>1056</sup> CEDH, *Serife Yigit c. Turquie*, 2 novembre 2010, n° 3976/05, § 81-82.

<sup>1057</sup> Nous soulignons.

<sup>1058</sup> CEDH, *Serife Yigit c. Turquie*, 2 novembre 2010, n° 3976/05, § 87.

jour opposant un requérant au gouvernement français à propos de la pénalisation du principe de l'antériorité du mariage, à partir du moment où la France poursuit également un but légitime non disproportionné, ce qui nous semble bien être le cas, l'État français cherchant lui aussi à protéger son ordre public et les droits et libertés essentielles.

La position française ne fait cela dit pas l'unanimité. Ainsi, selon Monsieur Silvio Ferrari, l'interdiction « qui exclut la possibilité pour deux personnes de contracter un mariage uniquement sous la forme religieuse, apparaît discutable à la lumière de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, car la célébration d'un mariage religieux sans aucun effet civil fait partie du droit de manifester sa religion et ne peut donc faire l'objet de restrictions dans son application. »<sup>1059</sup>.

#### d/ Les expériences allemande, italienne et anglaise

**423. L'expérience allemande.** - Le cas de l'Allemagne pourra être mis utilement en avant afin de souligner la facilité avec laquelle on peut, si l'on veut, supprimer l'obligation de l'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux.

Par une loi en date du 19 février 2007 relative à la réforme de l'état civil et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009<sup>1060</sup>, l'État allemand a en effet aboli le principe de l'antériorité du mariage civil introduit en 1874 en Prusse et généralisé en Allemagne en 1875<sup>1061</sup>, à l'issue de la « *Kulturkampf* »<sup>1062</sup>, du « combat pour la civilisation », lancée, initialement en Prusse, puis en Allemagne, par le chancelier allemand Otto von Bismarck afin de réduire l'influence de l'Église, en particulier catholique.

Le plus étonnant, au regard de l'expérience notamment française, est qu'il semble que la suppression des articles 67 et 67a de la loi du l'état civil précédemment en vigueur, imposant donc l'obligation du mariage civil à tout préalable religieux sous peine de sanctions pénales, n'ait « fait l'objet d'aucun débat parmi les parlementaires »<sup>1063</sup>.

Ces derniers auraient constaté qu'en tout état de cause, les précédentes dispositions n'avaient « plus aucune utilité pratique » depuis 1953, puisque seul le mariage civil est

---

<sup>1059</sup> S. FERRARI, s.v. « Mariage – Droit des États européens », in F. MESSNER, *Droit des religions : dictionnaire*, op. cit., p. 479.

<sup>1060</sup> *Gesetz zur Reform des Personenstandsrechts (PStRG)*, 19 février 2007 (*BGBI. I S. 122*).

<sup>1061</sup> F. CURTIT, « Droits étrangers », *SDR*, Numéro 1, 2011, p. 117.

<sup>1062</sup> G. HOHLOCH, "The privatization of Family Law in Germany", *RF*, 2017, n° 5, p. 575.

<sup>1063</sup> F. CURTIT, loc. cit., p. 117.

« juridiquement reconnu »<sup>1064</sup>, non seulement de par l'article 1310 (1)<sup>1065</sup> du Code civil allemand, qui proclame que le mariage n'est conclu que devant un officier d'état civil, mais également de par l'article 1588<sup>1066</sup> du même Code, qui, cette fois, précise que les obligations de l'Église en matière matrimoniale ne sont pas affectées par les dispositions civiles. Un mariage exclusivement religieux aurait donc pour conséquence de se voir qualifié de « *Nichteben* »<sup>1067</sup>, ce qui ne signifie pas que le mariage soit nul, mais qu'il n'existe tout simplement pas aux yeux de la loi civile. Les deux articles mentionnés sont toujours en vigueur, même avec la réforme de 2007. Nous avons donc deux ordres bien séparés, sans interférence l'un sur l'autre, seul l'un des deux, celui civil, ayant une valeur juridique. À partir de là, supprimer l'obligation de l'antériorité du mariage civil a semblé une mesure de bon sens.

En pratique, cette abolition de l'obligation de l'antériorité du mariage civil n'a, semble-t-il, pas changé grand chose.

Quant à l'Église protestante<sup>1068</sup>, le mariage en tant que sacrement n'existant pas, elle continue à offrir une simple bénédiction aux couples déjà mariés civilement et insiste sur l'intérêt de cette dernière institution « qui protège le couple et la famille, et notamment ses membres les plus faibles »<sup>1069</sup>.

On aurait pu penser que l'Église catholique verrait, quant à elle, les choses différemment, au regard de la place qu'elle accorde au mariage en tant que sacrement. Il n'en est rien et à l'inverse, « les autorités catholiques mettent l'accent sur l'absence d'effets juridiques du mariage religieux en matière patrimoniale, fiscale ou sociale et sur la nécessité d'informer en ce sens les couples qui n'auraient pas au préalable contracté un mariage civil »<sup>1070</sup>.

Quant aux musulmans, il leur est recommandé, par le Conseil central des musulmans en Allemagne, « de conserver la pratique antérieure en concluant mariage civil, mariage religieux et contrat devant notaire, afin de conserver leurs droits et devoirs fixés par le droit étatique de la famille »<sup>1071</sup>.

---

<sup>1064</sup> *Ibid.*

<sup>1065</sup> BGBl, art. 1310 (1) : « Die Ehe wird nur dadurch geschlossen, dass die Eheschließenden vor dem Standesbeamten erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen ».

<sup>1066</sup> BGBl, art. 1310 (1) : « Die kirchlichen Verpflichtungen in Ansehung der Ehe werden durch die Vorschriften dieses Abschnitts nicht berührt ».

<sup>1067</sup> G. HOHLOCH, "The privatization of Family Law in Germany", *loc. cit.*, p. 575.

<sup>1068</sup> Source : [http://www.ekd.de/download/ekd\\_texte\\_101.pdf](http://www.ekd.de/download/ekd_texte_101.pdf)

<sup>1069</sup> F. CURTIT, « Droits étrangers », *loc. cit.*, p. 118.

<sup>1070</sup> *Ibid.*

<sup>1071</sup> *Ibid.*, p. 119.

En fin de compte, les grands bénéficiaires de la réforme semblent être les veuves. En effet, il n'était pas rare qu'avant la réforme de 2007, ces dernières aient souvent traversé la frontière germano-autrichienne pour convoler en noces religieuses, l'obligation de l'antériorité du mariage civil n'existant pas en Autriche<sup>1072</sup>. Le but de l'opération était alors de rester en adéquation avec leur foi « tout en demeurant officiellement célibataires au regard de l'État allemand, ce qui leur permettait de conserver leur pension de réversion au titre d'un précédent conjoint décédé »<sup>1073</sup>.

On notera à cet égard qu'en 1980, fut introduite en France une proposition de loi visant à abroger les anciens articles 199 et 200 du Code pénal<sup>1074</sup> au nom justement des veuves, qui « souhaitent contracter un mariage religieux tout en écartant la célébration civile de ce mariage afin d'éviter la perte d'une pension du défunt mari »<sup>1075</sup>.

**424. Expériences italienne et anglaise** – La volonté française d'imposer un ordre dans les cérémonies, civile et religieuse, a fait naître « une double cérémonie, l'une impérative, l'autre facultative et sans valeur légale »<sup>1076</sup>, n'empêchant pas un couple de procéder à l'une, puis à l'autre, et ne violant aucune liberté d'essence nationale ou européenne, même s'il est vrai qu'elle impose un ordre des cérémonies, ordre faisant l'objet d'une disposition pénale en cas de non-respect.

C'est sur ce dernier point, celui de la pénalisation du non-respect de la primauté du mariage civil, que la France se singularise nettement de l'Italie comme de l'Angleterre. Certes, l'Italie a essayé, un temps, d'introduire un système très proche du modèle français. À l'instar de ce dernier, le nouveau royaume d'Italie (1861-1946) a en effet imposé, et ce jusqu'en 1929, le seul mariage civil comme forme d'union légalement reconnue et tenté d'imposer des sanctions en cas de célébrations uniquement religieuses, à raison d'une amende de 100 à 150 liras pour les époux et le ministre du culte ne respectant pas le principe d'antériorité du mariage civil, avec le risque d'être envoyé en prison pour une période de deux à six mois en cas de récidive<sup>1077</sup>. Cependant, les députés italiens ne voteront jamais la pénalisation du non-respect de l'antériorité du mariage civil.

---

<sup>1072</sup> L'Autriche, comme la Hongrie, et désormais l'Allemagne, n'impose pas d'obligation d'antériorité du mariage civil.

<sup>1073</sup> F. CURTIT, « Droits étrangers », *loc. cit.*, p. 119.

<sup>1074</sup> AN, n° 294, 7<sup>e</sup> législature, session extraordinaire de 1980-1981.

<sup>1075</sup> E. FOREY, *État et institutions religieuses*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>1076</sup> C. LABRUSSE-RIOU, *Droit de la famille*, Paris, New York, Barcelone, Masson, 1984, p. 56.

<sup>1077</sup> A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, *op. cit.*, p. 448.



De nos jours, l'Italie et l'Angleterre refusent d'imposer des amendes, voire des peines d'emprisonnement, dans le cas où un double mariage, civil puis religieux, serait effectué dans un ordre différent de celui énoncé. Mais il est important de signaler que dans le cas où il y a double cérémonie, ils imposent également un ordre, avec le mariage civil obligatoirement en premier.

Ainsi, en Angleterre, dans le cas où un couple ferait le choix de se marier civilement, puis de faire bénir religieusement son union, seule comptera la cérémonie civile, car en l'occurrence, elle seule « crée le mariage »<sup>1078</sup>.

Une façon de procéder très proche de ce qui se passe en Italie où le mariage religieux se voit également reconnaître des effets civils : il n'y a donc pas lieu de recourir à une double célébration aussi bien pour ceux bénéficiant du Concordat, c'est-à-dire les catholiques, que pour ceux jouissant d'une entente<sup>1079</sup>. De même, les cultes n'ayant pas signé d'entente mais ayant déclaré et fait approuver ses ministres religieux sont également à même de célébrer des mariages religieux à effets civils. En revanche, dans le cas où l'on souhaite se marier selon un rite autre que catholique, d'une confession n'ayant pas signé une entente, sans ministre du culte déclaré et approuvé, il faudra d'abord se marier civilement, pour ensuite, mais seulement ensuite, faire bénir son union et donc, respecter l'ordre ainsi mentionné<sup>1080</sup>.

Ce n'est donc pas l'obligation d'un ordre des cérémonies en cas de double mariage, civil et religieux, qui différencie nos pays cibles, mais le fait de sanctionner pénalement cet ordre.

En Angleterre comme en Italie, à défaut de respecter ledit ordre, le second mariage ne sera pas non reconnu ; en revanche, il ne sera pas criminalisé. Là est la grande différence. Et cette différence de taille, nous aurons l'occasion d'y revenir, s'explique très facilement : parce que la France refuse de reconnaître des effets civils aux mariages religieux, elle ne peut accorder de valeur qu'au seul mariage civil et ainsi « maintenir l'autorité exclusive de la suprématie de l'État en matière matrimoniale »<sup>1081</sup>. Ce raisonnement s'avère diamétralement opposé à celui de l'Angleterre et de l'Italie.

---

<sup>1078</sup> S. GILMORE & L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, op. cit., p. 10.

<sup>1079</sup> La liste officielle est consultable sur : [http://presidenza.governo.it/USRI/confessioni/intese\\_indice.html](http://presidenza.governo.it/USRI/confessioni/intese_indice.html)

<sup>1080</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, op. cit., p. 39-40.

<sup>1081</sup> T. REVET, « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage (articles 199 et 200 du Code Pénal) », *JCP 1987 G, I*, n° 3309, § 45.

## e/ Renforcement de la règle de la primauté du mariage civil

**425.** Selon Monsieur Charles Bahurel, il faudrait à l'inverse renforcer le principe de la primauté du mariage civil, ce qui peut être envisagé sous deux angles.

**426. Rendre l'article 433-21 du Code pénal plus efficace.** – Il faudrait en tout premier lieu rendre l'article du Code pénal plus efficace, en supprimant d'une part, « la référence au ministre du culte, pour que toute personne habilitée pour célébrer officiellement un mariage religieux soit sous le coup de la loi » et d'autre part, en responsabilisant pénalement parlant les « personnes morales dont les ministres du culte en question en infraction dépendent : une association cultuelle » ne devant pas « laisser officier des ministres du culte qui ne respectent pas la loi française et devrait au moins les former correctement au respect du droit positif »<sup>1082</sup>.

**427. Revaloriser le mariage civil.** – Il faudrait ensuite revaloriser le mariage civil lui-même en lui redonnant de la substance, c'est-à-dire en imposant « le respect de certaines valeurs jugées essentielles dans les relations conjugales et familiales pour la société française », afin de ne pas faire de « l'institution du mariage civil un engagement sans contrainte et dépourvu de valeur, pour ne pas dire une coquille vide »<sup>1083</sup>. Il faudrait pour cela, toujours selon l'auteur, renforcer en particulier deux principes fondamentaux du droit français, la monogamie et l'égalité des sexes, affirmés en théorie mais discrédités en pratique faute de sanctions efficaces, dans le but d'éviter la communautarisation du droit de la famille.

**428. Conclusion § 2.** – Le mariage religieux d'antan n'est plus. On en retrouve cependant certains traits spécifiques dans le mariage civil des trois États, qui, en parallèle, ont su développer quelques caractéristiques propres. En fait de compte, l'image de l'institution semble plus renouvelée que purement annihilée.

**429. Conclusion Section 1.** – La façon de s'unir en Angleterre, en France ou en Italie a radicalement changé, dit-on, en se laïcisant. Elle a en effet perdu en sacralité, en dimension

---

<sup>1082</sup> C. BAHUREL, « La priorité du mariage civil et l'Islam : pour un droit de la famille au service de l'unité nationale », *loc. cit.*, p. 864.

<sup>1083</sup> *Ibid.*

spirituelle, en théologie. Mais dans le fond, le changement est-il si prégnant ? Somme toute, il faut toujours se présenter devant un homme de loi, devant être à même de vérifier certains documents et autres empêchements potentiels, avant de procéder à une cérémonie où primera le consentement des parties de s'engager pour le meilleur et pour le pire. Ne s'agit-il pas plutôt de deux voies parallèle pour un même but ?

## **Section 2 : La désunion civile**

**430.** À l'instar ce qu'a fait l'État pour le mariage, les possibilités de se séparer (§1) ou de faire annuler son mariage (§2), telles qu'établies par l'Église catholique, ont été laïcisées en Angleterre, en France et en Italie. Mais au-delà de cette acculturation, ce que visait initialement l'État, quel qu'il ait été, était bien de laisser une porte de sortie aux citoyens sensibles au principe d'indissolubilité du mariage, tout en imposant sa marque civiliste.

### **§ 1 : La séparation de corps**

**431.** Empruntant le chemin de l'Église catholique, les trois États reconnaissent depuis longtemps la séparation de corps. Cette solution avait et a toujours le mérite de permettre de rester fidèles à la doctrine de l'indissolubilité des liens du mariage, tout en s'éloignant du conjoint désormais moins apprécié. C'est donc bien en faveur de ses citoyens chrétiens que l'État a admis et maintenu la possibilité de se séparer sans rompre les liens sacrés du mariage. Si l'on retrouve dans les trois États de nombreux traits communs, la France et l'Angleterre (A) se démarquent ici nettement de l'Italie (B), cette dernière octroyant à la séparation de corps une importance beaucoup plus forte que ses voisins septentrionaux.

#### **A/ Schémas français et anglais**

**432.** L'Église catholique comme la *Church of England* ont longtemps refusé, refusent toujours (côté catholique) ou du moins n'approuvent pas (côté anglican) la notion de divorce. Conscientes malgré tout des difficultés que peut engendrer une cohabitation forcée, elles offrent toutes deux la possibilité palliative de se séparer.

Quand l'État, tant français qu'anglais, a décidé d'intégrer la notion de séparation dans son arsenal juridique, il a principalement tenu à le faire pour satisfaire ses citoyens fidèles au dogme de l'indissolubilité. Introduit dès l'Ancien Régime, ce principe de séparation est d'ailleurs aboli par la Révolution française, car jugé par trop « catholique ». Il sera finalement rétabli sous Napoléon.

Ce « divorce des catholiques » aurait pu disparaître avec le temps, la sécularisation de la vie conjugale et une opération de dépoussiérage du droit, comme cela arrive régulièrement. Il n'en est pourtant rien et les lois françaises, mêmes récentes, de 2004<sup>1084</sup> comme de 2019<sup>1085</sup> ou celles anglaises de 1973<sup>1086</sup> et de 1996<sup>1087</sup> continuent de proposer cette disposition juridique, certes bien marginale. On comptabilise en effet, en France, 1 559 demandes prononcées en 2010 contre 822 en 2017<sup>1088</sup>, un chiffre en baisse toutefois supérieur aux 419 *decrees of judicial separation* anglais accordés en 2004<sup>1089</sup> et aux 156 cas de 2014<sup>1090</sup>.

Les deux pays voisins conçoivent la séparation de corps de manière assez proche, en termes de judiciarisation, de fondements, de réconciliation et de conversion (1), bien que l'Angleterre lui concède des éléments supplémentaires tels - délai, souplesse de la procédure et unicité du *decree* - que l'institution de la séparation revêt un intérêt certain par rapport au divorce (2).

## 1/ Traits communs

**433.** L'Angleterre et la France partagent quelques traits communs quant à la séparation de corps.

---

<sup>1084</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, JORF n° 122 du 27 mai 2004.

<sup>1085</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n° 0071 du 24 mars 2019.

<sup>1086</sup> *MAC* de 1973, S. 17.

<sup>1087</sup> *Family Act* de 1996, Schedule 7, S. 2.

<sup>1088</sup> Statistiques du Ministère de la Justice. Source : <http://www.justice.gouv.fr/statistiques.html#tableaux-detaillies>

<sup>1089</sup> Source :

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/272129/65.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/272129/65.pdf)

<sup>1090</sup> Source :

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/358230/court-statistics-quarterly-april-to-june-2014.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/358230/court-statistics-quarterly-april-to-june-2014.pdf)

**434. Judicialisation.** - La voie judiciaire fut pendant longtemps une caractéristique partagée par ces deux systèmes juridiques. La séparation de corps impliquait en effet le recours au Tribunal de Grande Instance ou de la *Family Court*<sup>1091</sup> du lieu de résidence de l'époux demandeur, avec assistance obligatoire (France) ou facultative (Angleterre) d'un avocat.

Si la loi anglaise n'a pas évolué de ce côté-là, la législation française a récemment revu sa copie en déjudiciarisant la séparation de corps par consentement mutuel, offrant alors la possibilité aux couples d'agir par acte sous signature privée, contresigné par avocats et déposé au rang de minutes d'un notaire, sans intervention du Juge aux Affaires Familiales, donc sans homologation de sa part<sup>1092</sup>.

Dans les autres cas de figures, c'est-à-dire en cas de demandes de séparation sur demande acceptée, pour rupture de la vie commune ou pour faute, le recours au tribunal reste la norme.

**435. Fondements de la demande.** - Les fondements de la demande de séparation de corps confirment la volonté étatique de procéder à un détachement conjugal sans prononcer le mot divorce. En effet, lesdits fondements s'avèrent identiques à ceux du divorce dans chaque pays.

Ainsi, en France, il s'agira d'articuler sa demande en se fondant sur le principe du consentement mutuel, de la demande acceptée, de la faute ou de la rupture de la vie commune<sup>1093</sup>, à l'instar de ce qui est exigé lors d'une procédure en divorce.

En Angleterre, il faudra attester d'un fait relatif à l'adultère, au comportement, à la séparation depuis deux ans d'un commun accord, à l'abandon du foyer conjugal par l'un des époux depuis au moins deux ans ou à la séparation des époux depuis cinq sans consentement de l'autre époux<sup>1094</sup>.

La très récente la loi anglaise de 2020<sup>1095</sup> relative à la simplification des procédures en matière de divorce et de dissolution vise également, par ricochet, la séparation : en effet, les cinq *facts* énumérés ci-dessus, dont il faut impérativement rapporter la preuve afin d'obtenir un divorce, seront prochainement (la loi devant entrer en vigueur à l'automne

---

<sup>1091</sup> À la suite du *Crime and Courts Act* de 2013, les affaires relevant du droit de la famille sont dorénavant confiées à la *Family Court*, en lieu et place des *County Courts* et des *Magistrates' Courts*.

<sup>1092</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n° 0071 du 24 mars 2019, art. 24. : C. civ., art. 298 modifié.

<sup>1093</sup> C. civ., art. 296.

<sup>1094</sup> *Judicial Separation and Family Law Reform Act* de 1989, S. 2.

<sup>1095</sup> *Divorce, Dissolution and Separation Act* de 2020.

2021) abolis. À ce stade, et sans autre précision émanant du gouvernement ou du Parlement, il est difficile de savoir sur quoi se fondera la demande de séparation, en dehors de la seule volonté des parties.

**436. Conséquences.** - Si la demande de séparation de corps est acceptée par le Juge aux Affaires Familiales, voire les avocats-notaires, ou le *Family Court judge*, elle amènera alors des conséquences qui n'ont, cette fois, qu'un lointain rapport avec le divorce.

En effet, seule sera prononcée la fin de toute vie commune entre les époux<sup>1096</sup>. Le lien conjugal sera quant à lui maintenu, ce qui signifie que les devoirs de fidélité, de secours et d'assistance resteront en vigueur.

Cette séparation de corps pourra prendre fin à tout moment si les époux décident de reprendre leur vie commune<sup>1097</sup>. Puisque la justice (incarnée par le juge comme par le notaire) a été sollicitée en amont, elle devra l'être à nouveau en aval. En France, cette reprise de la vie commune devra être constatée par notaire ou déclarée auprès de l'officier d'état civil de la mairie du domicile de l'un ou l'autre des époux. En Angleterre, les époux réconciliés seront invités à revenir vers le juge qui procédera alors à l'abrogation du *decree of separation*<sup>1098</sup>, rebaptisé *judicial separation order* avec la réforme de 2020.

**437. Conversion en divorce.** – Si l'État français souhaite être à l'écoute de certains de ses citoyens plus croyants que d'autres, il n'entend pas instaurer le principe d'indissolubilité pour autant. Il offre donc la possibilité de convertir la séparation de corps en divorce, en déposant une requête auprès du Tribunal judiciaire. Qui plus est, la demande de conversion de la séparation de corps en divorce peut n'être le fait que de l'un des deux conjoints, et donc s'effectuer potentiellement contre la volonté de l'autre conjoint. La demande de conversion de la séparation de corps en divorce à la demande d'un époux sera automatiquement acceptée sous réserve que le jugement de séparation de corps date d'au moins deux ans<sup>1099</sup>, délai en revanche non requis en cas de demande conjointe des époux<sup>1100</sup>.

Côté anglais, on garde, jusqu'à l'entrée en vigueur de la réforme de 2020, cette échéance de deux années mais en revoyant totalement la disposition: il n'est possible de

---

<sup>1096</sup> C. civ., art. 299 – MCA de 1973, S. 18(1).

<sup>1097</sup> C. civ., art. 305.

<sup>1098</sup> *Judicial Separation and Family Law Reform Act* de 1989, S. 8 (2).

<sup>1099</sup> C. civ., art. 306.

<sup>1100</sup> C. civ., art. 307.

demander et d'obtenir un divorce, après avoir vécu séparément pendant deux ans, que si les deux époux y consentent. À défaut de consentement commun, il faut attendre cinq ans au total pour réussir à imposer un divorce non mutuellement consenti. Cet état des choses est amené à être profondément revu à l'automne prochain : en l'absence cependant de précisions, il est difficile à ce stade de comprendre comment s'articulera exactement le principe de la conversion en divorce. On peut cependant conjecturer qu'une demande de conversion en divorce devrait être à l'avenir grandement facilitée, tant du point de vue des preuves à rapporter que des délais à respecter, aucun *fact* n'étant plus à rapporter, ce qui inclut les séparations de deux et cinq ans.

**438.** Une séparation de corps en France n'est pas un rempart contre le divorce ; elle permet de temporiser une situation conjugale se dégradant et de respecter certaines convictions, religieuses ou autres, mais peut tomber face à la détermination d'un époux pressé d'en finir définitivement. Sous cet angle, elle n'apporte pas un intérêt exceptionnel *per se*.

À la différence du cas français, une *judicial separation* anglaise revêt des caractéristiques propres, la distinguant clairement du divorce et lui conférant des avantages sur ce dernier, ce que devrait maintenir la réforme de 2020.

## **2/ Spécificités anglaises**

**439. Pas de délai.** - Le droit anglais offre quelques particularités en matière de séparation de corps. Ainsi, alors qu'il est nécessaire d'attendre la fin de sa première année de mariage avant de pouvoir entamer une procédure de divorce, des époux peuvent se séparer sans attendre l'échéance dudit laps de temps d'un an.

**440. Notion de rupture irrémédiable des liens du mariage.** - Par ailleurs, les époux désireux de se séparer n'ont pas à fournir un élément essentiel à la procédure de divorce, à savoir la preuve de la rupture irrémédiable des liens du mariage. C'est à la fois somme toute logique et avantageux.

Logique, puisque seul le devoir de cohabiter est levé en cas de séparation quand les autres devoirs conjugaux sont maintenus : les liens conjugaux sont donc bien préservés, même s'ils ne le sont pas dans leur intégralité. Il serait donc impossible ici de parler de

rupture des liens du mariage. Par ailleurs, une séparation n'exclut jamais une réconciliation, ces mêmes liens ne peuvent donc pas être considérés comme rompus de manière irrémédiable.

Par ailleurs, la séparation a ceci d'avantageux qu'elle ne nécessite pas de rapporter la preuve, difficile, que le mariage est *irretrievably broken down*.

**441. Un seul *decree*.** - Enfin, les époux en quête de séparation pourront obtenir leur *decree* de séparation en un unique document, contre deux *decrees* pour le divorce, l'octroi du second *decree*, le *decree absolute*, étant loin d'être automatique.

**442. Coûts.** - Dernier avantage, il n'en coûtera « que » 365 £ pour se séparer, contre une somme plus élevée en cas de divorce (il s'agit bien là des frais de justice, non de ceux dus à son conseil).

**443.** Là où le droit français préserve une institution, semble-t-il, par principe, sans lui conférer un réel particularisme, donc un réel bénéfice, le droit anglais distingue clairement séparation de corps et divorce, avec des avantages propres, bien que d'envergure diverse. Elle apporte ainsi une justification au maintien du statut de séparation.

## **B/ Démarcation italienne**

**444.** L'État italien a voulu accorder à la séparation de corps une place à part (1), selon des critères - celui de la vie commune devenue intolérable, de la déclaration d'imputabilité ou encore de la non reconnaissance de la réconciliation - s'avérant parfois lourds de conséquences. C'est pourquoi, en parallèle, s'est développée la séparation consensuelle, beaucoup plus souple (2).

### **1/ Spécificités de la séparation de corps italienne**

**445. Particularité.** - Le droit italien va beaucoup plus loin que ses homologues français et anglais, faisant de la séparation de corps une institution à part entière. Il est important de souligner dès à présent qu'une procédure de divorce ne peut, en Italie, être engagée que si



cette dernière est précédée d'une période de séparation. À ce titre, la séparation judiciaire doit être considérée comme l'antichambre incontournable du divorce.

Cependant, il est également des cas où la séparation judiciaire n'est pas demandée pour aboutir à un divorce, mais bien pour ce qu'elle représente elle-même, à savoir la possibilité de mettre fin au *consortium vitae* sans rompre les liens matrimoniaux.

Du fait de son aspect majoritairement incontournable pour l'obtention du divorce, les chiffres officiels n'offrent aucune comparaison possible avec les statistiques franco-anglaises : on note ainsi 16 323 séparations judiciaires pour l'année 2015, contre 12 118 en 2014<sup>1101</sup>.

**446. Vie commune intolérable.** - Que la demande de séparation judiciaire soit juste une étape vers le divorce ou une fin en soi, elle doit être motivée par des « faits tels à rendre la vie commune intolérable »<sup>1102</sup>, ce qui implique la violation des devoirs matrimoniaux. L'État italien fait donc dépendre la séparation de corps de la commission d'une faute.

Ladite faute doit en outre rendre intolérable, insupportable, la vie commune. Invoquer l'adultère de l'un des époux, par exemple, ne suffit donc pas : il faut aller au-delà et démontrer que le comportement contraire au devoir de fidélité revêt un caractère de gravité telle que la poursuite de la vie commune ne peut plus être envisagée<sup>1103</sup>.

**447. Dichiarazione di addebitabilità.** - Si la séparation italienne nécessite de porter l'affaire devant le juge du *tribunale* du lieu de la dernière résidence commune des époux<sup>1104</sup> afin qu'une *sentenza di separazione* soit émise, l'institution va à nouveau plus loin puisqu'elle prévoit la possibilité que soit prononcée en outre une *dichiarazione di addebitabilità*<sup>1105</sup>, une déclaration d'imputabilité.

Dans ce dernier cas, la violation grave des devoirs inhérents au mariage, rendant la vie commune intolérable et amenant à la séparation judiciaire, est déclarée imputable à l'une ou l'autre des deux parties, voire aux deux<sup>1106</sup>. En l'espèce, on cherchera un dol ou une faute, en tout cas une volonté ou une négligence de l'un des époux d'avoir agi en ce sens.

---

<sup>1101</sup> Source : <https://www.istat.it/it/files//2016/11/matrimoni-separazioni-divorzi-2015.pdf>

<sup>1102</sup> C. c., art. 151 : « *La separazione può essere richiesta quando si verificano (...) fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza* ».

<sup>1103</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile 2.1 La famiglia*, op. cit., p. 192.

<sup>1104</sup> C.P.C. art. 706, al.1.

<sup>1105</sup> C. c., art. 151, al. 2.

<sup>1106</sup> C. M. BIANCA, op. cit., p. 204. V. Cass. civ., sez. I, 21 luglio 1978, n° 3614, *FI*, Mass., 615 et Cass., 20 décembre 1995, n° 13021, *GI*, 1996, I, 1, 85.

**448. Conséquences.** - Les conséquences d'une *sentenza di separazione* sont bien plus étendues dans le modèle transalpin que chez ses voisins anglais ou français.

Le lien matrimonial est certes officiellement préservé, comme en France et en Angleterre, mais à l'inverse de ces derniers, l'ensemble des devoirs matrimoniaux sont suspendus : ce qui inclut en premier lieu le devoir de communauté de vie, tout comme chez les Français et les Anglais, mais, différence notable, également les devoirs de collaboration<sup>1107</sup> et de fidélité<sup>1108</sup>.

En effet, aux termes de l'article 146 du Code civil italien, la demande de séparation « constitue une juste cause de l'éloignement de la résidence familiale »<sup>1109</sup>. Or, le devoir de fidélité entre époux édicté par l'article 143 du Code civil italien est étroitement lié à la vie commune et n'est donc pas compatible avec un régime de séparation. Quant à la suspension du devoir de collaboration, on notera que l'article 191 du Code civil italien l'envisage en tant que conséquence de la fin de la communion légale<sup>1110</sup>.

Reste donc, en termes conjugaux et matrimoniaux, uniquement le devoir d'assistance matérielle, dont la teneur varie selon que la sentence de séparation est adjointe d'une *dichiarazione di addebitabilità* ou non. Dans le cas où aucune *dichiarazione di addebitabilità* n'a été établie, le conjoint sans revenu suffisant peut se voir octroyé une pension alimentaire, *un assegno di mantenimento*, et conserver ainsi le niveau de vie acquis lors de la vie commune<sup>1111</sup>. En revanche, en cas de *dichiarazione di addebitabilità*, le conjoint sans revenu suffisant mais responsable de la séparation n'a droit qu'aux aliments légaux<sup>1112</sup>.

## 2/ Séparation consensuelle

**449. Réconciliation.** - Le principe de la réconciliation n'est pas prévu dans le cas d'une séparation de corps transalpine, ce qui constitue une autre différence entre le système juridique italien et ceux franco-anglais.

---

<sup>1107</sup> *Ibid.*, p. 209.

<sup>1108</sup> V. Cass. civ. sez. I, 17 luglio 1997, n° 6566, *id.*, Rep. 1997 et Cass., 17 marzo 1995, n° 3098, *GI*, 1996, I, 1, 68.

<sup>1109</sup> C. c., art. 146, al. 2 : « *La proposizione della domanda di separazione (...) costituisce giusta causa di allontanamento dalla residenza familiare* ».

<sup>1110</sup> C. c., art. 191, al. 1 : « *La comunione si scioglie per (...) la separazione giudiziale dei beni (...)* ».

<sup>1111</sup> C. c., art. 156, al. 1 : « *Il giudice, pronunziando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri* ».

<sup>1112</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia, op. cit.*, p. 212.

En outre, une réconciliation de fait a potentiellement une forte conséquence au niveau du divorce : en effet, tout divorce outre-alpin requérant une période de séparation ininterrompue, si le couple se réconcilie au cours de ladite séparation judiciaire, c'est tout le processus du divorce qui est annihilé. En imaginant que le couple mette fin à la réconciliation de fait, il ne pourra relancer la procédure de divorce qu'après une nouvelle période d'attente. Il peut donc s'avérer long, voire très long, de divorcer en Italie.

**450. *Separazione consensuale.*** - C'est pour remédier à cette situation que le droit italien offre une seconde option pour se séparer, *via* cette fois la *separazione consensuale*<sup>1113</sup>, à ne pas confondre avec la séparation de fait, *separazione di fatto*, qui, à l'instar de ses consœurs française ou anglaise, n'emporte aucune espèce de conséquence juridique et ne saurait être comptabilisée dans le cas d'une procédure de divorce italienne.

**451. *Intervention judiciaire.*** - La séparation consensuelle requiert également une intervention étatique. Mais cette dernière s'avère bien moins contraignante que son homologue judiciaire.

En l'espèce, s'il incombe au juge d'établir la *convenzione di separazione*, considérée non comme un contrat mais comme un acte juridique bilatéral de caractère familial, un *negozio giuridico bilaterale di carattere familiare*, les parties sont libres d'y insérer les clauses qu'elles désirent, à partir du moment où leur consentement ne fait pas défaut, qu'aucun vice relatif à la capacité ne peut être soulevé, etc. ; en un mot, à partir du moment où les principes généraux portant sur les actes juridiques sont respectés<sup>1114</sup>.

Une fois la convention de séparation homologuée par le juge, c'est-à-dire une fois ce dernier convaincu de la validité légale des clauses de la convention, mais non nécessairement du bien fondé de la décision des époux (ainsi, la séparation consensuelle ne requiert pas de prouver une vie commune devenue intolérable), les devoirs conjugaux sont suspendus, à l'exception du devoir d'assistance matérielle<sup>1115</sup>.

La facilité d'obtention de la convention d'homologation et l'intérêt qu'elle produit juridiquement parlant expliquent certainement le succès rencontré par cette institution, avec 57 750 séparations consensuelles déclarées en 2015<sup>1116</sup>.

---

<sup>1113</sup> C. c., art. 158, al. 1 : « *La separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice* ».

<sup>1114</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile 2.1 La famiglia*, op. cit., p. 256.

<sup>1115</sup> *Ibid.*, p. 260.

<sup>1116</sup> Source : <https://www.istat.it/it/files//2016/11/matrimoni-separazioni-divorzi-2015.pdf>

**452. Réconciliation.** - La séparation consensuelle s'éteint automatiquement dans le cas où les époux rédigent une déclaration conjointe de réconciliation ou adoptent un comportement non équivoque, incompatible avec la séparation<sup>1117</sup>. Car, dans l'esprit du législateur italien, cette situation consensuelle ne peut être que transitoire, temporaire, bien que rien cependant dans les textes n'interdise la prolongation de la séparation consensuelle *ad vitam aeternam*.

**453. Conclusion § 1.** - Les trois États ont conservé l'institution de la séparation de corps, soit pour éviter aux citoyens croyants de dissoudre les liens de leur mariage (dans les trois cas), soit comme condition préalable à toute procédure de divorce (dans le cas italien). Elle conserve en France un intérêt relativement limité, quand les systèmes juridiques anglais mais surtout italien lui accordent des spécificités propres, afin de la distinguer clairement du divorce.

Une dernière solution permettant de mettre un terme, de manière plus radicale, aux liens matrimoniaux doit maintenant être envisagée : la nullité.

## § 2 : La nullité civile

**454. Nullité.** - Un contrat nul ne saurait produire d'effet. Mais, thème récurrent, le mariage est-il réellement un contrat au sens classique du terme ? Peut-on calquer les principes de nullité acquis en droit contractuel au domaine matrimonial ? La réponse est contrastée.

Nos États ont tous prévu la possibilité de pouvoir faire annuler un mariage civil, en s'inspirant de la tradition chrétienne en la matière. Toutefois, les conséquences d'une annulation d'un tel acte revêtent aux yeux de nos pays un caractère si grave qu'ils ont tous atténué l'application du système des nullités, contrairement à l'Église catholique qui multiplie « les cas de nullité afin de préserver le sérieux du lien matrimonial »<sup>1118</sup>.

Toutes les conditions nécessaires à la validité du mariage, qu'elles soient de fond ou de forme, ne sont donc pas sanctionnées par la nullité étatique. Ainsi, côté français, le défaut de publication, l'existence d'une opposition non levée ou encore le défaut de

---

<sup>1117</sup> C. c., art. 157, al. 1 : « *I coniugi possono di comune accordo far cessare gli effetti della sentenza di separazione, senza che sia necessario l'intervento del giudice, con una espressa dichiarazione o con un comportamento non equivoco che sia incompatibile con lo stato di separazione* ».

<sup>1118</sup> P. MURAT, *Droit de la famille*, op. cit., p. 137.

production de certaines pièces exigées en cas de remariage sont considérés comme des empêchements simplement prohibitifs, sanctionnés par des mesures plus ou moins fortes. À titre d'exemple, on retiendra qu'en cas de souci lié à la publication, l'officier public sera soumis à une amende ne pouvant excéder 4,5 € ; quant aux parties, elles se verront condamnées à une amende en proportion de leur fortune<sup>1119</sup>. Autre exemple, en provenance de l'autre rive de la Manche, et dans la lignée du droit français, un mariage dont les conditions légales de résidence ne seraient pas remplies ne sera pas déclaré nul<sup>1120</sup>.

**455. Faible intérêt.** - Il faut donc des empêchements graves, d'une importance réelle, pour déclencher une procédure en nullité civile. Qualifiés de dirimants, ces empêchements sont peu représentés sur l'échiquier de la séparation.

Il s'avère en outre compliqué de trouver des statistiques officielles en matière d'annulation matrimoniale. La raison semble identique en Angleterre et en Italie : les chiffres des mariages annulés sont souvent inclus dans ceux des divorces, sous l'intitulé commun de fin de mariage, ce qui rend en pratique les deux procédures impossibles à distinguer. Les chiffres les plus récents, côté anglais, remontent à 2009 et font état de 290 requêtes en *nullity decrees* déposés auprès des tribunaux d'Angleterre et du Pays de Galles<sup>1121</sup>.

Côté français, les documents disponibles ne sont guère plus récents. En effet, « entre 1995 et 2004, l'augmentation du nombre de procédures d'annulation du mariage s'accompagne d'une augmentation quasi continue du nombre des annulations prononcées. Ainsi en 2004, 737 mariages ont été annulés par les tribunaux de grande instance (73,6%) et 265 demandes d'annulation ont été rejetées (26,4%). Le principal demandeur est le procureur de la République qui assigne le couple dans près de six affaires sur dix (57%). Le plus souvent, le mariage scelle l'union de conjoints de nationalités différentes (86,8%), les couples d'étrangers de même nationalité et de Français étant peu nombreux (respectivement 8,0 % et 5,2%). En corollaire, le mariage a eu lieu à l'étranger dans plus de la moitié des cas (56,3%) Les affaires fondées sur l'absence de consentement ou l'erreur sur les qualités du conjoint, le plus souvent introduites par l'un des époux, se caractérisent par les taux d'annulation les plus faibles (respectivement de 65,6% et 50,0%). Les affaires

---

<sup>1119</sup> C. civ., art. 192.

<sup>1120</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 24.

<sup>1121</sup> Source :

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/217516/judicial-court-stats.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217516/judicial-court-stats.pdf)

fondées sur tous les autres motifs d'annulation, ont un taux d'annulation supérieur à 90% et c'est généralement le procureur qui assigne les conjoints (84,6% des cas). Dans deux affaires sur trois, l'annulation est demandée sur la base d'un mariage de complaisance (62,6%) ou d'un mariage forcé (2% des jugements). La preuve est plus facilement rapportée d'un mariage de complaisance (63,9% des décisions prononcent l'annulation) que d'un mariage forcé (50,0%). Ces mariages annulés pour complaisance ont le plus souvent pour objectif de régulariser le séjour d'un des conjoints sur le territoire français. Au total, compte tenu des décisions rendues par les cours d'appel, ce sont 745 mariages qui ont été annulés en 2004 »<sup>1122</sup>. L'annulation d'un mariage ne semble pas susciter beaucoup d'intérêt auprès des citoyens et semble relever davantage d'une mesure d'ordre public que du souhait d'un couple d'en finir avec son union précédemment contractée autrement que par un divorce.

Néanmoins, n'oublions pas que cette solution continue à s'avérer « le seul remède envisageable » pour ceux qui « placent la dissolution du lien au-dessus du pouvoir de l'homme »<sup>1123</sup>.

**456. Mariage apparent.** - On notera dès à présent que la notion de nullité implique une « apparence de mariage »<sup>1124</sup>. Bien qu'en fin de compte l'annulation amène à considérer le mariage comme n'ayant jamais existé, il n'en demeure pas moins qu'une cérémonie, certes entachée de défaut(s), a bien eu lieu. On prendra donc soin de distinguer mariage annulé et mariage inexistant, ainsi désigné en cas d'absence de célébration devant un officier d'état civil ou en cas d'absence de célébration<sup>1125</sup>, c'est-à-dire en fin de compte en cas d'union libre, de concubinage. Ce point de vue est également partagé par les Anglais, les Français et les Italiens, mais donne lieu à des conséquences tellement variées que nous nous proposons de le traiter spécifiquement ultérieurement<sup>1126</sup>.

**457.** Côté français (A), invoquer le concept de nullité implique de distinguer nullité relative et nullité absolue. Côté anglais (B), il s'agit de différencier mariage *void* et mariage *voidable*. Côté italien (C), on a recours à l'*invalidità*, sous-divisée en *nullità* et

---

<sup>1122</sup> Source : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/infostat90.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/infostat90.pdf)

<sup>1123</sup> Grenoble, 31 mars 1983, *RTD civ.* 1983. 334, p. 323, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

<sup>1124</sup> J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé*, Bruxelles, F. Larquier, 1981, p. 59.

<sup>1125</sup> P. MURAT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 139. Cf. également C. M. BIANCA, *Diritto civile 2.1 La famiglia, op. cit.*, p. 165.

<sup>1126</sup> Cf. *infra* Titre III, Chapitre II, Section 1, Section 1 : L'épineux problème des mariages religieux non reconnus – focus sur le mariage musulman, § 923.

*annullabilità*. Sous un vocable différent, on retrouve dans les trois droits matrimoniaux un certain nombre d'éléments communs, mais agencés de manière si différente qu'ils en viennent à devoir être considérés comme relativement dissemblables et expliquent que les trois systèmes juridiques soient ici traités sous leur angle national.

#### **A/ La nullité française**

**458. Pas de nullité sans texte.** - En accord avec sa conception contractualiste du droit matrimonial, le droit français permet d'invoquer le principe de nullité lorsque certaines conditions de fond ou de forme n'ont pas été respectées. Divers articles du Code civil organisent les deux types de nullité prévus en la matière, afin de respecter la règle « Pas de nullité sans texte »<sup>1127</sup>.

**459. Nullité absolue c. relative** - En matière de *locus standi* d'abord. Lorsqu'elle est relative, la procédure de nullité ne peut être invoquée que par la personne que l'on cherche à protéger, ce qui pourrait la rapprocher du *marriage voidable*, tandis que, en cas de nullité absolue, elle peut l'être par tous, y compris le ministère public, ce qui la rapprocherait du *marriage void*.

Mais là s'arrêtent les comparaisons possibles. En effet, la question du domaine de compétence n'offre guère d'angle de rapprochement possible entre les droit français et anglais.

La nullité absolue sanctionne l'inobservation d'une condition d'ordre public. Il en va ainsi en cas d'impuberté ou de défaut d'âge légal, d'inceste, de bigamie, d'identité de sexe, de défaut total de consentement, de consentement non exprimé, non conscient ou non sérieux<sup>1128</sup>. La nullité relative vise, quant à elle, à protéger non pas la société mais les intérêts des parties. À ce titre, sont passibles d'annulation les mariages au sein desquels aura été décelé un vice du consentement de l'un des époux (violence, contrainte, erreur) ou un défaut d'autorisation (en cas de mariage d'un mineur ou d'un incapable).

Enfin, la nullité absolue peut être invoquée dans un délai de trente ans à compter de sa célébration<sup>1129</sup>, quand la nullité relative doit l'être dans un délai de cinq années à compter de la célébration du mariage<sup>1130</sup>.

---

<sup>1127</sup> P. MURAT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 140.

<sup>1128</sup> C. civ., art. 184.

<sup>1129</sup> C. civ., art. 184.

**460. Nullité c. divorce** – Le législateur français tient à clairement distinguer divorce et nullité.

Ainsi, seul le Tribunal judiciaire du domicile des époux, et non le juge aux affaires familiales, est compétent en matière de nullité.

Face aux éléments présentés, le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation et se trouve dans l'obligation de procéder à l'annulation à la seule constatation des faits. Son jugement anéantit de manière rétroactive le mariage précédemment célébré : ce dernier est censé n'avoir finalement jamais existé<sup>1131</sup>. À ce titre, les époux sont relevés de toute possibilité de réclamer quoi que se soit en matière de droits successoraux, de conventions matrimoniales, de donations, d'obligations alimentaires.

Les liens sont coupés de façon nette et rétroactive.

## **B/ La nullité anglaise**

**461. Impact de la Réforme.** - Côté anglais, en lieu et place des notions de nullité relative et absolue, sont évoquées celles de mariage *void* et de mariage *voidable*, le premier qualificatif renvoyant à la nullité proprement dite, le second concernant un mariage invalide susceptible d'annulation<sup>1132</sup>.

Il est nécessaire, pour bien comprendre la différence, de remonter au XVII<sup>e</sup> siècle, quand sont établies les théories civilistes visant à sanctionner le mariage irrégulier<sup>1133</sup>. Rappelons par ailleurs qu'avant cette date, le mariage est soit valide, soit nul, selon le droit canonique. Avec la *Reformation*, les tribunaux de *common law*, cherchant à s'appropriier de plus en plus de sujets relevant du droit matrimonial, vont chercher à différencier « un empêchement civil relevant de l'ordre public »<sup>1134</sup>, tel un mariage bigame ou n'ayant pas respecté les formalités du mariage, d'un élément relevant à l'inverse du droit canonique, tel le défaut de consommation du mariage ou la grossesse de l'épouse, voire la maladie vénérienne du mari<sup>1135</sup>.

---

<sup>1130</sup> C. civ., art. 181 et 183.

<sup>1131</sup> P. MURAT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 161.

<sup>1132</sup> J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé, op. cit.*, p. 60.

<sup>1133</sup> INSTITUT DE DROIT COMPARÉ ÉDOUARD LAMBERT UNIVERSITÉ JEAN MOULIN - LYON 3, « Le mariage entre personnes du même sexe - Étude pour la Cour de cassation », *RID comp.*, 60, 2008, p. 383.

<sup>1134</sup> *Ibid.*

<sup>1135</sup> *MAC* de 1973, S. 11 et 12.



Les premiers types d'empêchement mènent à des « *civils disabilities* »<sup>1136</sup> et entraînent un mariage *void*, tandis que les seconds types d'empêchements conduisent à des « *canonical disabilities* »<sup>1137</sup> et à un mariage *voidable*.

Les empêchements menant à des « *civils disabilities* »<sup>1138</sup> et donc à un mariage *void* peuvent être invoqués à tout moment, à la demande de toute personne intéressée. Quant au second type d'empêchements, ceux conduisant à des « *canonical disabilities* »<sup>1139</sup> et donc à un mariage *voidable*, ils sont à invoquer durant la vie des personnes concernées, uniquement à la demande de l'un des deux époux, voire des deux, mais à l'exclusion des tiers.

**462. Confirmation législative et jurisprudentielle** - Depuis, ces dispositions ont été intégrées aux divers *Acts* régissant l'institution matrimoniale, depuis le *Divorce and Matrimonial Causes Act* de 1857<sup>1140</sup> au *Matrimonial Causes Act* de 1973, en passant par le *Nullity of Marriage Act* de 1971<sup>1141</sup>. Elles font donc partie aujourd'hui du droit commun.

Le principe demeure le suivant : un mariage est soit nul, soit annulable, selon une définition établie dans *De Reneville v De Reneville*<sup>1142</sup> : « le mariage *void* est celui qui sera regardé, par toutes les juridictions et dans tous les cas dans lesquels l'existence du mariage est débattue, comme n'ayant jamais existé. Les parties peuvent se considérer comme non liées par ce mariage sans qu'il soit nécessaire pour elles de requérir en justice son annulation ; un mariage *voidable* est celui qui sera regardé par tous les juridictions comme un mariage valide tant qu'une décision d'annulation n'aura pas été rendue par une juridiction compétente »<sup>1143</sup>, « *a void marriage is one that will be regarded by every court in any case in which the existence of the marriage is the issue as never having taken place and can be so treated by both parties to it without the necessity of any decree annulling it ; a voidable marriage is one that will be regarded by every court as a valid subsisting marriage until a decree annulling it has been pronounced by a court of competent jurisdiction* »<sup>1144</sup>.

---

<sup>1136</sup> J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé*, op. cit., p. 61.

<sup>1137</sup> *Ibid.*

<sup>1138</sup> *Ibid.*

<sup>1139</sup> *Ibid.*

<sup>1140</sup> *Divorce and Matrimonial Causes Act* de 1857.

<sup>1141</sup> *Nullity of Marriage Act* de 1971.

<sup>1142</sup> *De Reneville v De Reneville* [1948] 1 All ER 56, CA 60.

<sup>1143</sup> INSTITUT DE DROIT COMPARÉ ÉDOUARD LAMBERT UNIVERSITÉ JEAN MOULIN - LYON 3, « Le mariage entre personnes du même sexe - Étude pour la Cour de cassation », loc. cit., p. 383.

<sup>1144</sup> *De Reneville v De Reneville* [1948] 1 All ER 56, CA 60.

**463. Conséquences.** - De manière très concrète, il n'est pas nécessaire, en cas de mariage *void*, de requérir et d'obtenir un *decree of nullity* pour annuler le soit disant « mariage », celui-ci étant considéré comme n'ayant jamais été valide et cela, *ab initio*. S'il est conseillé de le faire, c'est uniquement à titre *declaratory* : en procédant ainsi, on ôte tout doute quant au statut des parties. La requête, s'il y a, sera invoquée par les parties elles-mêmes ou par tout autre tiers ayant un intérêt en l'espèce, du vivant des parties, voire même après leur décès.

À l'inverse, un mariage *voidable* est considéré comme valide jusqu'à ce que la cour le déclare annulé, à la demande de l'une des deux parties et du vivant de ces dernières<sup>1145</sup>. L'intervention d'une instance judiciaire et la délivrance du précieux *decree* – délivré en deux temps, comme pour un divorce, le *decree nisi* étant suivi d'un *decree absolute* - sont donc indispensables.

**464. Nullité c. divorce.** - À l'instar de la séparation judiciaire, les Anglais ont introduit dans leur droit de la famille des éléments propres au principe de nullité afin de l'en distinguer du divorce.

Ainsi, les motifs de nullité, prise au sens de *void*, sont différents de ceux du divorce et ciblent les unions ne respectant pas les règles relatives au degré d'alliance<sup>1146</sup> ou de parenté (parents, grands-parents, enfants, petits-enfants, frères et sœurs, oncles et tante, neveux et nièces), celles où l'une des parties est un mineur de moins de seize ans, celles où certaines formalités n'ont pas été respectées, à condition que les deux époux aient été conscients des irrégularités au moment de la cérémonie<sup>1147</sup> (défaut d'obtention du certificat délivré par l'officier d'état civil, cérémonie dans un lieu non approuvé, etc.<sup>1148</sup>), ainsi qu'en cas d'unions bigames ou polygames<sup>1149</sup>.

En ce qui concerne les mariages *voidable*, on retiendra les motifs de non-consommation (due à une incapacité permanente et incurable, ou au refus de l'un des

---

<sup>1145</sup> *MAC* de 1973, S. 3.

<sup>1146</sup> *Marriage (Prohibited Degrees of Relationship) Act* de 1986. Cf. également *B and L v UK*, (n° 36536/02) [2006] 1 FLR 35.

<sup>1147</sup> N. V. LOWE N. V. & G. DOUGLAS, *Bromley's family law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 72.

<sup>1148</sup> Le *Marriage Act* de 1949 (S. 24 et 48) mentionne en fait les motifs qui ne rendent pas un mariage *void* : un mariage n'est pas nul lorsque les conditions légales de résidence ne sont pas remplies, lorsque les consentements nécessaires n'ont pas été donnés dans le cas du mariage d'un mineur par licence commune ou certificat délivré par l'officier d'état civil, lorsque le bâtiment enregistré où se sont mariées les parties n'a pas reçu de certificat en tant que lieu de culte, lorsqu'une déclaration incorrecte a été faite afin de pouvoir se marier dans un bâtiment enregistré.

<sup>1149</sup> *MAC* de 1973, S. 11.

conjoints), de défaut de consentement (violence, faute, faiblesse d'esprit ou autre), de troubles mentaux, de maladie vénérienne, de grossesse d'un tiers, de changement de sexe<sup>1150</sup>.

Tous ces motifs peuvent être invoqués dès la première année du mariage – quand il est impossible de divorcer au cours de cette même première année de mariage<sup>1151</sup> - mais doivent l'être dans les trois ans du mariage, sauf en cas d'incapacité ou de refus de consommer le mariage<sup>1152</sup>. Le délai est réduit à six mois en cas de changement de sexe, à compter de la délivrance de l'*interim gender recognition certificate*.

Quant à la procédure, relativement administrative en cas de divorce non contesté, elle implique, que la nullité soit contestée ou non, que l'affaire soit entendue en audience publique, les parties concernées étant invitées à présenter leurs preuves oralement.

### **C/ La nullité italienne**

**465.** Outre-Alpes, le système, hybride selon un angle franco-anglais, repose sur le principe d'invalidité, d'*invalidità*, en distinguant le mariage nul, *nullo*, menant à la *nullità*, du mariage annulable, *annullabile*, menant à l'*annullabilità*. Dans tous les cas, l'invalidité du mariage rend les époux libres de contracter une nouvelle alliance, avec efficacité rétroactive.

Plusieurs motifs peuvent être invoqués afin d'arriver à déclarer une union invalide, que l'on peut classer en quatre catégories : non-respect de critères impératifs, incapacité à comprendre ou à vouloir, vices du consentement et simulation.

**466. Non-respect de critères impératifs.** - Un mariage peut être invalidé lorsque certains critères impératifs n'ont pas été respectés, rendant un mariage nul ou annulable.

Il en va ainsi du critère de l'âge : sera annulable le mariage non autorisé par les autorités judiciaires et contracté avec une personne mineure<sup>1153</sup>. Cette dernière pourra invoquer ce motif au cours de l'année suivant sa majorité. Antérieurement à ladite majorité, l'autre conjoint, les parents et le ministère public pourront également faire valoir leurs droits. On notera cependant que le recours des parents et du ministère public devient

---

<sup>1150</sup> *Ibid.*, S. 12.

<sup>1151</sup> *Ibid.*, S. 3.

<sup>1152</sup> *Ibid.*, S. 13 (2).

<sup>1153</sup> C. c., art. 117 al. 2.

impossible une fois le mineur devenu majeur, s'il a conçu ou procréé un enfant ou manifesté sa volonté de maintenir le lien conjugal.

Autre source d'invalidité : l'existence d'une précédente union ayant encore efficacité légale<sup>1154</sup>. En ces circonstances, la nouvelle union est déclarée nulle pour des raisons d'ordre public. L'action en bigamie est imprescriptible et peut être exercée par toute personne ayant un intérêt légitime et actuel.

Le non-respect des règles relatives à la parenté, à l'alliance, à la filiation, à l'adoption rend également un mariage invalide, c'est-à-dire nul dans l'hypothèse où l'empêchement n'est pas susceptible d'être levé *via* une autorisation judiciaire<sup>1155</sup> ou annulable dans les autres hypothèses. Dans tous les cas, le recours doit être lancé dans l'année qui suit la cérémonie. Ont *locus standi* les époux, les ascendants proches, le ministère public et ceux ayant un intérêt légitime et actuel.

En outre, sera déclaré invalide le mariage lié à un délit, ou plus exactement sera déclaré nul le mariage contracté par une personne ayant tué ou attenté à la vie de son conjoint<sup>1156</sup>. L'action est ici imprescriptible et actionnable par les époux, les ascendants proches, le ministère public et tous ceux ayant un intérêt légitime et actuel.

Enfin, un mariage ne respectant pas une interdiction, c'est-à-dire un mariage contracté alors qu'il y a infirmité mentale<sup>1157</sup>, est annulable par le tuteur, le ministère public et tous ceux ayant un intérêt légitime à agir.

**467. Incapacité à comprendre ou à vouloir.** - L'incapacité naturelle à comprendre ou à vouloir<sup>1158</sup>, même sans infirmité mentale, rend un mariage annulable. Le recours est actionnable par le conjoint n'ayant pas compris ou voulu ce mariage mais cesse de l'être dans l'hypothèse où ce dernier, une fois recouvrée sa capacité à comprendre et à vouloir, vit plus d'une année commune avec son conjoint.

**468. Les vices du consentement.** - Les vices du consentement constituent une troisième catégorie de faits pouvant mener à l'invalidité du mariage, et incluent la violence, la peur et l'erreur.

---

<sup>1154</sup> C. c., art. 86.

<sup>1155</sup> C. c., art. 87 al. 1, 2, 4.

<sup>1156</sup> C. c., art. 88.

<sup>1157</sup> C. c., art. 119 al. 1.

<sup>1158</sup> C. c., art. 120.

Il appartient au conjoint ayant subi la violence<sup>1159</sup> de l'invoquer, sachant que le recours expire après un an de vie commune faisant suite à la fin de la violence.

La peur<sup>1160</sup> est invocable dans le cas où il s'agit d'éviter un danger d'une exceptionnelle gravité dérivant d'une cause externe, « reflet subjectif de l'état de nécessité »<sup>1161</sup>.

L'erreur<sup>1162</sup>, enfin, c'est-à-dire l'erreur sur l'identité de la personne ou sur les qualités essentielles de l'autre, constitue la dernière catégorie rendant un mariage annulable et vise les erreurs en lien avec une maladie ou une anomalie existante empêchant la vie commune, une condamnation pour délit assortie d'une peine de prison supérieure à cinq ans, une déclaration de délinquance habituelle ou professionnelle, une condamnation à une peine d'emprisonnement supérieure à deux ans pour des faits relatifs à la prostitution et la grossesse avant le mariage de la femme avec un tiers. L'erreur est invocable par le conjoint ayant subi l'erreur; elle cesse de l'être une fois le délai d'un an de vie commune écoulé depuis la découverte de l'erreur.

**469. La simulation.** - La simulation rend le mariage annulable dans le cas où les époux auraient prévu, avant la cérémonie, de ne pas se conformer aux obligations et de ne pas bénéficier des droits en découlant<sup>1163</sup>. Elle est invocable par l'un ou l'autre des époux, dans l'année du mariage. Le recours s'éteint si, après le mariage, les parties se comportent finalement en époux.

**470. Conclusion Section 2.** – Séparation de corps, nullité : l'Angleterre, la France et l'Italie ont souhaité continuer d'offrir la possibilité de mettre un point final à une relation conjugale bancale en dehors de tout divorce, option rappelant ce que pouvait offrir et continue de proposer l'Église catholique. Si les principes ont été maintenus, leur application civile fait de ces institutions des modèles relativement différents, peu utilisés et d'un intérêt assez relatif, en dehors de quelques cas spécifiques.

---

<sup>1159</sup> C. c., art. 122.

<sup>1160</sup> C. c., art. 122, al. 1.

<sup>1161</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile 2.1 La famiglia*, op. cit., p. 173.

<sup>1162</sup> C. c., art. 122.

<sup>1163</sup> C. c., art. 123, al. 1.

## Conclusion Chapitre 1

471. En reprenant à son compte les principes du mariage, de la séparation et de la nullité de la doctrine catholique préalablement établie, l'État, qu'il soit anglais, français ou italien, n'a pas fait preuve d'une grande originalité.

La remarque précédente ne vaut cependant que pour les principes *per se*.

En effet, en ce qui concerne les critères, de fond comme de forme, à respecter en cas de mariage, de séparation ou de nullité, nos États ont su démontrer leur souhait de se démarquer nettement des dogmes chrétiens.

Hormis l'interdiction de prononcer, au cours de la cérémonie civile, un seul mot pouvant évoquer, de près ou de loin, la religion, on songera à la révision complète opérée en matière de motifs d'empêchements au mariage ou de nullité, à l'imposition d'un certain ordre dans les cérémonies matrimoniales, voire à la pénalisation de cet ordre, ou encore à l'intérêt limité de la séparation de corps, à l'exception du cas, notable, italien, pour ne citer que les éléments nous semblant les plus marquants.

Les trois États n'ont agi de manière ni linéaire, ni similaire, un certain nombre de spécificités nationales étant toujours en vigueur à ce jour. Mais, indéniablement, de nombreuses similitudes sont présentes, offrant hypothétiquement la perspective d'un embryon de droit européen matrimonial.

472. L'État a eu besoin dans un premier temps d'asseoir son autorité sur des concepts connus de tous.

Ce faisant, il s'aventurait sur un chemin balisé, en s'appuyant sur des solutions déjà expérimentées, éloignant d'autant le facteur risque : il allait en effet de son prestige chèrement acquis de ne pas commettre d'erreurs. En outre, la société, même sécularisée au fil du temps, restait imprégnée de valeurs chrétiennes et n'était pas prête à accepter toutes les réformes.

Cette étape franchie, l'État a pu aller plus loin et décider quel visage il souhaitait désormais offrir à ses institutions, en les éloignant, plus ou moins, irrémédiablement ou non, de leur version catholique.

## Chapitre 2 : L'union et la désunion du couple réinventées par l'État

473. Il a fallu du temps à l'État pour passer d'un droit des couples inspiré du droit canonique à sa version civiliste.

Il en a fallu également pour accepter de totalement rompre avec certains dogmes religieux, tels l'indissolubilité des liens conjugaux et l'ouverture du mariage aux seuls couples hétérosexuels.

Il lui a fallu également du courage. En empruntant cette nouvelle voie, l'État savait qu'il allait à l'encontre de certains préceptes profondément ancrés dans la société. Il savait que la transition ne serait pas simple. Il savait qu'il pourrait choquer, ce qui n'a pas manqué d'arriver.

Que l'on pense à l'instauration du divorce ou au mariage pour tous : les oppositions à ces deux nouvelles institutions ont été vives, parfois violentes, aussi bien en Angleterre, en France qu'en Italie. La désacralisation totale du droit des couples a été vécue comme un traumatisme par beaucoup, ces derniers acceptant mal de reléguer aux oubliettes (en réalité, à la sphère privée) le modèle qui avait été le nôtre pendant des siècles.

Il est fréquent en France d'affirmer tenir là la preuve d'une forme de laïcité revancharde de la puissance publique, d'un laïcisme jusqu'au-boutisme féroce anti-catholique. Cet aspect des choses n'est évidemment pas à négliger. Mais force est de constater que l'Italie comme l'Angleterre ont emprunté le même chemin que la France en termes de divorce et de mariage pour tous. Or, deux pays ne peuvent en aucun cas être taxés de sentiments anti-religieux, voire, en ce qui concerne l'Italie, de sentiments anti-catholiques.

Si l'État s'est autorisé à réinventer ainsi le droit des couples, c'est bien que, fondamentalement, il a estimé pouvoir se le permettre, la société étant devenue non pas tant laïque que fortement sécularisée. Peu de personnes, qu'elles soient anglaises, françaises ou italiennes, se déclarent franchement hostiles à la religion. À l'autre extrémité du sceptre, rares sont celles qui vont chaque semaine à la messe ou au temple. Elles sont en revanche de plus en plus nombreuses à se considérer comme n'appartenant pas à une religion précise, à s'afficher comme des « *no-religion* »<sup>1164</sup>, tout en restant attachés à

---

<sup>1164</sup> L. WOODHEAD, "The rise of "no religion" in Britain: the emergence of a new cultural majority", *JBA*, 4, 2016, p. 245 et s.

certaines fêtes, fruits de leur héritage familial, constituant ainsi « *a new cultural majority* »<sup>1165</sup>.

Contrairement aux États-Unis où le phénomène religieux se clame haut et fort au quotidien, les États européens, et en particulier d'Europe de l'Ouest, voient la religion refoulée du domaine public à un point tel que les Anglo-saxons n'hésitent plus à parler d'« *Eurosecularity* »<sup>1166</sup>, bien que des disparités existent à ce propos à travers le Vieux Continent.

Ce phénomène, très européen donc, trouve certes ses racines dans l'histoire de chaque pays. Il puise ses principes aussi bien dans les écrits des hommes et des femmes des Lumières que de ceux de l'*Enlightenment* ou du *Risorgimento*, principes réactualisés, entre autres, grâce à la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 et son fameux article 9<sup>1167</sup>.

De manière plus récente, il atteste également d'une forme de « *cultural pluralisation* »<sup>1168</sup>, selon Madame Linda Woodhead : parce que la religion est devenue pour la majorité des habitants des trois États une question de choix personnel, l'identité confessionnelle a cessé d'avoir l'importance qu'elle pouvait avoir autrefois<sup>1169</sup>. Désormais, le fidèle type du XX<sup>e</sup> siècle est moins dans la revendication de sa religion et suit les préceptes de sa confession avec plus ou moins de rigueur.

**474.** Entre les « *no-religion* », attachés à l'héritage religieux mais pas forcément à la religion elle-même, et la pluralisation culturelle des fidèles, moins dans la revendication religieuse que dans la privatisation de leur foi, sans oublier les vrais athées, il devenait évident que l'État pouvait se permettre de proposer, voire d'imposer, le divorce civil (Section 1) puis le mariage pour tous (Section 2).

---

<sup>1165</sup> *Ibid.*

<sup>1166</sup> P. L. BERGER, G. DAVIE & E. FOKAS, *Religious America, secular Europe? A Theme and Variations*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>1167</sup> Conv. EDH, art. 9 : « Liberté de pensée, de conscience et de religion

1) Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2) La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

<sup>1168</sup> L. WOODHEAD, "The rise of "no religion" in Britain: the emergence of a new cultural majority", *loc. cit.*, p. 254.

<sup>1169</sup> *Ibid.*



## Section 1 : Le divorce civil

**475.** Vouloir introduire le divorce civil, c'était s'attaquer frontalement aux diverses religions alors présentes sur le sol européen : rares sont en effet les confessions qui acceptent inconditionnellement le fait de mettre fin à une relation conjugale. Il n'est donc pas inutile à cet égard de revenir sur les positions des unes et des autres pour comprendre l'ampleur de la secousse née de l'instauration du principe du divorce par nos divers États (§1).

C'est pourtant ce qu'ont osé faire l'Angleterre, la France et l'Italie, chacune à leur manière, qui en imposant une rupture irrémédiable du lien conjugal, voire la fin de la communauté spirituelle et matérielle des époux, qui en acceptant des causes multiples. Si le principe du divorce est entériné de tous, de fortes disparités se font sentir en pratique (§2).

### § 1 : La séparation religieuse

**476.** La religion la plus fondamentalement opposée au divorce demeure la religion catholique, bien qu'elle ait développé des théories parallèles pour pallier la sévérité du principe d'indissolubilité des liens matrimoniaux (A). Il ne faudrait cependant pas croire qu'elle soit la seule à désapprouver le divorce : d'autres religions chrétiennes, telles la confession anglicane ou orthodoxe, ou non-chrétiennes, à l'instar des cultes juif et musulman, le tolèrent plus qu'ils ne l'approuvent (B). En fin de compte, rares sont les confessions admettant sans réserve le principe du divorce (C).

### A/ Le divorce et l'Église catholique

**477. Principe et tolérance initiale.** - Jusqu'à l'époque dite classique (XI<sup>e</sup> – XV<sup>e</sup> siècle), séparation, répudiation, concubinage et inexistance du mariage sont monnaie relativement courante<sup>1170</sup>. Une certaine interprétation de deux incises de saint Matthieu<sup>1171</sup> conduit en effet « à autoriser non seulement la séparation des époux mais même la dissolution du mariage en cas de fornication de l'un d'eux »<sup>1172</sup>. La tolérance de l'Église vis-à-vis des

---

<sup>1170</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, p. 119.

<sup>1171</sup> Mt 19,9 et 5-32.

<sup>1172</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, p. 124.

accommodements faits au principe d'indissolubilité cesse en tout état de cause à la fin du X<sup>e</sup> siècle, lors de la réforme clunisienne qui réaffirme le principe de l'indissolubilité absolue<sup>1173</sup>. Reconnu comme règle de droit divin, proclamé par les papes juristes Alexandre III (1159-1181) et Innocent III (1198-1216)<sup>1174</sup>, établi dans toute l'Europe occidentale, il ne sera plus démenti par la suite.

**478. Concile de Trente.** - Lors du Concile de Trente (1545-1563), la doctrine est d'ailleurs réaffirmée avec vigueur, une réaffirmation qui est loin d'être inutile en cette période trouble opposant non seulement les Chrétiens entre eux – les protestants soutenant désormais que l'indissolubilité des liens du mariage n'est pas absolue -, mais également, au sein de l'Église catholique, entre conservateurs et réformateurs, ces derniers cherchant à faire reconnaître certaines causes de rupture.

De manière plus claire que précédemment, deux canons issus du Concile rejettent toute dissolution des liens du mariage *ratum et consummatum*, que la cause de la potentielle dissolution soit en lien avec une « vie en commun insupportable », d'« hérésie », « en l'absence voulue d'un conjoint »<sup>1175</sup> ou d'adultère<sup>1176</sup>.

Le Concile prévoit cependant deux atténuations à ce strict principe.

*Primo*, il laisse une porte de sortie en offrant la possibilité de vivre séparément<sup>1177</sup>, pis aller ayant le mérite de malgré tout exister.

*Secundo*, il ne définit pas explicitement la notion d'indissolubilité, afin, semble-t-il, de ménager les orthodoxes<sup>1178</sup>.

Cette position conciliaire fait dire à Madame Jacqueline Pousson-Petit que « l'indissolubilité du mariage n'est pas une proposition dogmatique *de fide* mais seulement une proposition *fidei proxima* »<sup>1179</sup>.

---

<sup>1173</sup> J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé, op. cit.*, p. 157.

<sup>1174</sup> J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 243.

<sup>1175</sup> Concile de Trente, canon 1805-5 : « Si quelqu'un dit que le lien du mariage peut être rompu en raison de l'hérésie, ou bien d'une vie en commun insupportable, ou bien en l'absence voulue d'un conjoint : qu'il soit anathème ».

<sup>1176</sup> Concile de Trente, canon 1807-7 : « Si quelqu'un dit que l'Église se trompe quand elle a enseigné et enseigne, conformément à l'enseignement de l'Évangile et de l'Apôtre Mt 5,32 ; Mt 19,9 ; Mc 10,11-12 ; Lc 16,18 ; 1Co 7,11, que le lien du mariage ne peut pas être rompu par l'adultère de l'un des époux, et que ni l'un ni l'autre, même l'innocent qui n'a pas donné motif à l'adultère, ne peut, du vivant de l'autre conjoint, contracter un autre mariage ; qu'est adultère celui qui épouse une autre femme après avoir renvoyé l'adultère et celle qui épouse un autre homme après avoir renvoyé l'adultère : qu'il soit anathème ».

<sup>1177</sup> Concile de Trente, canon 1808-8 : « Si quelqu'un dit que l'Église se trompe lorsqu'elle décrète que, pour de nombreuses raisons, les époux peuvent vivre séparés, sans vie conjugale ou sans vie en commun, pour un temps indéterminé ou déterminé : qu'il soit anathème ».

<sup>1178</sup> J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé, op. cit.*, p. 158.

<sup>1179</sup> *Ibid.*

Une proposition *de fide* est une proposition officielle de l'Église, faisant partie de la foi de l'Église, enseignée de manière infaillible, tandis qu'une *sententia fidei proxima* porte sur une déclaration « probablement révélée », ne se revendiquant pas infaillible.

En affirmant que l'indissolubilité du mariage est une proposition *fidei proxima*, Madame Jacqueline Pousson-Petit place donc le principe d'indissolubilité sous le signe de la non-infaillibilité, ce qui implique un degré d'obligation bien inférieur à une proposition *de fide*.

Malgré ce raisonnement qui aurait pu laisser entrevoir un assouplissement du principe d'indissolubilité, l'Église catholique va continuer à appliquer ce dernier de plus en plus strictement, à la hauteur de sa lutte avec les pouvoirs étatiques.

**479. Lutte entre papauté et pouvoir politique.** – Les pressions politiques vont en effet aller en s'intensifiant pour essayer de faire évoluer la doctrine catholique, sans succès.

Ainsi, dans les années 1630, le propre roi Louis XIII tente de faire annuler le mariage de son frère Gaston d'Orléans, avec Marguerite, fille de François II, duc de Lorraine<sup>1180</sup>. L'intervention du principal ministre du roi, Richelieu, par ailleurs cardinal, qui propose de subtilement distinguer annulation et déclaration de non-validité, l'appui du Parlement, trop heureux de pouvoir imposer sa compétence en matière matrimoniale, et celui des docteurs de la Sorbonne, distinguant sacrement et contrat, n'y changent rien : le pape Urbain VIII (1623-1644) reste inflexible tant en ce qui concerne la compétence des tribunaux ecclésiastiques que l'indissolubilité d'un mariage dûment célébré et consommé.

À partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, le pouvoir étatique, en butte au refus d'inflexion de la doctrine catholique, entame un chemin de plus en plus laïc et finit par définitivement dissocier le sacrement du contrat. Face à une telle mesure, l'Église rappelle fermement que sacrement et contrat sont totalement indivisibles à ses yeux<sup>1181</sup>. Elle réaffirme par ailleurs qu'un sacrement étant par définition indissoluble, le mariage, ce sacrement parmi les six autres<sup>1182</sup>, est donc lui aussi indissoluble. Une formule réitérée au cours des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, à travers les diverses encycliques des papes, dont celles de Léon XIII (1878-1903) et de Pie X (1903-1914).

---

<sup>1180</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, p. 324.

<sup>1181</sup> *Ibid.*, p. 410.

<sup>1182</sup> Baptême, confirmation, eucharistie, réconciliation, onction des malades, ordination.

**480. Codes canoniques.** - L'entrée en vigueur du Code de 1917 ne change rien en la matière<sup>1183</sup>, bien qu'il introduise deux exceptions, liées à la conversion de l'un des époux ou à la demande d'une dispense accordée « pour une juste cause »<sup>1184</sup> ou encore au privilège paulin<sup>1185</sup>. En dehors de ces exceptions, il reste toujours la séparation *tori, mensae et habitationis*, prévue aux canons 1128-1132<sup>1186</sup>.

Si le Code de 1983 est indéniablement influencé par Vatican II et met en lumière des orientations nouvelles, en plaçant en particulier l'amour au centre de tout, il ne remet pas plus en cause le principe de l'indissolubilité du mariage. Les canons 1056 et 1141 sont toujours aussi clairs : « Les propriétés essentielles du mariage sont l'unité et l'indissolubilité qui, dans le mariage chrétien, en raison du sacrement, acquièrent une solidité particulière »<sup>1187</sup> ; « Le mariage conclu et consommé ne peut être dissous par aucune puissance humaine ni par aucune cause, sauf par la mort »<sup>1188</sup>. Les exceptions figurant dans le Code de 1917 sont également reprises<sup>1189</sup>.

Le Code de 1983 se veut cependant novateur. Il revient sur la longue liste des actes pouvant affecter le consentement des époux, induire erreurs, voire vices, et mener, malgré tout, à la déclaration de la nullité des liens matrimoniaux<sup>1190</sup>. Ainsi, et pour ne citer que quelques exemples, il y est précisé que l'absence d'« usage suffisant de la raison », « un grave défaut de discernement concernant les droits et devoirs essentiels réciproques qui résultent du mariage » ou « des causes de nature psychiques » empêchant l'un des époux d'« assumer les obligations essentielles du mariage » sont autant de raisons pouvant affecter la capacité de « contracter mariage »<sup>1191</sup>. Par ailleurs, il est spécifié que le « consentement matrimonial » suppose que « les contractants n'ignorent pas pour le moins que le mariage est une communauté permanente entre l'homme et la femme, ordonnée à la procréation des enfants par quelque coopération sexuelle »<sup>1192</sup>. Un mariage peut également

---

<sup>1183</sup> CIC 1917, canon 1118 : « Le mariage valide '*ratum et consummatum*' ne peut être dissous par aucune puissance humaine ni par aucune cause, sauf la mort »<sup>1183</sup>.

<sup>1184</sup> *Ibid.*, canon 1119 : « Le mariage non consommé entre des baptisés ou entre une partie baptisée et une partie non baptisée est dissous, soit de plein droit par la profession religieuse solennelle, soit par une dispense concédée par le Siège apostolique pour une juste cause, à la demande des deux parties ou de l'une d'elles, même contre le gré de l'autre ».

<sup>1185</sup> *Ibid.*, canon 1120 : « §1 Le mariage légitime entre non-baptisés, même consommé, est rompu en faveur de la foi en vertu du privilège paulin. §2 Ce privilège ne vaut pas lors d'un mariage contracté entre une partie baptisée et une partie non baptisée avec dispense de l'empêchement de disparité de culte ».

<sup>1186</sup> *Ibid.*, canon 1128-1132.

<sup>1187</sup> CIC 1983, canon 1056.

<sup>1188</sup> *Ibid.*, canon 1141.

<sup>1189</sup> En cas de mariage non consommé, de privilège paulin et/ou de la foi.

<sup>1190</sup> J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, p. 460.

<sup>1191</sup> CIC 1983, canon 1095.

<sup>1192</sup> *Ibid.*, canon 1096.

être considéré comme invalide si l'un des époux a été trompé « par un dol commis en vue d'obtenir le consentement, et portant sur une qualité de l'autre partie, qui de sa nature même peut perturber gravement la communauté de vie conjugale »<sup>1193</sup>.

Ainsi, si le principe de l'indissolubilité demeure la règle, la liste des raisons pouvant mener à la fin des liens matrimoniaux s'avère assez conséquente.

**481. Pape François.** - En septembre 2015, le pape François<sup>1194</sup>, sans revenir sur les motifs d'annulation du lien conjugal, a modifié la procédure de déclaration de nullité du mariage catholique, procédure suivie par l'officialité, c'est-à-dire par le tribunal ecclésiastique catholique : le procès devient gratuit et peut se réduire à une seule instance, avec un juge unique. En outre, la procédure peut être accélérée pour les cas de nullités les plus évidentes.

Bien que l'idée au cœur de la réforme soit d'aspect plus pratique que théorique, de telles modifications mènent, selon des auteurs italiens, à « un rapprochement implicite avec le droit matrimonial de l'Église orthodoxe »<sup>1195</sup>, plus souple en la matière. De divorce, il n'en est toujours pas question. Le mariage catholique reste un sacrement indissoluble, mais les causes de dissolution du lien matrimonial ne sont pas non plus limitées à quelques rares exceptions.

---

<sup>1193</sup> *Ibid.*, canon 1098.

<sup>1194</sup> Lettre apostolique en forme de « *motu proprio* » du souverain pontife François *Mitis Iudex Dominus Iesus*, sur la réforme du procès canonique pour les causes de déclaration de nullité du mariage dans le code de droit canonique, 8 septembre 2015 :

[http://w2.vatican.va/content/francesco/fr/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio\\_20150815\\_mitis-iudex-dominus-iesus.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/fr/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html)

Lettre apostolique en forme de « *motu proprio* » du souverain pontife François *Mitis et Misericors Iesus*, sur la réforme du procès canonique pour les causes de déclaration de nullité du mariage dans le code de droit canonique des Églises orientales, 8 septembre 2015 :

[http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio\\_20150815\\_mitis-et-misericors-iesus.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-et-misericors-iesus.html)

Pour une étude poussée sur la réforme des procédures déclaratives de nullité de divorce : C. DOUNOT et F. DUSSAUBAT, *La réforme des nullités de mariage, une étude critique*, Paris, Perpignan, Artège Lethielleux, 2016.

<sup>1195</sup> L. SABBARESE, R. SANTORO e EDIZIONI DEHONIANE BOLOGNA, *Il processo matrimoniale più breve*, Bologna, Edizioni Dehoniane, 2016, p. 8.

## **B/ Le divorce toléré par certaines religions**

**482.** Certaines Églises chrétiennes (1), en particulier anglicane et orthodoxe, et non-chrétiennes (2), en particulier les confessions juive et musulmane, tolèrent le divorce, sans l'apprécier pour autant outre mesure.

### **1/ Les Églises chrétiennes tolérant le divorce**

**483.** Deux religions sont ici à mentionner, la religion orthodoxe, en raison de l'incise de saint Matthieu et de son principe d'économie (a), et anglicane, au départ hostile à toute idée de divorce pour finalement le tolérer aujourd'hui, sans pour autant l'encourager (b).

#### a/ La religion orthodoxe

**484. Incise de saint Matthieu.** - Saint Matthieu est le seul évangéliste à mentionner une exception à l'interdiction du divorce. Par deux fois, il précise en effet que « C'est à cause de la dureté de votre cœur que Moïse vous a permis de répudier vos femmes ; au commencement, il n'en était pas ainsi. Mais je vous dis que celui qui répudie sa femme, *sauf pour infidélité*, et qui en épouse une autre, commet un adultère »<sup>1196</sup>, puis « Que celui qui répudie sa femme lui donne une lettre de divorce. Mais moi, je vous dis que celui qui répudie sa femme, *sauf pour cause d'infidélité*, l'expose à devenir adultère, et que celui qui épouse une femme répudiée commet un adultère »<sup>1197</sup>.

L'idée principale, ce lien entre répudiation de la femme et adultère, est reprise à la quasi identique par les saints Marc<sup>1198</sup>, Luc<sup>1199</sup> et Paul<sup>1200</sup>.

Cependant, dans le cas de saint Matthieu, figure une précision que l'on ne retrouve ni chez les autres évangélistes, ni chez l'apôtre Paul : l'exception prévue en cas d'infidélité, ou plus exactement de *porneia*, pour reprendre le vocable initial, terme grec désignant une activité sexuelle illicite, ce qui inclut l'adultère, donc l'infidélité.

---

<sup>1196</sup> Mt 19,8-9. Nous soulignons.

<sup>1197</sup> Mt 5, 31-32. Nous soulignons.

<sup>1198</sup> Mc 10, 11.

<sup>1199</sup> Lc 16, 18.

<sup>1200</sup> Paul, I Co, 7-10-11.

**485. Principe d'économie orthodoxe.** - Cette incise de saint Matthieu ainsi que sa non-reprise par les autres évangélistes et/ou apôtres ont fait couler beaucoup d'encre.

En tout état de cause, pour les orthodoxes, la plupart des protestants et même certains catholiques, la précision relative à la *porneia* justifie le divorce<sup>1201</sup>. C'est précisément en se fondant sur cette incise matthéenne que la tradition orthodoxe a reconnu et reconnaît toujours la possibilité de divorcer puis de se remarier<sup>1202</sup>. Il ne s'agit cependant d'offrir qu'une seconde chance, et non la possibilité de multiplier les remariages à l'infini.

Si l'adultère de saint Matthieu a été le point de départ de la concession des orthodoxes au divorce, une fois ce motif reconnu comme légitime, son champ de compétence a été élargi. Aujourd'hui, un mariage peut être rompu pour toute raison grave et juste<sup>1203</sup>, un principe admis par les canonistes grecs depuis l'empereur Justinien<sup>1204</sup>.

Mais, il est important de le préciser, ce n'est en aucun cas un droit. Nous sommes ici dans une situation d'« économie ».

En effet, à l'argument doctrinal, l'Église orthodoxe en ajoute un second, résultant de ce qu'elle appelle le *principe d'économie*. L'économie ecclésiastique s'entend comme « la possibilité d'accorder, sous une forme temporaire ou permanente, des dérogations par rapport à une prescription normative, sans pour autant invalider en aucune manière la validité de la prescription elle-même. Une telle procédure, grâce à laquelle on atténue la dureté d'une loi dans le moment même où l'on en réaffirme la validité est justifiée par l'objectif supérieur de faciliter l'obtention du salut éternel dans les situations où la loi, si elle était appliquée dans toute sa rigueur (*akribeia*), pourrait y faire obstacle »<sup>1205</sup>.

Ramenée au domaine matrimonial, l'*oikonomia* de l'Église orthodoxe peut être ainsi décrite : « Dieu nous appelle au salut déjà réalisé, mais il use de patience aussi longtemps que nous sommes en marche vers lui ; il accepte nos manques d'intérêt et nos échecs, que le sacrement de pénitence prend en charge. L'Église doit faire de même : affirmer l'indissolubilité du mariage sur le plan de la foi et de la morale, parce que c'est une valeur éternelle, mais avoir de la patience et ne pas appliquer les sanctions canoniques dans certains cas de remariage après échec d'un premier couple (...). Refuser cette attitude

---

<sup>1201</sup> J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé, op. cit.*, p. 157.

<sup>1202</sup> G. CANDELIER, « Mariage et divorce. Problèmes actuels », *RTL*, 19, 1988, p. 457.

<sup>1203</sup> Ce qui peut inclure des motifs comme l'adultère, l'accusation fautive d'adultère, l'hérésie, le schisme de l'un des époux, l'entrée en religion, le délaissement coupable d'un époux par l'autre, la folie, etc.

<sup>1204</sup> A. CATOIRE, « Le divorce, d'après l'Église catholique et l'Église orthodoxe », *Rebyz*, 14, 1911, p. 169.

<sup>1205</sup> C. CRISAN, « Divorce, dissolution du lien et deuxième mariage dans les Églises orientales », *AC*, 57, 2016, p. 138.

pastorale, c'est faire du mariage des divorcés un péché irrémissible : ce n'est ni le rôle ni le droit de l'Église »<sup>1206</sup>.

Cependant, « pour bien marquer qu'une distance a été prise avec un idéal, la célébration des secondes nocces, même après le décès du conjoint, relève un caractère pénitentiel »<sup>1207</sup>.

Se pose alors de manière récurrente la question de comprendre si le second mariage est un véritable sacrement aux yeux de l'Église orthodoxe ou est seulement « sacramental »<sup>1208</sup>, pour utiliser une terminologie plus catholique.

Pour preuve, lors d'un second mariage, la communion eucharistique laisse place à la coupe, considérée comme symbole de la vie commune<sup>1209</sup> et prive les nouveaux époux de couronnement<sup>1210</sup>. Malgré cela, cette seconde cérémonie constitue bien un lien sacré, laissant « entrevoir la véritable icône de la grâce »<sup>1211</sup>.

**486.** L'*oikonomia* de l'Église orthodoxe impose donc un mariage chrétien à la fois stable et unique. Ladite stabilité ne doit cependant pas être vue comme le maintien irrévocable du lien juridique : « la porte de la miséricorde divine ne » peut pas « être irrémédiablement fermée »<sup>1212</sup>.

#### b/ L'Église anglicane

**487. Les Tudor.** - L'Église anglicane s'est progressivement éloignée de l'approche traditionnelle interdisant le divorce, « tout en n'étant pas infidèle à l'idéal du mariage comme relation pour la vie »<sup>1213</sup> à compter des règnes d'Henry VIII et d'Édouard VI.

L'avènement de la nouvelle dynastie Tudor et les multiples aléas matrimoniaux d'Henry VIII pose en effet la question de l'acceptation du divorce, question soulevée tant auprès des autorités séculières que religieuses, les deux devenant intimement liées avec les deux *Acts of Supremacy* de 1534 et de 1559, et l'*Act of Uniformity* de 1562, c'est-à-dire à

---

<sup>1206</sup> G. CANDELIER, « Mariage et divorce. Problèmes actuels », *loc. cit.*, p. 457.

<sup>1207</sup> *Ibid.*

<sup>1208</sup> C. CRISAN, « Divorce, dissolution du lien et deuxième mariage dans les Églises orientales », *loc. cit.*, p. 137.

<sup>1209</sup> *Ibid.*

<sup>1210</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>1211</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>1212</sup> H. SANDERS, « Mariage, divorce et remariage (Leuven, 18-20 avril 2005) », *RTL*, 36, 2005, p. 614.

<sup>1213</sup> *Ibid.*



partir du moment où l'Église d'Angleterre devient établie, donc à partir du moment où cette dernière se voit octroyer par l'État une position différente et privilégiée et où elle accepte, en contrepartie, une certaine influence, voire même un certain contrôle de l'État sur ses affaires internes<sup>1214</sup>.

Les ponts avec Rome vont être rompus et une nouvelle religion va voir le jour. Et pourtant, Henry VIII, soucieux de préserver son titre de Défenseur de la Foi, ne souhaite pas aller plus loin en matière de dissolution du lien matrimonial. S'il reprend donc à son compte la possibilité de divorcer, il maintient l'interdiction de manière plus générale.

**488. *Rye v Fuljambe*.** - Avec l'arrivée sur le trône de son fils, Édouard VI, censément plus protestant, la question d'autoriser le divorce revient sur le devant de la scène, en particulier lorsque surgit l'affaire du marquis de Northampton. Ce dernier, « divorcé » de sa femme en 1548 pour adultère, selon la formule *a mensa et thoro* des tribunaux ecclésiastiques, en profite pour se remarier, second mariage dont la validité est confirmée tant par la *Court of Delegates*<sup>1215</sup> que par le Parlement, en 1552.

Ce qui aurait pu créer un nouveau *precedent* est cependant vite infirmé, non seulement avec le retour sur le trône de Marie la catholique, mais surtout avec l'arrêt *Rye v Fuljambe* en 1602<sup>1216</sup>. Hercule Fuljambe (également orthographié Foljambe), « divorcé » par deux fois (ses deux précédentes épouses étant encore bien vivantes), se remarie en troisième noce avec Sarah, fille d'Édouard Rye et veuve de George Poge.

Lorsque des tensions surgissent au sein du nouveau couple, le père de Sarah intente une action devant la *Star Chamber*<sup>1217</sup> contre son gendre, afin d'obtenir la nullité du mariage de sa fille. La Cour tranche en faveur de ladite nullité, arguant du fait que, non seulement la première femme de Fuljambe vit toujours, mais que la séparation du couple officiel (soit le premier couple) a été obtenue *a mensa et thoro*, n'autorisant pas de nouvelles unions. Les mariages subséquents ne peuvent donc pas être reconnus par la loi. La Cour en profite pour réaffirmer la compétence des tribunaux ecclésiastiques en matière de séparations de corps<sup>1218</sup>. À partir de cette date, et pour les deux cent cinquante années suivantes, le principe de l'indissolubilité des liens du mariage est constamment réaffirmé

---

<sup>1214</sup> C. SMITH, "Establishment and Human Rights in the English Constitution", in N. DOE & R. SANDBERG, *Law and religion, op. cit.*, p. 41.

<sup>1215</sup> Ancienne Cour d'Appel, composée de commissaires nommés par la Couronne et ayant compétence en droit canonique.

<sup>1216</sup> *Rye v Fuljambe* [1602] Moo. K.B. 683.

<sup>1217</sup> La Chambre étoilée, haute cour de justice, est établie en 1487 et abolie en 1641.

<sup>1218</sup> J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé, op. cit.*, p. 127.

tant par l'Église d'Angleterre que par les tribunaux ecclésiastiques ayant compétence en droit de la famille.

**489. *Matrimonial Causes Act de 1857.*** - Cette compétence exclusive est cependant définitivement perdue en 1857 au profit des tribunaux civils<sup>1219</sup>. La même loi en profite pour introduire le divorce civil. Pour l'Église anglicane, dont l'autorité en matière matrimoniale avait déjà été bien érodée lors de l'introduction du mariage civil en 1837<sup>1220</sup>, c'est une perte considérable d'influence.

En 1857, la *Church of England* obtient cependant deux importantes concessions.

Premièrement, l'adultère de la femme constitue alors le seul et unique moyen de mettre fin à un mariage. Ce privilège sera par la suite étendu à l'homme et s'accommodera progressivement d'autres motifs de divorce. C'est donc là un privilège qui, avec le temps, va se trouver relativement rogné.

En revanche, la deuxième concession est intéressante car illustrant bien ce lien spécial qu'est l'*establishment*. Lorsque l'Église d'Angleterre se voit imposer une mesure non désirée, l'État peut chercher à en atténuer les effets<sup>1221</sup> : c'est précisément ce qui s'est passé avec l'*Act* de 1857 qui autorise le clergé anglican à ne pas célébrer le (re)mariage d'un couple si l'un des deux époux est divorcé<sup>1222</sup>.

L'Église d'Angleterre n'a pu qu'accepter le divorce civil mais elle n'a pas été contrainte au remariage religieux.

**490. *Assouplissement dogmatique.*** - Cette position de l'Église d'Angleterre va être maintenue jusqu'en 2002<sup>1223</sup>.

À l'occasion de l'un de ses Synodes généraux, et par 269 voix en faveur et 83 voix contre, la *CofE* va rappeler qu'un mariage est l'union d'une vie. Mais elle va également reconnaître que, de manière exceptionnelle, il doit être possible non seulement de divorcer mais également d'éventuellement se remarier, quand bien même l'ancien époux de l'un de deux protagonistes serait encore en vie : «*The Church of England teaches that marriage is for life. It also recognises that some marriages sadly do fail and, if this should happen, it*

---

<sup>1219</sup> *Matrimonial Causes Act* de 1857.

<sup>1220</sup> *Marriage Act* de 1836.

<sup>1221</sup> Possibilité offerte à nouveau lors de l'adoption de la loi relative au mariage pour tous.

<sup>1222</sup> J. HASKEY, "A history of divorce law reform in England and Wales: evolution, revolution or repetition?", *Family Law*, 2018, p. 1411.

<sup>1223</sup> La position faisait déjà débat au sein même de l'Église d'Angleterre depuis plusieurs années. Cf. ECCLESIASTICAL LAW JOURNAL, "Marriage in Church After Divorce", *Ecc LJ*, 2, 1992, p. 359 et s.

seeks to be available for all involved. The Church accepts that, in exceptional circumstances, a divorced person may marry again in church during the lifetime of a former spouse »<sup>1224</sup>. Cette position se retrouve à l'identique dans divers autres documents, qu'il s'agisse des canons B 30 à B 36 de l'Église d'Angleterre<sup>1225</sup> ou encore des conseils émis par la *House of Bishops* en cas de remariage<sup>1226</sup>.

L'Église d'Angleterre a donc fini par admettre tant le divorce civil que le remariage religieux. Mais elle le fait du bout des lèvres. L'Église invite en effet les membres de son clergé à bien réfléchir et à bien faire réfléchir le futur couple aux circonstances ayant mené les membres du couple précédent à divorcer. Elle laisse le ministre du culte concerné seul détenteur de la décision finale afin d'accorder ou non l'autorisation du remariage, mesure renforcée par l'article 8 du *Matrimonial Causes Act* de 1965<sup>1227</sup>, amendé lors de l'introduction du divorce,

À titre d'exemple, et aussi étonnant que cela puisse paraître au vu du prestige dont jouit la famille royale au Royaume-Uni mais également des liens qui unissent indéniablement monarchie et Église, l'Église d'Angleterre a refusé au prince Charles l'autorisation de se remarier religieusement avec Camilla Parker Bowles en 2005. La *Church of England* a estimé que l'échec du premier mariage de Camilla (divorcée de son premier mariage en 1995) était largement dû à l'adultère de cette dernière avec le prince de Galles (et non l'inverse, le prince ayant quant à lui divorcé après, en 1996). À la question, « *Was your relationship a direct cause of the breakdown of a previous marriage ?* »<sup>1228</sup>, l'Église a donc répondu de manière positive. Et invité le prince héritier à se remarier d'abord de manière civile, pour être ensuite béni religieusement.

---

<sup>1224</sup> *General Synod* de 2002.

<sup>1225</sup> *The Canons of the Church of England*, à retrouver sous format électronique :

<https://www.churchofengland.org/about/leadership-and-governance/legal-services/canons-church-england/canons-website-edition>

<sup>1226</sup> Conseils intégrés aux *Canons of the Church of England*, London, Church House Publishing, 2008, 6th Edition, p. 193-200.

<sup>1227</sup> *Matrimonial Causes Act* de 1965, s. 8 (2) : « *No clergyman of the Church of England or the Church in Wales shall be compelled— (a) to solemnise the marriage of any person whose former marriage has been dissolved and whose former spouse is still living ; or (b) to permit the marriage of such a person to be solemnised in the church or chapel of which he is the minister. »*

<sup>1228</sup> Les autres questions étant: « *Does the couple understand that divorce is a breach of God's will for marriage?* » - « *Do they have a determination for the new marriage to be a life-long faithful partnership?* » - « *Do they seem willing to explore and grow in the Christian faith?* » - « *Has enough time passed since the divorce for everyone to have recovered, and are there complicating factors from previous marriages (court proceedings or child support payments, for example)?* » - « *Has either of the parties been divorced more than once?* ». Nous conseillons la lecture du document suivant, qui analyse plus en profondeur les questions à poser :

<http://www.facultyoffice.org.uk/wp-content/uploads/2013/12/Divorce-HoB-Advice.pdf>

Un prince héritier marié, par son Église établie, au cours d'une simple bénédiction constitue une première au Royaume-Uni. Certes, l'Église d'Angleterre n'accorde qu'aux seuls baptême et eucharistie valeur de sacrement. Elle ne reconnaît pas moins la nature sacramentelle du mariage<sup>1229</sup>. Cet épisode royal laisse certains constitutionnalistes curieux de comprendre si le prince de Galles aura réellement toute légitimité, au décès de sa mère, pour monter sur le trône.

**491.** Le cas du prince Charles est en tout cas très révélateur de la position de l'Église d'Angleterre en matière de divorce et de remariage : toléré, nullement encouragé, et certainement pas autorisé sans raison valable, quelle que soit la position sociale du demandeur.

## **2/ Les religions du Livre tolérant le divorce**

**492.** Les religions juive (a) et musulmane (b) conçoivent toutes deux la possibilité de mettre fin à une union matrimoniale. Elles placent cependant la femme dans une position difficile car, dans la majorité des cas, le divorce dépendra du bon vouloir de l'homme.

### a/ Le divorce juif

**493.** « Quand un homme aura pris une femme et cohabité avec elle ; si elle cesse de lui plaire (...), il lui écrira un libelle de divorce, le lui mettra en main et la renverra de chez lui »<sup>1230</sup>.

La Bible hébraïque prévoit la possibilité qu'un mariage ne soit pas éternel, et pas seulement parce que l'un des époux décède. À l'instar des religions orthodoxe et anglicane, il peut donc y avoir divorce. Mais le divorce juif est vu de manière assez négative<sup>1231</sup>, tant la permanence des liens du mariage véhicule une image forte et positive<sup>1232</sup>.

---

<sup>1229</sup> Au sens moral d'un engagement qui oblige de façon permanente, de signe donné au monde de ce que le mariage est.

<sup>1230</sup> Deutéronome 24, 1-4.

<sup>1231</sup> « Même l'Autel du Temple de Jérusalem pleure lors d'un divorce ».

<sup>1232</sup> A. MADERA, "Juridical Bonds of Marriage for Jewish and Islamic Women", *loc. cit.*, p. 56.

Tout comme le mariage, le divorce doit être entendu sous l'angle contractuel (i), engendrant des conséquences potentiellement dramatiques en cas de refus (ii), pouvant être cependant tempérées par le recours aux *pre-nups* (iii).

*i. De la thèse contractualiste*

**494. De la thèse contractualiste.** - On retrouve la thèse contractualiste quand un mariage juif vient à être dissous : mettre un terme à une telle union requiert d'avoir en effet à nouveau recours à la notion de contrat. Les deux parties sont liées dès le premier contrat du mariage : si elles entendent se séparer par la suite, cela ne pourra pas se faire à l'amiable et il faudra enclencher un véritable processus aboutissant au divorce, communément appelé *guet*<sup>1233</sup>, bien que cela constitue un raccourci.

La dissolution du mariage implique la participation des deux époux à une procédure au cours de laquelle l'homme remet à la femme (offre de contrat), qui doit l'accepter (acceptation de l'offre), le *guet*<sup>1234</sup>. Ce dernier n'est pas donc pas à proprement parler l'équivalent du divorce, mais le document, le libelle, remis par l'homme à la femme pour pouvoir divorcer (contrat réel). Ce document doit être écrit sur papier, rédigé en présence de deux témoins et spécifier le renvoi du domicile et la rupture du lien conjugal<sup>1235</sup>.

**495. Procédure.** - Le *guet* doit être remis de la manière suivante : « L'épouse tend ses mains jointes pour former un réceptacle. Le mari tient le *guet* juste au-dessus des mains de la femme. Il s'adresse à elle en lui disant : « Ceci est ton *guet*, reçois ton *guet* que voici, et par ce *guet* tu seras divorcée de moi dès maintenant et te voilà permise à tout homme ». Puis le mari lâche le *guet* afin qu'ils tombe dans les mains de la femme. Lorsque le *guet* est tombé, la femme ferme ses mains puis soulève le *guet* afin de l'acquérir. Elle le prend ensuite sous sa veste et fait quelques pas, pour montrer qu'il lui appartient »<sup>1236</sup>.

Le *dayan*, le juge rabbinique, peut alors déclarer que les époux sont divorcés et la femme pourra se remarier<sup>1237</sup> après un délai de quatre-vingt-deux jours.

---

<sup>1233</sup> Également orthographié *get* ou *guett*.

<sup>1234</sup> A. MADERA, "Juridical Bonds of Marriage for Jewish and Islamic Women", *loc. cit.*

<sup>1235</sup> D. DAHAN, 'Agounot, « les femmes entravées », *op. cit.*, p. 97.

<sup>1236</sup> *Ibid.*

<sup>1237</sup> Sauf avec un cohen, c'est-à-dire avec un prêtre, homme de la descendance d'Aaron, frère de Moïse, auquel sont adjoints nombres de devoirs et d'interdits supplémentaires. Ainsi, il ne peut épouser une femme divorcée ou convertie.

**496. La procédure des cent rabbins.** - La majorité des divers courants juifs insiste sur une dissolution matrimoniale bilatérale et prohibe, en parallèle, la possibilité de se libérer de ses liens du mariage de manière unilatérale.

Il est cependant possible, bien que cela demeure assez exceptionnel, qu'un mari puisse obtenir unilatéralement un *guet*, c'est-à-dire sans l'aval de sa femme. Pour ce faire, l'époux devra obtenir la permission dite des cent rabbins, selon la procédure connue sous le nom de *heter me'ah rabbanim*<sup>1238</sup>. Il est à noter que la femme ne peut pas bénéficier de cette même modalité.

*ii. Conséquences d'un refus de guet*

**497. La femme entravée.** - Cette procédure des cent rabbins demeure l'exception plus que la norme, l'idée étant, d'une part, de protéger l'épouse en lui permettant de refuser d'accepter le *guet*, et d'autre part, d'inciter le mari à ne pas refuser de délivrer ce même *guet*, une situation malheureusement assez fréquente et aux conséquences parfois dramatiques.

Se voir refuser le *guet* est en effet une véritable tragédie pour la femme juive.

Face au refus d'un mari d'accorder le fameux libelle, une femme se trouvera dans la situation peu enviable d'*agunot*<sup>1239</sup>, de « femme entravée », enchaînée « comme l'ancre du bateau jetée en mer et qui l'empêche de bouger »<sup>1240</sup>. Il lui sera alors interdit de se remarier religieusement.

Dans le cas où elle entretiendrait une nouvelle relation avec un autre homme, elle se verrait qualifier de femme adultère (*idem* pour son nouveau compagnon) et les enfants nés de sa nouvelle union seraient déclarés illégitimes (*mamzerim*), ce qui emporterait l'interdiction faite à ces enfants, une fois devenus adultes, de se marier avec d'autres juifs, à moins d'épouser un autre *mamzer*, et ce, de génération en génération.

Les conséquences sont identiques en cas de remariage purement civil<sup>1241</sup>, ne laissant aucun échappatoire à la femme déclarée « fautive ».

---

<sup>1238</sup> M. FREEMAN, "Is the Jewish Get Business of the State ?", in R. O'DAIR & A. D. E. LEWIS (dir.), *Law and religion*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 371.

<sup>1239</sup> *Agunah* au pluriel.

<sup>1240</sup> D. DAHAN, '*Agunot*, « les femmes entravées », *op. cit.*, p. 25.

<sup>1241</sup> M. FREEMAN, "Is the Jewish Get Business of the State ?", in R. O'DAIR & A. D. E. LEWIS (dir.), *Law and religion*, *op. cit.*, p. 369.

Si, finalement, le mari se décide à accorder le *guet*, la femme ayant ainsi fauté, car étant considérée comme adultère, n'est pas au bout de ses difficultés. Dans un tel cas de figure, la femme a en effet l'interdiction d'épouser religieusement son compagnon.

**498. Position du mari.** - Quant au mari refusant le *guet* à son épouse et entretenant une nouvelle liaison, il se verra, lui, qualifier de polygame, une accusation à la fois forte et faible. Forte car la monogamie est officiellement la règle à suivre depuis une disposition prise par le rabbin Gershom (environ 960-1028) au XI<sup>e</sup> siècle<sup>1242</sup>. Mais faible car le principe de la polygamie figure toujours dans la Torah. L'époux n'accordant pas le *guet* sera donc polygame, d'une polygamie à géométrie variable, et en tout état de cause, non adultère.

Quant aux potentiels enfants issus de sa nouvelle union, ils seront dûment considérés comme juifs.

Si jamais le mari finit par accorder le fameux *guet*, il pourra épouser sa nouvelle compagne, sans autre opprobre<sup>1243</sup>.

**499. Position des juges.** - La procédure décrite ci-dessus implique de passer devant le tribunal rabbinique, le *Beth Din*, en présence de deux témoins accrédités par ce dernier. Cependant, la présence tant des témoins que des juges, tout en étant indispensable à la procédure, ne saurait rien changer face à un refus de délivrance de *guet*. En effet, le tribunal rabbinique n'a aucun moyen de contraindre un époux récalcitrant : il peut l'amener à revoir sa position, discuter avec lui pour essayer de comprendre ses motivations, servir de médiateur, etc., mais ne peut exiger plus.

Certaines situations, devenues inextricables, amènent parfois le *dayan* à négocier un *guet* contre de l'argent. Ainsi, en juin 2000, un *guet* a été négocié 30 000 £, tandis qu'un autre a été finalement accordé une fois effectué un don de bienfaisance substantiel<sup>1244</sup>.

Quoi qu'il en soit, la volonté de chacune des parties doit rester libre. Obliger le mari à donner un *guet* contre sa volonté, c'est prendre le risque, réel, de rendre le libelle invalide, dit *guet meoussé*.

---

<sup>1242</sup> Institutions de *Rabbénoù Guershom Méor Ha Gola* (Lumière de l'exil).

<sup>1243</sup> M. FREEMAN, "Is the Jewish Get Business of the State ?", in R. O'DAIR & A. D. E. LEWIS (dir.), *Law and religion, op. cit.*, p. 371.

<sup>1244</sup> *Ibid.*, p. 369.

### iii. Pre-nups

**500. De l'intérêt des *pre-nups*.** - Divorcer selon la *halakha*, peut donc s'avérer d'une grande simplicité ou entraîner un véritable enfer pour les femmes *agunah*.

C'est pourquoi chez les fidèles juifs demeurant dans un pays de *common law*, se développe de plus en plus fréquemment le recours aux *pre-nups* préalablement à tout mariage, le but étant de tâcher d'éviter les problèmes énoncés ci-dessus en prévoyant une porte de sortie à l'épineux problème du divorce religieux juif auquel pourrait se refuser le mari.

Cet accord pré-nuptial « correspond, d'une part, au désir croissant des individus de contrôler, du moins juridiquement, les multiples aspects de leur vie sociale et affective dans les sociétés où la liberté se mesure principalement au degré d'exercice des droits individuels. Il résulte, d'autre part, d'un processus de juridisation des rapports sociaux où le droit n'est pas seulement un catalogue de règles applicables, mais assume aussi une fonction de langage vecteur de communication et d'interaction entre les divers membres de la cellule familiale ou des communautés publiques. Dans cette optique, les accords pré-nuptiaux sont moins l'expression d'une vision pessimiste des unions maritales en anticipation d'une rupture inévitable que la volonté, chez les futurs conjoints, de maintenir une forme alternative de communication après la rupture du couple tout en facilitant la transition affective, matérielle et institutionnelle entre mariage et divorce. Ils ne grèvent pas les chances de succès du mariage mais ont le mérite de dissocier le mariage du divorce en traitant ce dernier comme une instance distincte »<sup>1245</sup>.

Pour certains juifs pratiquants, ces *pre-nups* constituent potentiellement une porte de secours non négligeable, en offrant la possibilité d'envisager, avant la conclusion du mariage, les modalités de remise du *guet* dans le cas malheureux où le mariage viendrait à être dissous.

**501. Accord type.** - Il revient aux Grands Rabbins du Royaume-Uni et du Commonwealth, Lord Emmanuel Jakobowitz et Lord Jonathan Sacks, au début des années 1990, d'avoir suggéré la mise au point d'un accord nuptial type, dorénavant proposé par le *Beth Din* de Londres à tout futur couple. Très facile à trouver sur Internet<sup>1246</sup>, il comporte quatre clauses<sup>1247</sup> :

---

<sup>1245</sup> D. DAHAN, 'Agounot, « les femmes entravées », *op. cit.*, p. 250-251.

<sup>1246</sup> À retrouver sur les sites suivants : <https://www.theus.org.uk/printpdf/article/prenuptial-agreement>



- Les mariés signataires conviennent que, dans l'éventualité d'un différend conjugal, ils se rendront tous deux au *Beth Din* de Londres (ou à tout autre *Beth Din* que le centre de Londres suggérerait) et se conformeront à toutes ses instructions, y compris celle d'avoir recours à la médiation, en vue de chercher à résoudre tous les problèmes en relation avec leur mariage juif.
- Le marié s'engage en outre, et indépendamment de toute procédure civile qui pourrait être engagée en lien avec le mariage, à remplir toutes ses obligations financières vis-à-vis de son épouse, telles que déterminées par le *Beth Din* de Londres (ou tout autre *Beth Din* que le centre de Londres suggérerait). Cette obligation n'affecte pas l'autorité du tribunal civil aux termes du *Matrimonial Causes Act* de 1973, ou de toute autre autorité civile dont relèverait la mariée et/ou le marié, et pourra donc, si nécessaire ou requis, être soumise à l'approbation de la cour.
- Ni le marié ni la mariée n'engageront de procédure civile pour imposer les décisions du *Beth Din* ou faire respecter le présent accord, sans avoir reçu au préalable l'accord écrit du *Beth Din* pour ce faire.
- Le marié et la mariée confirment qu'ils ont conclu cet accord de leur plein gré et en toute connaissance et compréhension de ses conditions.

**502.** À partir du moment où ces *nuptial agreements* respectent les quatre principes clés posés par l'arrêt Radmacher<sup>1248</sup>, ils ne pourront qu'être accueillis favorablement par les tribunaux civils anglais, donnant, qui plus est, un poids accru à leur décision de suspendre toute attribution de *decree absolute* en cas de refus de délivrance de *guet* par le mari.

---

<https://chiefrabbi.org/wp-content/uploads/2016/04/Sample-PNA.pdf>

<sup>1247</sup> D. DAHAN, *op. cit.*

<sup>1248</sup> *Radmacher (formerly Granatino) v Granatino* [2010] UKSC 42. Pour mémoire :

« 1) les tribunaux sont dorénavant invités à accueillir favorablement ce type d'accord même s'il s'agit là d'une présomption pouvant être renversée, les juges gardant dans ce domaine un large pouvoir d'appréciation ;

2) un *pre-nup* ne peut en aucun cas exclure la juridiction d'un tribunal civil ;

3) la substance d'un tel accord doit être « *fair* », avec toute la complexité qu'engendre ce terme (ce sera souvent l'intérêt de l'enfant/des enfants qui aidera le juge à se décider quant au sens précis à donner) ;

4) les circonstances de la conclusion de l'accord peuvent affecter l'efficacité et la validité de l'accord, en particulier en cas de contrainte – *duress*, de fraude – *fraud* ou de dol – *misrepresentation*. »

## b/ La religion musulmane

**503. Talâq.** - Le droit islamique autorise également de mettre fin à un mariage, selon les règles du *talâq*<sup>1249</sup>, c'est-à-dire de la répudiation de la femme par l'homme.

Contrairement à son homologue juive, la femme musulmane n'a pas à accepter (ou à refuser) la remise d'un *guet* ou toute autre forme de document. Le *talâq* est un acte strictement unilatéral, un pouvoir remis exclusivement entre les mains de l'homme, si tant est qu'il soit majeur et sain d'esprit. Parfois considérée comme répréhensible, la répudiation est la plupart du temps « recommandée », « licite » voire même « obligatoire »<sup>1250</sup>, faisant du mari « le maître tout puissant au sein du couple »<sup>1251</sup> ou plus exactement « le maître du lien matrimonial »<sup>1252</sup>.

Une telle situation fragilise indéniablement la position de la femme, même si celle-ci est supposée avoir accepté cet aspect des choses dès l'instant où elle s'est engagée dans la voie du mariage.

**504. Contrat.** - Tout comme dans la religion juive, le mariage est vu comme un contrat : on peut donc y entrer librement et tout aussi librement en sortir, sans que cette sortie revête un aspect juridique ou sacramentel<sup>1253</sup>.

Il suffit simplement de rompre le contrat, idéalement (mais non obligatoirement) en présence de deux témoins, en prononçant des phrases simples contenant le mot divorce, séparation ou répudiation.

La principale concernée n'est pas tenue d'être présente à sa propre répudiation, avec cette conséquence terrible qu'elle peut ne pas être informée de ce qui lui arrive<sup>1254</sup>.

**505. Trois fois.** - La pratique a retenu que l'homme doit répéter sa phrase de répudiation trois fois de suite.

En réalité, le divorce n'est pas plus intrinsèquement apprécié des musulmans que des autres religions, au regard de la place importante qu'occupe le mariage, considéré

---

<sup>1249</sup> Sourate *At Talâq*, Le Divorce, 65.

<sup>1250</sup> A. MADERA, "Juridical Bonds of Marriage for Jewish and Islamic Women", *loc. cit.*, p. 58.

<sup>1251</sup> N. M. MAHIEDDIN, « La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien », *RID comp.*, 58, 2006, p. 75.

<sup>1252</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>1253</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>1254</sup> A. MADERA, *loc. cit.*, p. 59.

comme une « alliance sacrée et solennelle » (*mîthâq ghalîdh*)<sup>1255</sup>, conclue pour durer « dans l'affection et la mansuétude » (*al-mawadda wa al-rahma*)<sup>1256</sup>.

Aussi, ce que demande le Coran à l'homme, pubère et sain d'esprit, c'est de bien réfléchir à ce qu'il est en train de faire et pour cela, de réitérer sa phrase de répudiation par trois fois de manière successive, et non pas simultanée, en laissant un peu de temps entre chaque répudiation, constituant ce que l'on appelle la durée de la retraite légale (*'idda*)<sup>1257</sup>, soit environ trois mois.

La formule de répudiation met fin à la vie commune mais laisse la possibilité à l'homme de changer d'avis et donc de reprendre sa femme répudiée pour légitime épouse : la première puis la seconde répudiation sont en conséquence révocables (*radj'î*).

En revanche, la troisième répudiation entraîne la dissolution définitive du mariage (*bâ'in*) et l'interdiction faite à l'homme de se remarier avec la femme ainsi répudiée pour la troisième fois<sup>1258</sup> (sauf si la femme a conclu entre temps un nouveau mariage et que celui-ci s'est terminé du fait du décès du second mari ou d'un divorce).

La formule prononcée, le mariage prend officiellement fin<sup>1259</sup>.

**506. *Khul*.** - Il existe une autre forme de divorce, moins connue et plus sujette à controverses au sein du monde musulman, celle dite du divorce par compensation (*khul*).

Le Coran prévoit en effet qu'« il n'y a aucun inconvénient à ce que la femme obtienne sa liberté moyennant un dédommagement matériel au profit de l'époux »<sup>1260</sup>.

De manière intéressante, la tradition musulmane permettrait donc à la femme de « se libérer du mariage en prenant l'initiative de dissoudre le lien conjugal dès l'instant où elle ne souhaite plus poursuivre la vie commune avec son mari alors qu'elle ne l'accuse d'aucune faute ou manquement à ses obligations »<sup>1261</sup>. La femme aurait donc les mêmes prérogatives que l'homme en matière de dissolution des liens matrimoniaux.

En théorie, peut-être. En pratique, il n'y a guère unanimité en la matière, et rares sont les auteurs acceptant l'idée que la femme puisse décider, elle et elle seule, si elle a

---

<sup>1255</sup> Coran, IV, 21.

<sup>1256</sup> Coran XXX, 21.

<sup>1257</sup> N. M. MAHIEDDIN, *loc. cit.*, p. 80.

<sup>1258</sup> Sourate *Al-Baqarah*, La Vache, 229 : « Le divorce est permis seulement par deux fois : alors, c'est soit la reprise conformément à la bienséance, ou la libération avec bienfaisance » - 230 : « S'il divorce d'avec elle (la troisième fois), alors elle ne lui sera plus licite tant qu'elle n'en aura pas épousé un autre ».

<sup>1259</sup> F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, Paris, Dalloz, 2007, p. 43.

<sup>1260</sup> Coran II, 229.

<sup>1261</sup> N. M. MAHIEDDIN, « La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien », *loc. cit.*, p. 82-83.

envie de partir ou de rester auprès d'un époux qu'elle n'aime plus. Dans sa grande majorité, la doctrine refuse en effet de voir dans le *khul* un instrument de parfaite égalité des époux en matière matrimoniale, s'éloignant en cela fortement des principes édictés par le Coran<sup>1262</sup>. Au mieux, cette même majorité accepte éventuellement d'y voir une répudiation consensuelle, mais rien de plus<sup>1263</sup>.

**507. Clause contractuelle.** - Thèse du mariage contractuel oblige, le droit musulman offre cependant à ses pratiquants et surtout à ses pratiquantes une porte de sortie qui n'est sans rappeler celle du *pre-nup*. En effet, la femme musulmane a le droit de conditionner son consentement au mariage à l'acceptation par le futur mari de lui déléguer le droit de se répudier elle-même (*tamlík*), par une clause à insérer dans le contrat de mariage<sup>1264</sup>. Ce divorce dit par droit d'option implique cependant nécessairement que l'époux accepte de déléguer à sa femme le droit de prendre l'initiative du divorce. Or, rien ne peut le forcer à le faire.

**508.** En fin de compte, les droits sémitiques, s'ils autorisent le divorce, placent la femme dans une situation de potentielle dépendance de son époux dangereuse pour elle.

### **C/ Le divorce pleinement accepté par certaines religions**

**509. La religion protestante.** - Un mariage religieux n'emporte pas les mêmes conséquences dans toutes les religions.

Il en va ainsi du culte protestant.

Certes, au cours de la cérémonie proprement dite, les époux échangent leurs promesses de s'aimer et d'être fidèle l'un à l'autre, afin qu'ensuite, le pasteur bénisse la nouvelle union. Mais il ne s'agit bien là que d'une bénédiction, qui plus est non obligatoire, les protestants ne voyant pas dans le mariage un sacrement et laissant donc l'organisation du lien conjugal à l'ordre social.

Ceci explique que l'Église protestante accepte avec une certaine souplesse non seulement le divorce mais également le remariage. L'ex comme le nouveau couple est

---

<sup>1262</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>1263</sup> A. MADERA, "Juridical Bonds of Marriage for Jewish and Islamic Women", *loc. cit.*, p. 59.

<sup>1264</sup> N. M. MAHIEDDIN, « La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien », *loc. cit.*, p. 79.

invité à être accompagné de manière pastorale dans ces nouvelles démarches, signe de l'intérêt porté par l'Église protestante aux couples traversant de graves vicissitudes.

Quant à la nouvelle union, il est bon de préciser qu'elle n'est pas automatique et requiert l'autorisation de la commission synodale compétente.

Une grande souplesse doctrinale, un accompagnement pastoral, telle est la voie suivie par le divorce protestant.

**510. Les religions polythéistes.** - La souplesse à l'encontre du divorce est encore accentuée au sein des religions polythéistes.

Ainsi, le bouddhisme ne considère le mariage ni comme un sacrement, ni comme un contrat, mais comme une relation relevant de l'ordre exclusivement privé. En conséquence, aucune règle ne devra être obligatoirement suivie pour valider son mariage et l'on pourra divorcer aussi simplement que l'on s'est marié.

On aurait sans doute tort de ne voir ici qu'un aspect *zen* de la religion inspirée du Bouddha. Outre que le courant *zen* est tardif, d'inspiration japonaise et issu de la branche *mahāyāna*, le *Chemin octuple*<sup>1265</sup> tel que le Bouddha historique a préconisé de le suivre n'a rien de simple.

S'il est ici aisé de se marier et éventuellement de se séparer, c'est plus prosaïquement que c'est un non-sujet pour les bouddhistes, à gérer par soi-même.

**511. Conclusion § 1.** – La fin des liens du mariage ne fait pas l'unanimité parmi les diverses Églises. Si la religion protestante ou les confessions polythéistes ont adopté sans sourciller le concept de divorce, ce dernier pose question à toutes les autres religions, qui ont développé divers biais pour le contourner ou le limiter.

La situation de sécularisation de la société a pu inciter nos États à adopter le divorce civil ; il est certain que le manque de cohésion confessionnelle sur ce point précis aura facilité leur tâche.

---

<sup>1265</sup> Le *Sentier octuple* consiste à développer simultanément une conduite éthique (*via* un langage pur, des actions pures, des moyens d'existence purs), une discipline mentale (*via* une application pure, une mémoire pure, une méditation pure) et la sagesse (foi pure et volonté pure).

## § 2 : Le divorce civil

**512.** Le divorce, ou le démariage, pour reprendre l'expression employée par le doyen Carbonnier<sup>1266</sup>, phénomène rarement vécu autrement que comme une épreuve, est aujourd'hui « devenu, en cas d'échec, l'issue logique du mariage », conférant à l'institution matrimoniale une « nature (...) résiliable »<sup>1267</sup>.

Tour à tour réservé à quelques privilégiés, du temps de l'Ancien Droit comme des Plantagenêt et des Tudor, ainsi que des principautés italiennes, longtemps fermement condamné par la religion dominante de l'époque, il a fini par entrer timidement sur le devant de la scène civile à l'occasion de la Réforme, pour ensuite se généraliser dans nos États (A).

Parce que leur histoire a été différente, parce que leur rapport à la religion s'est transformé, nos États ont opté pour une façon de divorcer qui leur est propre. Il s'avère donc difficile de comparer un droit du divorce anglais qui ne connaît pas le système de déjudiciarisation avec les principes français et italien du divorce non-contentieux sans juge. Ou de chercher à confronter un divorce pour faute français ayant rayé de sa carte juridique le terme « adultère » (encore) reconnu à l'inverse par le droit anglais.

On peut toutefois essayer de mettre côte à côte le droit du divorce anglais et italien. En effet, ces deux droits reposent tous deux, de par leurs liens avec les Églises établies sur leurs sols, sur une même condition essentielle et préalable : la faillite du mariage ou la fin de la communion spirituelle et matérielle entre époux (B). Le droit français, clairement détaché de toute influence religieuse, a choisi de suivre une autre voie, mais on notera un impact italien certain en matière de privatisation du divorce (C).

### A/ Introduction du principe du divorce

**513.** Il est difficile de savoir qui, de la France ou de l'Angleterre, a introduit le concept du divorce dans son système juridique en premier. Si seule la date de l'entrée en vigueur de la loi doit faire foi, alors il revient à la France d'avoir initié le mouvement (1). Mais, pour être exact, l'Angleterre avait déjà inauguré ce système des années auparavant, par l'intermédiaire de son Parlement (2). Quant à l'Italie, elle n'a modifié sa législation en la matière que récemment, validée par référendum (3).

---

<sup>1266</sup> J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé*, op. cit., p. 21.

<sup>1267</sup> L. ROUSSEL, « Sociographie du divorce et divortialité », *Population*, 48, 1993, p. 926.

## 1/ Introduction du principe du divorce en France

**514. Instauration.** - Le divorce apparaît pour la première fois en France en 1792, lorsque l'Assemblée législative « déclare que le mariage est dissoluble par le divorce » (30 août 1792), principe confirmé par la loi du 20 septembre suivant, où l'on y affirme, en préambule, qu'il « résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte »<sup>1268</sup>.

Entre mariage civil et divorce, les liens français avec Rome ne cessent d'être coupés. Pourtant, à regarder de plus près certains discours, il est clair que l'on cherche à atténuer l'ampleur de la rupture. C'est ainsi que Cambacérès, farouche partisan de la nouvelle institution que constitue le divorce, veut voir dans ce dernier davantage qu'une rupture apparente et proclame que le divorce est « un surveillant et un modérateur du mariage »<sup>1269</sup>. Ce faisant, il reprend ce que proclamait Hennet dès 1789, à savoir que « la loi du divorce est le plus grand préservatif du divorce même ; (...) dès qu'il est possible, il devient presque inutile »<sup>1270</sup>.

**515. Législations postérieures.** – Contrairement au principe du mariage civil, intact depuis son introduction par la même loi de 1792, le principe du divorce connaît par la suite de nombreuses vicissitudes, au gré des régimes institutionnels instaurés.

Il va être ainsi très souvent remanié, que l'on songe au divorce pour incompatibilité d'humeur instauré par la Révolution et vite supprimé par le code Napoléon ou aux nombreux garde-fous dissuasifs plus ou moins présents au cours des législations ultérieures, y compris celle de Vichy<sup>1271</sup>.

Il va surtout disparaître complètement de tout écran juridique pendant soixante-huit ans, entre 1816<sup>1272</sup> et 1884<sup>1273</sup>, c'est-à-dire entre la Restauration et la III<sup>e</sup> République. Ce n'est donc qu'avec le retour du système républicain que le divorce redevient un outil incontournable de la société française et du droit français, que nul ne songerait plus aujourd'hui à abolir.

---

<sup>1268</sup> Loi du 20 septembre 1792 instaurant le mariage civil.

<sup>1269</sup> J. RÉMY, « Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et la crise du principe de légalité », in M. KLEIBER et M. VAN DE KERCHOVE, *La loi dans l'éthique chrétienne*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1981, p. 60.

<sup>1270</sup> *Ibid.*

<sup>1271</sup> Loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps, Journal Officiel de l'État français le 13 avril 1941, interdisant le divorce aux époux mariés depuis moins de trois ans.

<sup>1272</sup> Loi du 8 mai 1816, dite loi Bonald.

<sup>1273</sup> Loi n° 14.485 du 27 juillet 1884 – qui rétablit le divorce, JO du 29 juillet 1884, dite loi Naquet.

Deux lois clés sont à retenir en l'espèce, celle de 1975, véritable refonte de la législation en la matière<sup>1274</sup>, et celle de 2005, cherchant à simplifier les procédures et à apaiser les tensions entre futurs ex-époux<sup>1275</sup>.

## 2/ Introduction du principe du divorce en Angleterre

**516.** Il est beaucoup plus difficile de dater l'entrée du divorce sur la scène anglaise. Doit-on retenir la date de 1700 ou celle de 1857 ?

**517. *Parliamentary divorce.*** - Le Parlement s'arroge en effet à partir de l'année 1700 le droit de légaliser un divorce par voie de *private bill leading to an Act of Parliament*. C'est donc cette institution qui, pendant un siècle et demi, va, entre deux affaires courantes, octroyer, ou non, un certain nombre des divorces, jusqu'à ce qu'une Commission royale, dirigée par Lord Campbell, soit établie en 1850, afin de réaliser un état des lieux de la situation relative au divorce. Elle ne peut que reconnaître que, d'usage restreint, tant d'un point de vue procédurier que financier, ce droit au divorce d'allure censitaire reste l'apanage d'une minorité.

**518. *Matrimonial Causes Act de 1857.*** - Reprenant les recommandations de la Commission royale, la loi de 1857<sup>1276</sup> décide de supprimer le recours au Parlement pour divorcer et abolit la juridiction des tribunaux ecclésiastiques.

La nouvelle *Court for Divorce and Matrimonial Causes* amenée à se prononcer en cas de *divorce a vinculo matrimonii* est invitée à désormais examiner les demandes de divorce formulées par les deux époux, dont l'une est forcément innocente quand l'autre est forcément coupable. C'est le principe du *fault-based divorce*, c'est-à-dire du mariage basé sur la faute, soit à l'époque, sur l'adultère. Le nouvel *Act* introduit également la notion, appelée à susciter de nombreux débats, de « comportement du partenaire rendant impossible la poursuite de la vie commune »<sup>1277</sup>.

---

<sup>1274</sup> Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JORF n° 0161 du 12 juillet 1975.

<sup>1275</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, JORF n° 122 du 27 mai 2004.

<sup>1276</sup> *MAC* de 1857.

<sup>1277</sup> S.M. CRETNEY, « L'évolution du droit anglais en matière de mariage et de divorce », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF et INSTITUT DE DROIT COMPARÉ, LYON, *Mariage et famille en question. 2, op. cit.*, p. 24.



C'est sur ces bases que repose encore aujourd'hui essentiellement le droit du divorce anglais, même si un certain nombre de réformes ont été votées entre 1857 et nos jours, les plus importantes ayant eu lieu en 1969 et en 1973<sup>1278</sup>. Si, pendant longtemps, le droit du divorce n'a que peu évolué au gré des réformes, il en ira très différemment quand le *Divorce, Dissolution and Separation Act* de 2020<sup>1279</sup> entrera en vigueur.

### 3/ Introduction du principe du divorce en Italie

**519.** L'histoire du divorce italien<sup>1280</sup> est nettement différente. Elle est, en premier lieu, beaucoup plus récente. Elle a, en outre, fait l'objet d'une ratification populaire, ce qui est plutôt rare en la matière.

**520. *Disciplina dei casi de scioglimento del matrimonio de 1970.*** - L'histoire du divorce italien débute au début des années 1970, avec la proposition de loi dite Fortuna-Baslini, du nom des députés italiens qui la portent devant le parlement et souhaitent introduire non pas le divorce *stricto sensu*, mais le *scioglimento del matrimonio*, la dissolution du mariage.

Ce faisant, le législateur distingue clairement la dissolution du mariage<sup>1281</sup>, contracté selon les normes civiles, de la *cessazione degli effetti civili*<sup>1282</sup>, dont les effets civils ont été acquis lors de la transcription dans les registres de l'état civil d'un mariage religieux.

Une fois adoptée, la nouvelle loi<sup>1283</sup>, qui revient sur l'indissolubilité du mariage civil<sup>1284</sup>, ne figurant cependant nullement au nombre des principes constitutionnels

---

<sup>1278</sup> *Divorce Reform Act* de 1969 - *MAC* de 1973. La *Court for Divorce and Matrimonial Causes* est devenue la *High Court (High Court Family Division)*. À partir de 1967, les *County Courts* ont également eu compétence dans les affaires non contradictoires, ainsi que certaines *Magistrates' Courts*. En 2013, avec le *Crime and Courts Act*, les compétences familiales des deux cours ont fusionné, au profit des *Family Courts*.

<sup>1279</sup> *Divorce, Dissolution and Separation Act* de 2020.

<sup>1280</sup> J. LUCIEN-BRUN, « L'introduction du divorce en Italie et le Concordat du Latran », *AFDI*, 16, 1970, p. 244-255.

<sup>1281</sup> *L. 1 dicembre 1970, n° 898 – Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio, G.U. 3 dicembre 1970 n° 306.*

<sup>1282</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>1283</sup> Adoption de la loi à la Chambre des députés par 325 voix pour, 283 voix contre ; au Sénat, par 164 voix pour, 150 voix contre.

<sup>1284</sup> C. c., ancien art. 149 al. 1 : « *Il matrimonio non si scoglie che con la morte di uno dei coniugi* ».

italiens<sup>1285</sup>, déclenche une véritable crise politique et les protestations, tant du parti *Democrazia cristiana* que du Saint-Siège et du pape Paul VI<sup>1286</sup> (1963-1978), se font nombreuses et vigoureuses.

Une grande majorité de juristes ayant argué de la violation et du Concordat et de la Constitution, un recours, initialement porté devant les tribunaux de Siègne, enclenche finalement la saisine de la Cour constitutionnelle.

**521. Cour constitutionnelle<sup>1287</sup>.** - Cette dernière<sup>1288</sup> proclame, le 5 juillet 1971, le non-fondement de la question de la légitimité de la loi Fortuna-Baslini, et en particulier de son article 2<sup>1289</sup>. Pour la Cour constitutionnelle, il est clair que « l'introduction du divorce pour les mariages canoniques ne viole pas l'article 7 de la Constitution<sup>1290</sup> puisque, à son tour, elle ne viole pas les clauses concordataires sur le mariage »<sup>1291</sup>.

**522. Référendum.** - Les opposants au divorce, loin de capituler, ont alors l'idée de recourir à un référendum, comme la loi les y autorise<sup>1292</sup>, afin de faire abroger la loi de 1970 par le peuple. Il leur faut pour cela recueillir 500 000 signatures. Ils en obtiennent 1 307 014<sup>1293</sup>. C'est donc avec confiance qu'ils s'attendent à des résultats en leur faveur lors du *referendum* historique du 12 mai 1974.

Le revers n'en est que plus cuisant.

---

<sup>1285</sup> L. HARTEMANN, « Introduction générale », in L. BARBIERA, R. NERSON, H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF *et a.*, *Mariage et famille en question. 5. Italie*, Paris, Éditions du CNRS, 1982, p. 8.

<sup>1286</sup> J. LUCIEN-BRUN, *loc. cit.*

<sup>1287</sup> Pour aller plus loin sur le rôle de la Cour constitutionnelle en 1971 : P. DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario*, Padova, CEDAM, 2008, p. 7.

<sup>1288</sup> L. HARTEMANN, « Introduction générale », in L. BARBIERA, R. NERSON, H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF *et a.*, *op. cit.*, p. 9. « (...) le contrôle de constitutionnalité de la loi peut s'exercer a posteriori. Tout justiciable peut soulever, devant une juridiction répressive ou civile, une exception d'inconstitutionnalité : si la juridiction estime la question fondée (« *non manifestamente infondata* »), elle suspend l'instance et transmet à la *Corte costituzionale* ; alors, soit celle-ci estime la question « *manifestamente infondata* », et le procès reprend son cours ; soit au contraire, elle juge le texte non conforme à la Constitution, et celui-ci cesse alors d'être applicable à partir du jour qui suit la publication de l'arrêt de la Cour (Constitution, art. 136) ».

<sup>1289</sup> Corte cost., 8 luglio 1971, n°169.

<sup>1290</sup> *Costituzione del 1948*, art. 7 : « L'État et l'Église catholique sont, chacun dans son ordre, indépendants et souverains. Leurs rapports sont réglés par les accords du Latran. Les modifications de ces accords, acceptées par les deux parties, ne nécessitent pas une procédure de révision de la Constitution ».

<sup>1291</sup> S. R. PINCI, *La loi sur le divorce en Italie*, *op. cit.*, p. 429.

<sup>1292</sup> *Costituzione del 1948*, art. 75 : « È indetto referendum popolare per deliberare l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. Non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali. Hanno diritto di partecipare al referendum tutti i cittadini chiamati ad eleggere la Camera dei deputati.(...) La legge determina le modalità di attuazione del referendum ».

<sup>1293</sup> S. R. PINCI, *op. cit.*, p. 28.

Avec un taux de participation extrêmement élevé (88,1%), les chiffres sont en effet sans appel : si 40,9% des votants se déclarent en faveur de l'abrogation de la loi, ceux en faveur de son maintien représentent 59,1% des voix.

Pour certains, il s'agit là d'« une victoire laïque et libérale qui affranchit notre pays de l'intégrisme confessionnel et des nostalgies autoritaires, (de) (...) la victoire de l'État, des libres institutions et des équilibres démocratiques sur lesquels se fonde l'espoir de pouvoir résoudre la crise politique économique et sociale qui tourmente notre pays »<sup>1294</sup>.

Pour d'autres, à l'inverse, c'est « une loi de rupture de l'unité familiale à l'avantage exclusif de la liberté hédoniste des maris et des femmes ayant leur propre revenu (...) »<sup>1295</sup>, voire de l'« une des pires lois qui a été émise en la matière. Son plus grand défaut est celui d'exposer la femme à une répudiation unilatérale, à peine masquée par la condition humiliante dans laquelle elle est mise bien que dépourvue de moyens propres de subsistance »<sup>1296</sup>.

Vécu comme un choc ou comme une « douloureuse confirmation » (*dixit* Paul VI)<sup>1297</sup>, il ne sera cependant dès lors plus question de faire marche arrière.

Le divorce est depuis entré dans les mœurs italiennes<sup>1298-1299</sup>, même s'il s'agit, aujourd'hui comme hier<sup>1300</sup>, sans doute plus de mœurs septentrionales que méridionales.

## **B/ Une même condition essentielle et préalable au divorce anglais et italien : la faillite du mariage ou la fin de la communion spirituelle et matérielle entre époux**

**523.** Les droits anglais et italien imposent tous deux une condition essentielle : attester la faillite du mariage (1) ou la fin de la communion spirituelle et matérielle entre époux (2), ce qui signifie que les juges auront à examiner les faits sous-jacents à ladite faillite ou fin de communion spirituelle et matérielle.

---

<sup>1294</sup> *Ibid.*, p. 567 : déclaration de Monsieur Antonio Baslini, l'un des promoteurs de la loi.

<sup>1295</sup> *Ibid.*, p. 580 : déclaration de Madame Prenestini, présidente de l'Association pour la défense des femmes divorcées.

<sup>1296</sup> *Ibid.*, p. 599 : déclaration de Monsieur Enrico Mattei, écrivain et journaliste.

<sup>1297</sup> L. DE GREGORIO, *Il cammino della laicità*, *op. cit.*, p. 115.

<sup>1298</sup> G. MAGGIONI, *Come il diritto tratta le famiglie*, Urbino, Quattroventi, 1996, p. 243 : pour une évolution des chiffres du divorce.

<sup>1299</sup> F. ZICCARDI, « L'expérience italienne en matière de divorce », *RID comp.*, 27, 1975, p. 403 et s. : pour une analyse des débats judiciaires de l'époque.

<sup>1300</sup> L. L. HARTEMANN, « Introduction générale », in R. NERSON, H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF *et a.*, *Mariage et famille en question. 5. Italie*, *op. cit.*

Autant d'éléments qui constituent un socle commun, dû à une certaine similarité dans les relations qu'entretiennent et Londres et Rome avec les Églises établies sur leur sol et à leur volonté de ménager ces dernières, tout en ne renonçant pas au principe du divorce.

En revanche, les droits anglais et italien sont très différents dans le domaine de la procédure et seul le droit anglais sera ici examiné (3). On notera enfin que d'importantes réformes, votées mais non encore appliquées, vont prochainement modifier en profondeur divers aspects du droit anglais du divorce (4).

### **1/ La faillite du mariage ou la fin de la communion spirituelle et matérielle entre époux**

**524.** Les droits anglais et italien exigent des couples souhaitant se séparer de manière définitive qu'ils rapportent la preuve de l'impossibilité à demeurer ensemble, soit parce que leur mariage constitue un irrémédiable échec (a), solution anglaise, soit parce qu'il n'existe plus de communauté entre les époux (b), solution italienne.

#### a/ Rupture irrémédiable du mariage

**525. *Matrimonial Causes Act de 1973.*** - La loi anglaise de 1973<sup>1301</sup> prévoit en sa partie I une seule et unique cause pouvant mener au divorce : l'*irretrievable breakdown of the marriage*, la rupture irrémédiable du mariage.

**526. Sur le fondement d'un fait.** - Pour quelques mois encore, cette rupture irrémédiable doit obligatoirement être établie sur le fondement de l'un des cinq faits visés à la section 1(2) du *MAC* 1973, à savoir l'adultère, le comportement de l'un des époux, l'abandon du domicile conjugal et la séparation (se déclinant en deux volets).

**527. Nuance.** - Il est souvent dit que le droit anglais offre cinq motifs de divorce. Il n'y a cependant bien qu'un seul motif, *one ground*, celui de la rupture irrémédiable du mariage.

Il appartient ensuite au juge de constater ladite rupture au vu des éléments qui lui seront communiqués, en lien avec au moins *one of the five facts*.

---

<sup>1301</sup> *MAC* de 1973. Disposition introduite dans le *Divorce Reform Act* de 1969 mais intégrée dans le *MAC* de 1973.

La nuance est parfois subtile et non exempte de critiques. Malgré tout, ce principe de rupture irrémédiable constitue la pierre angulaire de la législation anglaise, à laquelle il n'a pas été question de toucher pendant des décennies.

Pour preuve, en avril 2019, le gouvernement a officiellement annoncé sa volonté de réformer le droit de la famille. Mais en ce qui concerne le *ground* unique, il a été on ne peut plus clair : «*We will retain the irretrievable breakdown of a marriage or civil partnership as the sole ground on which a divorce or dissolution may be granted.* »<sup>1302</sup>.

#### b/ Fin de la communion spirituelle et matérielle entre époux

**528. Loi de 1970 sur la dissolution du mariage.** – La loi de 1970<sup>1303</sup> a soulevé de fortes tensions en Italie, pays imprégné de la religion catholique s'il en est. Si en fin de compte les parlementaires n'ont pas cédé sur le principe même du divorce, ils ont tâché, par de nombreux moyens, d'en limiter le choc, dont, celui, certes plus psychologique qu'autre chose, du terme à utiliser en cas de tensions conjugales amenant un couple à vouloir se séparer de manière définitive.

Juridiquement parlant, on ne divorce pas en Italie, ou seulement depuis peu de temps. Deux options sont proposées en échange. Si le lien matrimonial a été contracté civilement, il s'agira alors de le dissoudre (*scioglimento del matrimonio*). Si le mariage a été contracté religieusement, on en fera cesser les effets civils (*cessazione degli effetti civili del matrimonio*). Le terme « divorce » retenu depuis longtemps dans le langage courant, n'a véritablement fait son entrée dans le monde juridique transalpin qu'en 2015, avec la loi dite sur le divorce bref<sup>1304</sup>.

**529. Échec du mariage.** - Les termes choisis pour désigner l'institution du divorce ne sont pas les seuls éléments introduits pour ménager les fidèles catholiques.

---

<sup>1302</sup> Ministère de la Justice : « *Reducing family conflict - Government response to the consultation on reform of the legal requirements for divorce* », April 2019, p. 9. Source : [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/793642/reducing-family-conflict-consult-response.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/793642/reducing-family-conflict-consult-response.pdf)

<sup>1303</sup> L. 1 dicembre 1970, n° 898 – *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, G.U. 3 dicembre 1970 n° 306.

<sup>1304</sup> L. 6 maggio 2015, n° 55 – *Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*, detta *Legge sul Divorzio breve*, G.U. del 11 maggio 2015 n° 107.

Ainsi, à l'instar du divorce anglais, face à une situation de crise conjugale, il est nécessaire de prouver, non pas la faillite irrémédiable du mariage (*the irretrievable breakdown of the marriage*) mais la fin de la communauté spirituelle et matérielle entre les époux (*la comunione spirituale e materiale tra i coniugi*<sup>1305</sup>) en raison de l'existence d'une des causes prévues par la loi de 1970<sup>1306</sup>.

**530. Sur le fondement d'une cause.** - Concrètement, il s'agira de rapporter la preuve d'un fait rendant impossible la communion spirituelle et matérielle des époux, et donc leur

---

<sup>1305</sup> L. 1 dicembre 1970, n° 898, op.cit., art. 1 : « (...) la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta e ricostruita (...) ».

<sup>1306</sup> L. 1 dicembre 1970, n° 898, op.cit., art. 3 : « Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi: 1) quando, dopo la celebrazione del matrimonio, l'altro coniuge è stato condannato, con sentenza passata in giudicato, anche per fatti commessi in precedenza: a) all'ergastolo ovvero ad una pena superiore ad anni quindici, anche con più sentenze, per uno o più delitti non colposi, esclusi i reati politici e quelli commessi per motivi di particolare valore morale e sociale; b) a qualsiasi pena detentiva per il delitto di cui all'articolo 564 del codice penale e per i delitti di cui agli articoli 519, 521, 523 e 524 del codice penale commessi in danno di un discendente o figlio adottivo, ovvero per induzione o costrizione del coniuge o di un figlio anche adottivo alla prostituzione, nonché per sfruttamento o favoreggiamento della prostituzione di un discendente o di un figlio adottivo; c) a qualsiasi pena per omicidio volontario in danno di un discendente o figlio adottivo ovvero per tentato omicidio in danno del coniuge o di un discendente o figlio adottivo; d) a qualsiasi pena detentiva, con due o più condanne, per i delitti di cui all'articolo 582, quando ricorra la circostanza aggravante di cui al secondo comma dell'articolo 583, e agli articoli 570, 572 e 643 del codice penale, in danno del coniuge o di un figlio anche adottivo. Nelle ipotesi previste alla lettera d) il giudice competente a pronunciare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio accerta, anche in considerazione del comportamento successivo del convenuto, la di lui inidoneità a mantenere o ricostituire la convivenza familiare. Per tutte le ipotesi previste nel numero 1) del presente articolo la domanda non è proponibile dal coniuge che sia stato condannato per concorso nel reato ovvero quando la convivenza coniugale è ripresa; 2) nei casi in cui: a) l'altro coniuge è stato assolto per vizio totale di mente da uno dei delitti previsti nelle lettere b) e c) del numero 1) del presente articolo, quando il giudice competente a pronunciare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio accerta l'inidoneità del convenuto a mantenere o ricostituire la convivenza familiare; b) è stata pronunciata con sentenza passata in giudicato la separazione giudiziale fra i coniugi, ovvero è stata omologata la separazione consensuale ovvero è intervenuta separazione di fatto quando la separazione di fatto stessa è iniziata anteriormente all'entrata in vigore della presente legge da almeno due anni. In tutti i predetti casi, per la proposizione della domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, le separazioni devono protrarsi ininterrottamente da almeno cinque anni a far tempo dalla avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale; nella separazione di fatto iniziatasi ai sensi del comma precedente, i cinque anni decorrono dalla cessazione effettiva della convivenza. Quando vi sia opposizione del coniuge convenuto il termine di cui sopra è elevato: ad anni sette, nel caso di separazione pronunciata per colpa esclusiva dell'attore; ad anni sei, nel caso di separazione consensuale omologata in data anteriore all'entrata in vigore della presente legge o di separazione di fatto; c) il procedimento penale promosso per i delitti previsti dalle lettere b) e c) del numero 1) del presente articolo si è concluso con sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato, quando il giudice competente a pronunciare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio ritiene che nei fatti commessi sussistano gli elementi costitutivi e le condizioni di punibilità dei delitti stessi; d) il procedimento penale per incesto si è concluso con sentenza di proscioglimento o di assoluzione che dichiara non punibile il fatto per mancanza di pubblico scandalo; e) l'altro coniuge, cittadino straniero, ha ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio o ha contratto all'estero nuovo matrimonio; f) il matrimonio non è stato consumato. »

cohabitation sous un même toit, les privant ainsi de toute assistance réciproque et de collaboration<sup>1307</sup>.

Si, cependant, les époux entendent maintenir leur lien matrimonial, et ce malgré le(s) fait(s) dûment listé(s) à l'article 3 de la loi de 1970, aucun divorce ne pourra évidemment être prononcé.

## 2/ Les faits menant à la fin du mariage

**531.** Il appartient aux couples anglais (pour encore quelques mois) et italiens désireux de mettre un terme à leurs relations conjugales d'appuyer la preuve de l'échec de leur mariage ou de la fin de leur communion spirituelle ou matérielle sur divers faits, précisément encadrés par la loi de 1973 (a) ou de 1970 (b).

### a/ Les cinq faits de la Section 1(2) du MAC de 1973<sup>1308</sup>

**532. Les faits.** - Depuis 1973, un tribunal anglais n'accorde le droit de divorcer à un couple que si l'une au moins des parties est à même de prouver que le lien du mariage est définitivement rompu, irréparable, irrévocable.

Afin d'étayer ladite rupture irrémédiable du lien du mariage, l'une des parties devra donc démontrer l'existence de l'un des cinq faits suivants : l'adultère (*adultery*), le comportement (*behaviour*), l'abandon du domicile conjugal (*desertion*) - ces trois premiers faits étant basés sur la faute de l'un des deux époux – la séparation depuis plus de deux ans avec consentement (*two years' separation with consent*) ou la séparation depuis plus de cinq ans sans consentement (*five years' separation without consent*) – ces deux derniers

<sup>1307</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile 2.1 La famiglia*, op. cit., p. 277.

<sup>1308</sup> MAC de 1973, S. 1(2) : « *The court hearing a petition for divorce shall not hold the marriage to have broken down irretrievably unless the petitioner satisfies the court of one or more of the following facts, that is to say—*

*(a) that the respondent has committed adultery and the petitioner finds it intolerable to live with the respondent;*

*(b) that the respondent has behaved in such a way that the petitioner cannot reasonably be expected to live with the respondent;*

*(c) that the respondent has deserted the petitioner for a continuous period of at least two years immediately preceding the presentation of the petition;*

*(d) that the parties to the marriage have lived apart for a continuous period of at least two years immediately preceding the presentation of the petition (hereafter in this Act referred to as "two years' separation") and the respondent consents to a decree being granted;*

*(e) that the parties to the marriage have lived apart for a continuous period of at least five years immediately preceding the presentation of the petition (hereafter in this Act referred to as "five years' separation"). »*

faits étant cette fois fondés sur une séparation préalable, ne constituant pas en soi une faute.

**533. Lien rupture irrémédiable du mariage / fait.** - Il faut bien comprendre que ces faits ne sont pas en eux-mêmes automatiquement suffisants pour terminer le mariage : ainsi, il est arrivé à la Cour d'appel de conclure à une rupture définitive du lien du mariage mais de réfuter le fait allégué<sup>1309</sup>, raisonnement également suivi par la *Supreme Court* récemment<sup>1310</sup>.

Il faut donc réussir à prouver l'existence d'au moins l'un de ces faits, tout en le corrélant à la rupture irrémédiable du mariage, si l'on veut espérer obtenir un divorce des tribunaux. À défaut, le divorce sera refusé et le couple contraint de rester marié. Bien que cela reste peu fréquent, une demande de divorce peut donc se voir rejetée en Angleterre.

**534. Mariages de moins d'un an.** - Il est par ailleurs interdit<sup>1311</sup> de lancer une requête en divorce au cours de sa première année de mariage<sup>1312</sup>, afin de laisser un peu de temps aux jeunes (et moins jeunes) couples pour réfléchir aux conséquences de leurs actes potentiellement précipités, ou de pencher soit pour la *judicial separation* (aucune limitation dans le temps), soit pour la nullité, qui, elle, n'est possible que dans les trois premières années de la célébration du mariage.

**535. Faute et séparation.** - Les trois premiers faits de la S. 1(2) du *MAC* de 1973 insistent sur la notion de faute : ainsi, il y aura, dans ces trois cas, un époux *innocent* et un autre *guilty*, principe fondé sur l'ancienne doctrine de la faute conjugale, la *matrimonial offences doctrine* (i). Les deux derniers faits de l'article, relatifs à la séparation, envisagent la possibilité de divorcer sans avoir cette fois recours à la notion de faute (ii).

---

<sup>1309</sup> À titre d'exemple : *Richards v Richards* [1972] WLR 1073 et *Buffery v Buffery* [1988] 2 FLR 365.

<sup>1310</sup> *Owens v Owens* [2018] UKSC 41.

<sup>1311</sup> L'interdiction est absolue : le juge n'a aucun pouvoir discrétionnaire en la matière pour autoriser des dérogations.

<sup>1312</sup> *MAC* de 1973, S. 3(1). Ce qui n'est le cas ni de la séparation judiciaire ni de la nullité. Le délai était initialement de trois ans ; il a été réduit à une année par le *Matrimonial and Family Proceedings Act* de 1984.



*i. Faits et fautes*

**536.** Les faits pouvant mener à la reconnaissance d'un divorce pour faute sont l'adultère, le comportement et la désertion.

➤ L'adultère du *respondent*

**537. Lien rupture irrémédiable du mariage / fait.** - La législation anglaise requiert non seulement d'avoir commis un adultère mais également de ne plus pouvoir supporter de vivre avec celui ayant commis ledit adultère. Il faut donc prouver que depuis l'épisode adultérin (ou depuis les circonstances ayant mené à l'adultère), la vie avec le *respondent* est devenue intolérable.

**538. Définition de l'adultère.** - Pour que la qualification d'adultère soit retenue, il faut que la relation extraconjugale aille bien au-delà de simples rendez-vous platoniques. De manière très concrète, cela signifie que la relation en question va jusqu'à la/aux relation(s) sexuelle(s). À défaut, le *petitioner* pourra toujours présenter sa requête au nom du deuxième *fact*, celui du comportement du *respondent*.

Il doit donc y avoir ce que l'on nomme outre-Manche une *sexual intimacy* pour que l'on puisse retenir le fait d'*adultery*. Or, cette intimité sexuelle n'est pas donnée à tous. L'adultère britannique requiert en effet « *some penetration of the female organ by the male organ* »<sup>1313</sup>. L'adultère est donc très clairement réservé aux couples trompant leur conjoint avec une personne de sexe opposé. Qu'un homme marié à une femme ait une aventure sexuelle avec un autre homme, et le *fact* de l'adultère sera refusé à l'épouse trompée. En revanche, le *fact* redevient valable dans le cas d'un mariage homosexuel entre deux femmes si l'une des deux fait plus que conter fleurette à un homme. D'où l'on en conclut que les couples adultérins bisexuels sont davantage concernés par cette mesure, quand les couples adultérins homosexuels en sont *a priori* exclus.

Bien sûr, il s'agira à chaque fois de l'adultère de l'autre, un *petitioner* ne pouvant arguer de sa propre tromperie.

---

<sup>1313</sup> *Dennis v Dennis (Spillet cited)* [1953] P 153 (1955) 2 All ER 51, CA.

**539. Volonté de tromper.** - La notion d'adultère sous le prisme anglais requiert un autre élément, la volonté de tromper l'autre. Ainsi, dans le cas du viol de l'épouse par un inconnu, viol ayant ensuite abouti à la conception et à la naissance d'un enfant, la relation sexuelle n'ayant rien eu de volontaire de la part de l'épouse ainsi violée, un mari ne saurait clamer contre cette dernière le fait de l'adultère<sup>1314</sup>.

**540. Échéancier.** - Il convient de présenter sa requête pour adultère dans les six mois de la découverte dudit adultère - et non dans les six mois de l'adultère lui-même. Passé ce délai, la cour considèrera que la vie n'est visiblement pas si insupportable que cela et refusera le divorce basé sur ce *fact*.

➤ Le comportement du *respondent*

**541. Lien rupture irrémédiable du mariage / fait.** - Le motif du comportement, rappelant l'ancienne *matrimonial offence* appelée *cruelty*, est, de manière abusive, communément désigné par l'expression « comportement déraisonnable », « *unreasonable behaviour* ». *Stricto sensu*, la vraie question à se poser en de pareilles circonstances est pourtant la suivante : « Le comportement du *respondent* induit-il que la vie commune soit devenue déraisonnable ? », et non pas « L'attitude du *respondent* a-t-elle été déraisonnable ? » : il s'agit, encore une fois, de lier fait et rupture irrémédiable du lien du mariage.

**542. Succès.** – Des cinq faits de l'article 1(2) de la loi de 1973, celui du comportement est indéniablement le plus facile à évoquer. Contrairement aux faits d'abandon et de séparation, il ne requiert aucun respect de délais ; quant au fait d'adultère, nous venons de le voir, il peut s'avérer difficile, voire impossible, à prouver aux termes de la loi anglaise. En conséquence, en 2018, pratiquement la moitié des divorces a été prononcée sur la base du comportement (46,3%), un taux qui baisse à 46,1% pour les couples hétérosexuels mais qui monte à 76,2% pour les couples homosexuels. Quant aux autres faits, ils représentent 26,8% (*two years' separation with consent*), 16,1% (*five years' separation without consent*), 10,1% (adultère) et 0,8% (abandon de domicile)<sup>1315</sup>.

---

<sup>1314</sup> *Clarkson v Clarkson* [1930] 143 LT 775.

<sup>1315</sup> Source :

<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/divorce/bulletins/divorce>

**543. Menant à l'exposition des défauts de l'autre.** - Un certain nombre d'experts regrette les chiffres avancés en matière de divorce pour comportement. En effet, afin d'arriver à prouver au mieux que l'attitude du *respondent* rend la vie commune intolérable, il n'est pas rare que les couples se lancent dans une liste non exhaustive de défauts supposés insupportables chez l'autre. La *petition* se transforme alors en un véritable catalogue propre à susciter en retour amertume, souffrance et humiliation. En l'état de la législation actuelle, le moyen le plus couramment utilisé pour divorcer est donc celui qui génère le plus de ressentis potentiels.

**544. D'une cour à l'autre.** - L'autre difficulté liée à ce fait est sa (supposée) variabilité d'une cour à l'autre.

Ainsi, une épouse a pu divorcer sur la base du comportement parce qu'elle était soumise à une « *constant atmosphere of criticism, disapproval and boorish behaviour on the part of her husband* »<sup>1316</sup> ; une autre parce que son mari, fan de bricolage, avait mis huit mois à remplacer une porte de toilettes<sup>1317</sup> ; une autre parce que son mari était « *dogmatic and dictatorial, with nationalistic, male chauvinistic characteristics* »<sup>1318</sup> ; une autre encore parce que son mari l'obligeait à lui chatouiller les pieds pendant des heures<sup>1319</sup>.

À l'inverse, le fait qu'une épouse ne montre jamais d'affection vis-à-vis de son mari en public<sup>1320</sup> ou que l'on n'ait plus rien à se dire, une fois les enfants partis<sup>1321</sup>, peut ne pas être considéré comme un comportement rendant la vie commune déraisonnablement insupportable.

Très récemment, un arrêt<sup>1322</sup> a ainsi suscité un certain émoi : une femme de 68 ans, dont le mariage était, selon ses termes, « *loveless* », s'est vue refuser la possibilité de divorcer, puisqu'il n'y avait rien de déraisonnable dans son cas. La *petitioner* a donc dû rester mariée à son mari jusqu'en 2020 avant que le *fact* de séparation depuis cinq ans puisse être invoqué et opposé audit mari, qui, jusqu'à présent, avait refusé l'idée du divorce.

---

[sinenglandandwales/2018#unreasonable-behaviour-was-the-most-commonly-used-ground-for-divorce-by-both-opposite-sex-and-same-sex-couples](#)

<sup>1316</sup> *Livingstone-Stallard v Livingstone-Stallard* [1947] Fam 47.

<sup>1317</sup> *O'Neill v O'Neill* [1975] 3 All ER 289.

<sup>1318</sup> *Birch v Birch* [1992] 1 FLR 564.

<sup>1319</sup> *Lines v Lines* [1963] 107 SJ 596.

<sup>1320</sup> *Pheasant v Pheasant* [1972] Fam 202.

<sup>1321</sup> *Buffery v Buffery* [1988] 2 FLR 365.

<sup>1322</sup> *Owens v Owens* [2018] UKSC 41.

**545. Une question pourtant objective.** - Aux yeux des justiciables, le raisonnement des tribunaux est donc vu de manière très subjective. Pourtant, la question que se pose les juges se veut à l'inverse relativement objective : « *Would any right-thinking person come to the conclusion that the husband has behaved in such a way that his wife cannot reasonably be expected to live with him, taking into account the whole of the circumstances and the characters and personalities of the parties ?* »<sup>1323</sup>, « une personne sensée arriverait-elle à la conclusion que le mari s'est comporté de telle manière que l'on ne peut raisonnablement exiger de sa femme qu'elle vive avec lui, compte tenu de l'ensemble des circonstances, du caractère et de la personnalité des parties ? ».

Les juges tiennent par-dessus tout à ce que les requêtes ne mélangent pas tout. Ainsi, ils acceptent volontiers qu'un couple qui ne se parle plus, ne mange plus ensemble, ne dort plus dans le même lit, puisse divorcer, mais pas en se fondant sur le fait du comportement. En effet, les faits susmentionnés ne mènent pas *per se* à une vie commune déraisonnable et intolérable. En ce cas, les juges octroieront un divorce pour séparation (séparation de vie, même sous le même toit), mais refuseront effectivement le divorce pour comportement<sup>1324</sup>.

**546. Échéancier.** - À l'instar de l'adultère, il convient de présenter sa requête pour comportement dans les six mois de l'attitude ou ensemble d'attitudes créant une vie commune déraisonnable et intolérable<sup>1325</sup>. Passé ce délai, la cour considèrera que la vie n'est visiblement pas si insupportable que cela et refusera le divorce basé sur ce *fact*.

➤ La désertion du *respondent*

**547. Trois conditions.** - L'abandon du domicile n'est guère évoqué devant les tribunaux. Il faut en effet prouver que le *respondent* a quitté le domicile, avec l'intention de ne plus revenir, et cela, pendant une période continue de deux ans. Trois conditions sont donc à remplir.

---

<sup>1323</sup> *Test dit du Livingstone-Stallard.*

<sup>1324</sup> *Hollens v Hollens* [1971] 115 SJ 237.

<sup>1325</sup> *MAC* de 1973, S. 2(3).

**548. Notion de séparation.** - Il est donc nécessaire d'attester, par tout moyen, d'une séparation physique des époux, ce qui est simple quand l'un des membres du couple quitte le domicile conjugal.

Les tribunaux soulignent cependant que cette séparation n'est pas juste « *the withdrawal from a place, but from a state of things* »<sup>1326</sup> et acceptent donc une séparation sous un même toit, à partir du moment où il y a cessation de toute vie commune.

**549. Intention de mettre un terme définitif au mariage.** - Il doit y avoir par ailleurs, à la source de cette séparation physique, l'intention de sortir de manière définitive du mariage, et ne pas être juste absent pour des raisons d'engagement professionnel ou autre (famille, maladie, prison, etc.).

Si donc, l'un des époux accepte un poste, proposé par son entreprise, situé à 10 000 km de l'Angleterre et décide de ne plus rentrer, il n'est pas dit que les tribunaux voient automatiquement là un motif de désertion. Tout dépendra de la façon dont le *respondent* considèrera son union : toujours comme un mariage, avec toutes les obligations en découlant, ou comme la fin d'une relation, et l'envie de tourner la page de manière définitive.

**550. Pendant deux ans.** - Quant à la période de séparation, elle doit être continue sur deux années. La reprise de la vie commune ne rendra pas caduc le fait de désertion mais doit être ajoutée à la période de deux ans et couvrir une période inférieure à six mois.

En revanche, si l'époux délaissé profite de cette absence pour obtenir l'octroi d'un *decree of judicial separation*, ce dernier annihilera le fait de *desertion*.

Encore une fois, les tribunaux sont très attachés à ce que chaque potentielle voie de recours ne se mélange pas avec une autre.

## *ii. Faits et séparations*

**551. Échéancier.** - Relativement utilisé, le fait de la séparation pour obtenir un divorce sera accordé sur la base d'une séparation continue de deux ans, si le *respondent* est consentant, c'est-à-dire s'il donne son accord librement et de manière expresse, et non pas de façon passive, ou de cinq ans, si le *respondent*, à l'inverse, le refuse.

---

<sup>1326</sup> *Pulford v Pulford* [1923] P 18.

En l'espèce, il n'est nul besoin ici de prouver une quelconque faute de l'autre. Mais il faut nécessairement respecter des délais, qui peuvent s'avérer longs, au gré des circonstances. Ceci explique sans doute pourquoi, en fin de compte, l'introduction de ce fait en 1973, pourtant initialement vu comme un *no-fault separation ground*, n'a pas eu le succès escompté.

**552. Définition de la séparation.** - Il est impératif de vivre séparément, mais, nous l'avons vu précédemment avec la *desertion*, cette exigence n'implique pas nécessairement de vivre sous deux toits différents. Ainsi un couple qui ne se parle plus, ne mange plus ensemble, ne dort plus dans le même lit, tout en habitant sous le même toit, peut se voir accorder le divorce sur la base de la séparation<sup>1327</sup>.

À l'inverse, un couple qui continue de manger ensemble, de regarder la télévision ensemble, de partager les tâches ménagères, de se parler, etc., et ceci afin de préserver leurs enfants, ne pourra pas être considéré par la cour comme « *living apart* »<sup>1328</sup>. Ce dernier arrêt nous montre que, paradoxalement, plus le couple cherchera à se comporter au mieux, de manière calme et civilisée, en particulier pour leurs enfants, moins il aura de chances de pouvoir divorcer sur la base de la séparation<sup>1329</sup>. Il y a en effet dans la notion de « vivre séparément », non seulement l'idée d'une séparation physique mais également d'une séparation mentale, d'une conviction que le mariage est arrivé à un réel terme, ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt *Mouncer* évoqué ci-dessus.

Face à cette difficulté, un certain nombre de couples n'auront alors d'autre choix que de se tourner vers le divorce pour comportement, au risque d'engendrer rancœur et hostilités, lorsqu'il faudra faire la liste des attitudes rendant la vie commune déraisonnable et intolérable.

**553. Hardship.** - On notera enfin, dans le cas du divorce après cinq années de séparation, et uniquement dans ce cas, que la cour a le pouvoir de refuser de prononcer un divorce si ce dernier doit engendrer un « *grave financial or other hardship* » ; il serait alors « *wrong* » d'agir ainsi<sup>1330</sup>.

Même s'il est rare que la clause de dureté soit invoquée, elle reste présente dans la législation et la jurisprudence anglaises. Dans les rares cas où une telle clause a pu aboutir,

---

<sup>1327</sup> *Hollens v Hollens* [1971] 115 SJ 237.

<sup>1328</sup> *Mouncer v Mouncer* [1972] All ER 289.

<sup>1329</sup> S. GILMORE & L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, op. cit., p. 69.

<sup>1330</sup> *MCA* 1973, S. 5 – *Evans v Evans* [2012] EWCA Civ 1293.

il s'est agi surtout de lutter contre la perte d'un droit éventuel à une pension au bénéfice d'une veuve<sup>1331</sup>.

b/ Les faits de la loi de 1970

**554.** Les faits de la loi italienne de 1970 menant à la fin de la communauté spirituelle et matérielle entre les époux impliquent d'une part que certains crimes aient été commis (i), ou, d'autre part, que les époux se soient séparés (ii). La non-consommation du mariage et le changement de sexe constituent une catégorie à part (iii).

*i. Faits et crimes*

**555. Lien fin de la communauté spirituelle et matérielle entre époux / fait.** - Un mariage italien peut être considéré comme ne pouvant plus donner lieu à une communauté spirituelle et matérielle entre époux quand certains crimes ont été commis.

Cette notion de crimes étant assez large, la loi italienne distingue deux cas de figures : celui de la condamnation de l'un des époux à une peine d'emprisonnement longue ; celui de la condamnation de l'un des époux à des actes particuliers empêchant toute communauté de vie spirituelle et matérielle.

**556. Emprisonnement sur une longue durée.** - Quant au premier groupe, relatif à la condamnation de l'un des époux à une peine d'emprisonnement longue, la loi prévoit qu'il est effectivement possible de demander le divorce dans le cas où son conjoint a été condamné, postérieurement à la célébration du mariage, à une peine de prison supérieure à quinze ans, en vertu d'un jugement ayant force de chose jugée, pour des faits même antérieurs au mariage. Sont ici visées les infractions intentionnelles (*reati dolosi*), et non les infractions non intentionnelles (*reati colposi*). Sont également exclus du champ d'application de l'article 3 de la loi sur le divorce les délits politiques ainsi que les délits commis pour des motifs ayant une valeur morale ou sociale particulière.

---

<sup>1331</sup> *Parker v Parker* [1972] Fam 116.

**557. Condamnation pour des actes particuliers.** - Quant au second sous-groupe, relatif à la condamnation de l'un des époux à des actes particuliers, il comprend certains délits s'avérant si graves qu'ils empêchent toute communauté de vie spirituelle et matérielle, même si, techniquement, ils mènent à une peine de prison de moins de quinze ans. Sont ici visés les délits contre la liberté sexuelle, tels que l'inceste<sup>1332</sup>, le détournement de mineur<sup>1333</sup> ou encore la violence sexuelle<sup>1334</sup>. S'y ajoute également la prostitution, qu'il s'agisse de l'inciter, de la forcer ou d'en bénéficier<sup>1335</sup>. La loi vise en outre tout meurtre sur son propre enfant ou tentative de meurtre sur son conjoint ou son enfant<sup>1336</sup>. L'exercice de sévices personnels graves<sup>1337</sup> est également un fait reconnu grave. Enfin, tout défaut d'assistance familiale, ce qui inclut la violation des obligations d'assistance familiale<sup>1338</sup> et la maltraitance<sup>1339</sup>, entraînera la fin de la communauté de vie spirituelle et matérielle des époux.

#### *ii. Faits et séparation*

**558.** La deuxième catégorie de faits pouvant mettre un terme à la communauté de vie spirituelle et matérielle est à lier, cette fois, à la séparation prolongée des conjoints. À la base de ce motif, on trouve l'idée que la poursuite de la vie commune est soit devenue intolérable entre les époux, soit qu'elle fait encourir des risques à l'éducation des enfants.

Cette séparation, originellement fixée à une durée de sept puis de cinq ans<sup>1340</sup>, longtemps maintenue à trois ans<sup>1341</sup>, est désormais réduite à un an en cas de séparation judiciaire, voire à six mois en cas de séparation consensuelle<sup>1342</sup>. Elle court à compter de la comparution des époux devant le président du tribunal en charge de leur séparation, à

---

<sup>1332</sup> C. p., art. 564.

<sup>1333</sup> C. p., art. 609 quater.

<sup>1334</sup> C. p., art. 609 bis.

<sup>1335</sup> L. 20 febbraio 1958, n° 75 – *Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contra lo sfruttamento della prostituzione altrui*, G.U. 4 marzo 1958, n° 55.

<sup>1336</sup> C. p., art. 575 (homicide volontaire) et art. 56 (tentative d'homicide).

<sup>1337</sup> C. p., art. 582 et 583.

<sup>1338</sup> C. p., art. 570.

<sup>1339</sup> C. p., art. 572.

<sup>1340</sup> L. 1 dicembre 1970, n° 898 – *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, G.U. 3 dicembre 1970 n° 306. : cinq ans minimum, sept dans l'hypothèse d'une séparation due à l'un des conjoints ou d'opposition à la demande de séparation de la part de l'autre conjoint.

<sup>1341</sup> L. 6 marzo 1987, n° 74 - *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio*, G.U. del 11 marzo 1987, n° 58.

<sup>1342</sup> L. 6 maggio 2015, n° 55 – *Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi, detta Legge sul Divorzio breve*, G.U. del 11 maggio 2015 n° 107.



l'occasion d'une tentative de conciliation. On comprend mieux en l'occurrence l'importance précédemment soulignée de l'institution de la séparation judiciaire ou de la séparation consensuelle, première étape indispensable sur la route du divorce<sup>1343</sup>. Une simple séparation de fait ne peut donc pas avoir la même valeur juridique que les deux autres types de séparation. De même, une séparation judiciaire interrompue du fait de la réconciliation des époux ne peut plus avoir de valeur aux yeux des juges.

### *iii. Autres faits*

**559. Non-consommation du mariage.** - La loi italienne prévoit également que la non-consommation du mariage, c'est-à-dire l'absence de rapports sexuels après la cérémonie de mariage, soit également un potentiel motif déclencheur du divorce.

Ce faisant, elle se rapproche nettement de ce qui existe en droit canonique, à savoir la possibilité d'une dispense pour mariage *rato* mais *non consumato*<sup>1344</sup>.

**560. Changement de sexe.** - Enfin, le changement d'un sexe à l'autre entraîne également la dissolution du mariage, dans le respect de la loi de 1982 relative au changement de sexe<sup>1345</sup>.

**561. Divorce immédiat.** - Dans ces deux cas très précis (mariage non consommé et changement de sexe) mais également en cas d'annulation ou de dissolution, à l'étranger, du mariage, ainsi qu'en cas de condamnation à des crimes particulièrement graves commis dans la sphère familiale, le juge italien a la possibilité de prononcer, à la seule demande de l'époux victime, un divorce immédiat, sans attendre l'écoulement du délai de séparation d'un an ou de six mois.

La majorité des cas relevant cependant de la seule séparation, la plupart des couples italiens doit donc patienter entre six mois et un an avant de pouvoir véritablement entamer les démarches menant à la dissolution de leur lien matrimonial par un juge.

---

<sup>1343</sup> *Supra* § 430 et s.

<sup>1344</sup> L. 27 maggio 1929, n° 847 – *Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio*, G.U. 8 giugno 1929, n° 133, art. 17.

<sup>1345</sup> L. 14 aprile 1982, n° 164 - *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, G.U. del 19 aprile 1982 n° 106, art. 1.

### 3/ Intervention judiciaire anglaise

**562.** Un divorce anglais ne se conçoit pas sans l'intervention d'un juge. L'une des raisons du non-principe de déjudiciarisation outre-Manche est probablement à imputer à la place fondamentale qu'occupe le juge dans le système juridique anglo-saxon : un juge anglais n'est pas juste le représentant de l'État au sein d'un tribunal, *he shapes the law*, il fait le droit. Il est donc difficilement concevable de se passer de lui.

La procédure anglaise, dans sa partie initiale, présente quelques caractéristiques, en particulier du fait de l'impossibilité d'effectuer une demande de divorce conjointe (a) ; elle devient très particulière sur la fin, le prononcé du divorce se faisant en deux temps, ou plus exactement en deux *decrees* (b).

#### a/ Procédure judiciaire anglaise

**563. Introduction de la *petition*.** – Le divorce anglais présente diverses particularités procédurales.

À ce jour, il appartient à celui qui tient à entamer la procédure de divorce d'introduire une *divorce petition* (d'où le nom de cette partie, le *petitioner*) auprès de la cour, qui transmettra ladite demande auprès de l'autre époux, invité alors à y répondre (d'où son nom de *respondent*) via un *acknowledgement* dans lequel ce dernier évoquera son souhait de souscrire au projet de divorce ou, à l'inverse, de s'en défendre.

Il n'y a pas, à l'heure actuelle, de possibilité d'effectuer une demande conjointe.

De même, si les parties recourent à un avocat, ce dernier ne pourra pas agir au nom du couple en tant qu'avocat unique.

#### b/ Double *decree*

**564. *Decree nisi*.** - À l'issue de la procédure alliant potentielle conciliation et audition, un premier décret sera délivré, le *decree nisi*, sorte de décret provisoire soulignant le fait

que le juge n'émet aucune objection quant au divorce des parties. Pour autant, il ne mettra pas encore fin au lien matrimonial, si ce n'est à l'obligation de cohabitation<sup>1346</sup>.

**565. *Decree absolute.*** - Le *decree nisi* ne devient définitif que lorsque, au minimum six semaines et un jour plus tard<sup>1347</sup>, le juge émet cette fois un décret absolu, le *decree absolute*. Ce second décret n'a rien d'automatique, d'abord parce qu'il faut que les époux le demandent, ensuite parce que le juge peut parfaitement estimer que toutes les conditions tendant vers la fin du mariage ne sont pas réunies. S'il est octroyé, chacune des parties pourra vaquer de son côté, voire se remarier immédiatement, sans avoir cependant oublié de régler sa note au tribunal : 550 £<sup>1348</sup>, à laquelle il faudra ajouter les honoraires des avocats.

#### 4/ Réforme du droit anglais du divorce

**566.** Les lois anglaises de 1969 et 1973 ont très vite fait l'objet de critiques, quant à la procédure ou aux *facts* invocables. En 1996, un projet de réforme avait recommandé l'introduction du divorce par consentement mutuel, projet abandonné face à la résistance rencontrée. Depuis, les juges en appellent régulièrement au législateur<sup>1349</sup>, en insistant sur la détresse des couples traversant l'épreuve du divorce (*the blame game*) et l'absurdité de certains jugements rendus dans le respect de la loi.

À la suite de l'arrêt *Owens*<sup>1350</sup>, il semblerait qu'ils aient été entendus. Le gouvernement a d'abord émis, en avril 2019, un rapport au titre évocateur, « *Reducing family conflict* »<sup>1351</sup>, dans lequel de nombreux changements ont été proposés ; le Parlement s'est ensuite penché sur la question et une nouvelle loi a été très récemment adoptée<sup>1352</sup>, modifiant, à compter de son entrée en vigueur, soit à l'automne 2021, le droit du divorce anglais en profondeur.

---

<sup>1346</sup> F. FERRAND, H. FULCHIRON et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *La rupture du mariage en droit comparé : rapport final pour la mission de recherche Droit et justice (Ministère de la justice - CNRS / Université de Jean Moulin Lyon 3, Lyon, Université de Jean Moulin Lyon 3, 2015, p. 138.*

<sup>1347</sup> *MAC* de 1973, S. 1(5). En pratique, le délai n'est que rarement respecté et s'avère plus long.

<sup>1348</sup> Source : <https://www.gov.uk/court-fees-what-they-are>

<sup>1349</sup> Lady Hale, dans *Owens v Owens* [2018] UKSC 41 : « *It is not for us to change the law laid down by Parliament - our role is only to interpret and apply the law that Parliament has given us* ».

<sup>1350</sup> *Ibid.*

<sup>1351</sup> Source :

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/793642/reducing-family-conflict-consult-response.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/793642/reducing-family-conflict-consult-response.pdf)

<sup>1352</sup> *Divorce, Dissolution and Separation Act* de 2020, dont le *Royal Assent* a été octroyé le 25 juin 2020.

Nous nous proposons donc d'analyser les grands traits du *Divorce, Dissolution and Separation Act*<sup>1353</sup> de 2020, en tenant compte des dispositions précédentes qui seront maintenues (a) et celles qui seront amenées à être revues, voire abolies (b), sachant qu'à l'heure de l'écriture de ce travail, il manque encore les nouvelles *Family Procedure Rules*.

a/ Ce qui ne changera pas

**567.** La procédure en deux temps, la notion de rupture irrémédiable et l'interdiction de divorcer faite aux jeunes couples sont maintenues.

**568. La procédure en deux temps.** - Le Parlement a suivi le gouvernement, d'avis de conserver le *two-stage process*. Cela permet, dit-il, d'offrir aux couples la possibilité de reconsidérer leur point de vue à tout moment de la procédure, et aux juges, de contrôler d'éventuels abus. Ainsi devra-t-on continuer d'introduire des requêtes pour entamer la procédure de divorce, pour obtenir une décision provisoire, pour obtenir la décision définitive<sup>1354</sup>. L'idée sous-jacente est qu'il faut favoriser un système à même d'offrir un plus grand degré de protection, par rapport à un système favorisant l'automatisme.

**569. La rupture irrémédiable du mariage.** - À l'issue d'une vaste consultation avec de nombreux professionnels et diverses associations, le Parlement a décidé de conserver le fondement d'une cause unique, à savoir la rupture irrémédiable du mariage<sup>1355</sup>.

**570. L'interdiction du divorce aux jeunes mariés.** - La nouvelle loi maintient l'interdiction de divorcer au cours de la première année de mariage, ceci afin de souligner l'importance accordée à l'institution du mariage et d'éviter toute décision précipitée, quand il ne s'agit, parfois, que d'ajustements auxquels faire face en se lançant dans une nouvelle forme de vie.

---

<sup>1353</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/11/introduction/enacted>

<sup>1354</sup> *Divorce, Dissolution and Separation Act 2020, S. 1 (4)* : « A divorce order— (a) is, in the first instance, a conditional order, and (b) may not be made final before the end of the period of 6 weeks from the making of the conditional order ».

<sup>1355</sup> *Ibid.*, S. 1 (1) : « Divorce on breakdown of marriage : Subject to section 3, either or both parties to a marriage may apply to the court for an order (a "divorce order") which dissolves the marriage on the ground that the marriage has broken down irretrievably ».

## b/ Ce qui va changer

**571.** La loi portant réforme du droit du divorce revoit en particulier le vocabulaire ainsi que la notion de *facts* ; elle prévoit l'établissement d'un échéancier, la reconnaissance de la requête commune et l'impossibilité de contestation de la part du *respondent*.

**572. Le vocabulaire.** - Certains termes s'avérant relativement déconcertants pour le grand public, ils ont été « modernisés ». Ainsi, les mots *petition* et *petitioner* seront remplacés par *application* (requête) et *applicant* (demandeur). De même, les expressions *decree nisi* et *decree absolute*, au charme suranné, deviennent des *conditional order* et *final order*, en se modelant sur le langage utilisé dans le cadre d'une dissolution de *civil partnership*<sup>1356</sup>. Après la *House of Lords* devenue *Supreme Court*<sup>1357</sup>, le Royaume-Uni poursuit l'américanisation de maints aspects de ses institutions.

**573. L'instauration d'un échéancier.** - Le gouvernement souhaitait qu'entre l'introduction de la requête et le *decree absolute*, il ne s'écoule pas plus de six mois. Ce point a été retenu par la nouvelle loi. Le délai de six semaines et un jour entre les anciens *decree nisi* et *decree absolute*<sup>1358</sup> est conservé, à quoi s'ajoutera donc un échéancier de vingt semaines minimum entre l'introduction de la requête et le *final order*<sup>1359</sup>.

**574. L'abandon des cinq facts.** - C'est la grande nouvelle, voire la surprise de la réforme. En conséquence, il s'agira pour un couple de « seulement » avoir à prouver que le mariage est irrémédiablement terminé, sans pour autant avoir à rapporter une faute ou à démontrer une séparation. En abandonnant, en particulier, le *fact* de l'adultère, les Anglais tournent clairement le dos aux derniers éléments de la doctrine de *conjugal unity* prônée

---

<sup>1356</sup> *Ibid.*, S. 1 : « (1) Subject to section 3, either or both parties to a marriage may apply to the court for an order (a "divorce order") which dissolves the marriage on the ground that the marriage has broken down irretrievably. (2) An application under subsection (1) must be accompanied by a statement by the applicant or applicants that the marriage has broken down irretrievably. (3) The court dealing with an application under subsection (1) must — (a) take the statement to be conclusive evidence that the marriage has broken down irretrievably, and (b) make a divorce order. (4) A divorce order— (a) is, in the first instance, a conditional order, and (b) may not be made final before the end of the period of 6 weeks from the making of the conditional order ».

<sup>1357</sup> *Constitutional Reform Act* de 2005, Part 3, S. 23(1).

<sup>1358</sup> *Divorce, Dissolution and Separation Act* de 2020, S.1 « (4) A divorce order— (a) is, in the first instance, a conditional order, and (b) may not be made final before the end of the period of 6 weeks from the making of the conditional order. »

<sup>1359</sup> *Ibid.*, S.1 (5) : « (...) the period of 20 weeks from the start of proceedings ».

par l'Église d'Angleterre, qui a toujours considéré l'adultère comme « la négation délibérée de l'idée de chair unique »<sup>1360</sup>.

**575. La possibilité d'introduire une requête commune.** – L'Angleterre ne semble plus opposée à une *joint application*. Elle laisse en place le système existant aujourd'hui, par lequel seul l'un des époux introduit une requête devant être approuvée ou défendue, mais permet à la *sole application* d'être commuée en *joint application*. Par ailleurs, elle offre la possibilité pour un couple de solliciter un divorce ensemble, et cela, dès le début de la procédure<sup>1361</sup>.

**576. Ne plus avoir la possibilité de contester.** – La nouvelle loi préconise de ne plus offrir la possibilité pour l'un des membres du couple de contester et donc de refuser le divorce<sup>1362</sup>, ce qui surtout revient à remettre en question le dernier *fact* de la S. 1(2) du *MAC* de 1973, à savoir la séparation de cinq ans sans l'accord du *respondent, fact* qui, de toute manière, n'existe plus.

**577.** Le gouvernement de Monsieur Boris Johnson est arrivé à mener à bien une réforme attendue depuis longtemps, constituant assurément un tournant majeur en matière matrimoniale. Une fois entrée en vigueur, le *Divorce, Dissolution and Separation Act* rapprochera un tout petit peu le droit anglais de son homologue français. En l'occurrence, ce dernier se trouve à l'heure actuelle aux antipodes des droits anglais et italien en matière de divorce, tout en se rapprochant du droit italien en sa procédure.

---

<sup>1360</sup> K. J. GRAY, « L'unité du couple », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF et INSTITUT DE DROIT COMPARÉ, LYON, *Mariage et famille en question*, op. cit., p. 44.

<sup>1361</sup> *Divorce, Dissolution and Separation Act de 2020*, S.1 (5) (a) : « (...) in the case of an application that is to proceed as an application by both parties to the marriage (...) ».

<sup>1362</sup> *Ibid.*, S.1 (5) : « The court may not make a conditional order unless — (a) in the case of an application that is to proceed as an application by one party to the marriage only, that party has confirmed to the court that they wish the application to continue, or (b) in the case of an application that is to proceed as an application by both parties to the marriage, those parties have confirmed to the court that they wish the application to continue; and a party may not give confirmation for the purposes of this subsection before the end of the period of 20 weeks from the start of proceedings. »

## **C/ Divorce contentieux et non-contentieux: le schéma français et l'influence italienne en matière procédurale**

**578.** Contrairement à ses voisins, la France n'a jamais envisagé une seule cause pouvant mener au divorce. Dès 1975, le législateur français a opté pour le pluralisme<sup>1363</sup>, en proposant aux couples en crise trois possibilités de définitivement se séparer : le divorce pour faute, le divorce sur demande acceptée et le divorce pour rupture de la vie commune. Il leur a également offert la possibilité de divorcer par consentement mutuel. Lors de la réforme de 2004, le législateur, désireux d'éviter au maximum les conflits entre époux, a revu les cas de divorce sur demande acceptée et ceux pour rupture de la vie commune, les requalifiant désormais en divorces pour acceptation du principe de la rupture du mariage ainsi que pour altération définitive du lien conjugal.

Il en ressort qu'à l'heure actuelle, un couple français souhaitant mettre un terme à son union a le choix entre un type de divorce dit non-contentieux, c'est-à-dire par consentement mutuel, et celui dit contentieux, soit pour faute, pour acceptation du principe de la rupture du mariage ou pour altération définitive du lien conjugal.

En outre, de manière très récente et à l'influence italienne indéniable, il est désormais possible d'envisager de se séparer autrement qu'en passant devant un juge.

Le phénomène de déjudiciarisation du divorce est donc en marche, en Italie (1) comme en France (2). Les autres types de divorce, nécessitant un juge, sont maintenus par la loi française (3).

### **1/ Le divorce italien sans juge**

**579.** La solution du divorce sans juge a d'abord été expérimentée en Italie avant de s'étendre en France, mais elle s'avère en fin de compte assez différente d'un pays à l'autre. En effet, contrairement au divorce par consentement mutuel français, la démarche italienne n'a rien d'obligatoire (a). Par ailleurs, si l'accent français est porté sur le rôle des avocats et du notaire, celui-ci est placé, en Italie, sur le Procureur de la République (b) ou l'officier de l'état civil (c).

---

<sup>1363</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 197.

## a/ Divorce non-judiciaire

**580. Loi de 1970 sur la dissolution du mariage.** – Jusqu'en 2014, le divorce italien impliquait nécessairement de passer devant le juge : le processus du divorce était donc par définition contentieux.

Par ailleurs, jusqu'en 1987, seul l'un des époux pouvait entamer les démarches en demande de divorce. Depuis la loi de 1987<sup>1364</sup>, il est désormais possible aux deux époux de faire une demande conjointe, à partir du moment où les époux s'entendent sur le principe même du divorce, et que les conditions relatives aux enfants et aux rapports financiers entre époux sont clairement définies.

**581. Loi de 2014 sur la déjudiciarisation civile.** – La loi de 2014<sup>1365</sup> a introduit une modification notable en matière de déjudiciarisation du divorce italien. Désormais, après une période de séparation, cet élément restant impératif, il est possible pour les époux, à partir du moment où ils y consentent tous deux, de se passer de juge tout en s'accordant sur les conditions du divorce. Il n'est donc plus ici nécessaire d'avancer un argument en lien avec un crime. Surtout, il n'est plus obligatoire de prouver la fin de la communion spirituelle et matérielle entre époux<sup>1366</sup>.

L'accord des époux est ici fondamental pour conclure ce nouveau type de divorce. Malgré tout, il semble qu'une partie de la doctrine italienne refuse de considérer cette nouvelle solution comme un divorce par consentement mutuel<sup>1367</sup>.

La loi de 2014, dite « *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile* », offre la possibilité de suivre soit la voie menant devant le Procureur de la République, soit devant la mairie, aussi bien en cas de cessation des effets civils (donc de mariage religieux) que de dissolution des liens du mariage (donc civil)<sup>1368</sup>.

---

<sup>1364</sup> L. 6 marzo 1987, n° 74 - Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio, G.U. del 11 marzo 1987, n° 58.

<sup>1365</sup> L. 10 novembre 2014, n° 162 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n° 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, G.U. del 10 novembre 2014 n° 261.

<sup>1366</sup> S. PATTI, "The privatization of the divorce in Italy", *RF*, 2017, p. 156.

<sup>1367</sup> *Ibid.*

<sup>1368</sup> Intitulé de l'art. 6, L. 10 novembre 2014, n° 162 : « *Convenzione di negoziazione assistita da un avvocato per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio* ».



b/ Devant le Procureur de la République

**582. Article 6 de la loi de 2014**<sup>1369</sup>. - Aux termes de l'article 6 de la loi de 2014, les époux sont invités à entamer des négociations assistées, « *negoziazione assistita* », en présence de leurs avocats respectifs<sup>1370</sup>, en se montrant de bonne foi et loyaux, « *in buona fede e lealtà* »<sup>1371</sup>, afin de conclure une convention de négociation, « *convenzione di negoziazione* », dans un délai minimum d'un mois, maximum de trois mois, sauf entente des parties pour rallonger la période de négociation de trente jours<sup>1372</sup>.

Dans le cas d'un couple sans enfant mineur ou sans enfant majeur incapable, souffrant d'un handicap ou non autosuffisant en termes économiques, « *figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti* », l'accord ainsi conclu doit alors être transmis au Procureur de la

---

<sup>1369</sup> L. 10 novembre 2014, n° 162, art. 6 : « *Convenzione di negoziazione assistita da un avvocato per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. 1. La convenzione di negoziazione assistita da un avvocato può essere conclusa tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 10 dicembre 1970, n° 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. 2. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano in presenza di fi gli minori, di fi gli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti. 3. L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'avvocato della parte è obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'articolo 5. 4. All'avvocato che viola l'obbligo di cui al comma 3, secondo periodo, è applicata la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 ad euro 50.000. Alla irrogazione della sanzione di cui al periodo che precede è competente il Comune in cui devono essere eseguite le annotazioni previste dall'articolo 69 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n° 396. 5. Al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n° 396 sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 49, comma 1, dopo la lettera g) , è aggiunta la seguente lettera:« g -bis ) gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato conclusi tra coniugi al fi ne di raggiungere una soluzione consensuale di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di scioglimento del matrimonio;» ; b) all'articolo 63, comma 1, dopo la lettera g) , è aggiunta la seguente lettera:« g -bis ) gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato conclusi tra coniugi al fi ne di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.» ; c) all'articolo 69, comma 1, dopo la lettera d), è aggiunta la seguente lettera:« d -bis ) gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato conclusi tra coniugi al fi ne di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio ».*

<sup>1370</sup> F. FERRAND, H. FULCHIRON et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *La rupture du mariage en droit comparé*, op. cit., p. 49.

<sup>1371</sup> L. 10 novembre 2014, n° 162, art. 2 : « *La convenzione di negoziazione assistita da un avvocato è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo anche ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n° 96* ».

<sup>1372</sup> S. PATTI, "The privatization of the divorce in Italy", loc. cit., p. 157.

République du tribunal compétent. Si ce dernier ne note aucune irrégularité (si la signature des époux est bien certifiée par les avocats par exemple), il communique aux avocats des parties le *nulla osta* (absence d'opposition) de cessation des effets civils ou de dissolution des liens du mariage. Le contrôle du Procureur est donc avant tout formel<sup>1373</sup>.

En présence d'enfants mineurs ou d'enfants majeurs incapables, souffrant d'un handicap ou non autosuffisants en termes économiques, l'accord doit également être envoyé au Procureur de la République du tribunal compétent. Cependant, cette fois, un délai dix jours à compter de la signature de l'accord est imposé à l'avocat pour effectuer cette démarche. Surtout, le contrôle du Procureur est étendu à l'intérêt des enfants. Si le magistrat du ministère public estime ces derniers suffisamment protégés, il délivrera le précieux *nulla osta*. Dans le cas contraire, il transmettra le dossier au tribunal dans un délai de cinq jours.

Il appartient alors au président du tribunal de convoquer le couple dans un délai de trente jours et de revoir ensemble l'accord, en y apportant les modifications jugées nécessaires. La possibilité que la tentative de conciliation s'achève sur un refus des époux-parents de modifier l'accord précédemment signé est envisageable. Faute de recul, il est cependant difficile de conclure que la procédure s'arrête à ce stade ou que le couple repart sur la procédure de divorce ordinaire, avec intervention judiciaire. Il semble que cette seconde solution ait été récemment retenue par la Cour d'appel de Turin<sup>1374</sup>, sans pour autant pouvoir affirmer qu'elle soit amenée à faire jurisprudence<sup>1375</sup>. Si en revanche l'accord est validé, l'avocat des parties doit ensuite impérativement transmettre copie authentique de la convention à l'officier d'état civil de la mairie où s'était déroulé le mariage, dans un délai de dix jours à compter de la conclusion de l'accord.

---

<sup>1373</sup> *Ibid.*

<sup>1374</sup> Trib. Torino, sez. VII civ., ord. 15 gennaio 2015 (Pres. M. Tamagnone), in *Fam. e dir.*, 2015, 4, p. 390 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli : primi orientamenti giurisprudenziali*. La solution retenue en l'espèce par le tribunal est la suivante : si les époux acceptent les observations émises par le procureur de la République, le président du tribunal peut à son tour autoriser l'accord ; en revanche, si les époux refusent d'intégrer lesdites observations, ils doivent alors déposer une demande en séparation consensuelle ou une demande conjointe en divorce.

<sup>1375</sup> *Ibid.*, p. 158.

c/ Devant l'officier d'état civil

**583. Article 12 de la loi de 2014<sup>1376</sup>.** – La loi de 2014 offre aux couples sans enfant mineur ou sans enfant majeur incapable, souffrant d'un handicap ou non autosuffisant en termes économiques une alternative au divorce non judiciaire encore plus simple et encore moins coûteuse, la présence des avocats n'étant pas requise<sup>1377</sup>. Elle consiste à déposer une requête conjointe de dissolution ou de cessation des effets civils, « *richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio* » auprès de l'officier de l'état civil de la municipalité de résidence de l'un des deux époux ou du lieu de transcription de l'acte de mariage.

---

<sup>1376</sup> L. 10 novembre 2014, n° 162, art. 12 : « *Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile. 1. I coniugi possono concludere, innanzi all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, un accordo di separazione personale ovvero, nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 10 dicembre 1970, n° 898, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. 2. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano in presenza di fi gli minori, di fi gli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti. 3. L'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate. Allo stesso modo si procede per la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale. L'atto contenente l'accordo è compilato e sottoscritto immediatamente dopo il ricevimento delle dichiarazioni di cui al presente comma. L'accordo tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. 4. All'articolo 3, al secondo capoverso della lettera b) del numero 2 del primo comma della legge 1° dicembre 1970, n° 898, dopo le parole «trasformato in consensuale» sono aggiunte le seguenti: «, ovvero dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ovvero dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile.» 5. Al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n° 396 sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 49, comma 1, dopo la lettera g -bis ), è aggiunta la seguente lettera:« g -ter ) gli accordi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile;»; b) all'articolo 63, comma 1, dopo la lettera g ) , è aggiunta la seguente lettera:« g -ter ) gli accordi di separazione personale, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio;»; c) all'articolo 69, comma 1, dopo la lettera d -bis ), è aggiunta la seguente lettera:« d -ter ) gli accordi di separazione personale, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile;». 6. Alla Tabella D), allegata alla legge 8 giugno 1962, n° 604, dopo il punto 11 delle norme speciali inserire il seguente punto: «11 -bis ) Il diritto fisso da esigere da parte dei comuni all'atto della conclusione dell'accordo di separazione personale, ovvero di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, ricevuto dall'ufficiale di stato civile del comune non può essere stabilito in misura superiore all'imposta fissa di bollo prevista per le pubblicazioni di matrimonio dall'articolo 4 della tabella allegato A) al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n° 642». 7. Le disposizioni del presente articolo si applicano a decorrere dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto ».*

<sup>1377</sup> F. FERRAND, H. FULCHIRON et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *La rupture du mariage en droit comparé*, op. cit., p. 50.

L'officier de l'état civil invite alors le couple à comparaître devant lui, dans un délai minimum de trente jours à compter de la réception de l'accord, afin d'avoir le temps nécessaire de contrôler non seulement la sincérité des époux mais également l'accord lui-même. En effet, la loi de 2014 exclut spécifiquement tout accord d'ordre patrimonial en ce genre de circonstances<sup>1378</sup>.

Une fois cette étape conclue, l'accord acquiert même valeur qu'une décision judiciaire.

**584.** Le législateur français a suivi un chemin relativement similaire à celui de son homologue italien, tout en allant plus loin sur un certain nombre d'éléments.

## **2/ Le divorce français sans juge**

**585. Principe.** - Le divorce français non judiciaire est à rapprocher du divorce par consentement mutuel. L'idée repose en effet sur le postulat qu'un couple globalement d'accord non seulement sur le principe du divorce mais également sur les effets que ce dernier pourra avoir, aussi bien d'un point de vue patrimonial que sous l'angle de la responsabilité parentale, doit pouvoir envisager le divorce par consentement mutuel.

Pour cela, il est impératif que les époux s'entendent sur le partage des biens (sauf cas d'indivision), le droit de garde des enfants et la pension alimentaire en faveur de ces derniers (si enfants il y a) et, éventuellement, la prestation compensatoire pour l'un des deux époux. On notera qu'à l'inverse de ce qui se pratique en Italie, la présence d'enfants lors d'un divorce non judiciaire ne constitue pas un obstacle<sup>1379</sup>. Il n'est pas ici nécessaire de justifier d'une faute ou, tout simplement, d'une raison : ce qui compte, c'est la volonté des parties.

La simplicité du procédé et de la procédure fait de ce type de divorce l'outil le plus utilisé aujourd'hui en France pour divorcer. Ainsi, en 2016, plus de la moitié des 128 000 divorces comptabilisés<sup>1380</sup> ont été prononcés par consentement mutuel<sup>1381</sup>.

---

<sup>1378</sup> L. 10 novembre 2014, n° 162, art. 12, al. 3 : « *L'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale* ».

<sup>1379</sup> V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, op. cit., p. 149.

<sup>1380</sup> Contrairement à l'Angleterre qui voit son nombre de divorces diminuer, la France a connu une augmentation de 4 400 divorces entre 2015 et 2016.

<sup>1381</sup> Source : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3303338?sommaire=3353488>

Ce qui est nouveau en la matière, c'est que, désormais, le couple décidé à se séparer par consentement mutuel devra se passer de l'intervention d'un juge, la mesure n'étant pas optionnelle (a). La nouvelle procédure confère une autorité déterminante aux avocats (b) qui assisteront les membres du couple souhaitant divorcer par consentement mutuel. Une fois la convention de divorce dûment rédigée, contrôlée et signée (c), le notaire procèdera alors à son enregistrement (d).

#### a/ Un divorce sans juge

**586. Déjudiciarisation.** - La déjudiciarisation du divorce est un phénomène récent en France, datant de 2016<sup>1382</sup>. Elle est à ce jour réservée au seul divorce par consentement mutuel et prend à rebours le principe posé depuis la Révolution française de l'intervention obligatoire d'un juge en cas de divorce. Pendant des siècles, c'est au magistrat, « véritable orfèvre du droit »<sup>1383</sup>, qu'est en effet revenu l'examen de la convention commune établie par le couple en voie de séparation, afin de contrôler leur consentement réel ainsi que le respect des intérêts de tous, enfants compris.

**587. Raisons.** - À cette fonction *a priori* immuable, ont été opposés au fil du temps un certain nombre d'arguments portant, en particulier, sur l'illégitimité du contrôle juridictionnel - le couple sur le point de se séparer sait ce qu'il fait et ce qu'il a à faire, et n'a pas besoin des « recommandations paternalistes d'un magistrat importun »<sup>1384</sup> - et le coût de la procédure, tant pour le couple que pour la collectivité.

**588. Discordes.** - Véritable modernisation de l'institution et judiciaire et familiale pour certains, réforme à la limite de l'hérésie pour d'autres, par sa simplification bancaire, son compromis inachevé, sa privatisation de la justice, son côté « retour à l'an II »<sup>1385</sup>, le principe de ce nouveau divorce par consentement mutuel sans juge, dit du « divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire », ne fait pas l'unanimité.

---

<sup>1382</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

<sup>1383</sup> V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Defrénois, Lextenso, 2010, p. 1.

<sup>1384</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 299.

<sup>1385</sup> C. BRENNER, « Le nouveau divorce par consentement mutuel: retour à l'an II? », *La Semaine Juridique*, 9, 2017, p. 342.

## b/ Rôle déterminant des avocats

**589.** Comme son titre l'indique, ce nouveau divorce implique la présence de deux avocats, tenus, tout comme le faisait auparavant le juge, de s'assurer du respect des intérêts de l'époux représenté.

À la différence cependant d'un juge aux affaires familiales, dont le métier consiste à protéger l'ensemble de la société, c'est-à-dire aussi bien les deux parties lui faisant face que la collectivité publique, l'avocat, lui, est mû par un intérêt plus prosaïque : la défense de son seul client.

C'est pourquoi, afin de limiter au mieux les pressions, directes ou insidieuses, pouvant être exercées sur l'autre partie, la loi de 2016 impose que chaque partie soit représentée par son propre avocat.

La notion d'avocat unique n'a donc pas sa place ici<sup>1386</sup> - ce qui porte à mal l'argument de la réduction du coût avancé lors de la réforme, le recours à deux avocats étant particulièrement onéreux pour un couple.

## c/ Établissement d'une convention

**590.** Une fois le choix des avocats effectué, il revient de coucher l'accord des époux par écrit, en y intégrant la volonté des deux parties de rompre leur mariage ainsi que les effets qu'ils entendent conférer à d'une telle rupture.

Chaque avocat, en étant extrêmement vigilant de ne rien omettre, doit donc adresser à son client (par lettre recommandée AR) un projet de convention.

Les époux ont alors quinze jours de réflexion, à compter de la réception du projet de convention<sup>1387</sup>, délai qui semble bien court non seulement au regard de l'état psychologique potentiellement perturbé des parties, mais également de la complexité linguistico-juridique d'une telle convention.

Une fois cette dernière acceptée, elle doit alors être co-signée par chacune des parties, en présence de leur avocat respectif<sup>1388</sup>, à l'occasion d'une rencontre commune.

C'est à ce moment-là que la convention acquiert une force probante accrue et devient un moyen de preuve puissant, puisqu'il « fait foi de l'écriture et de la signature des

---

<sup>1386</sup> C. civ., art. 229-1.

<sup>1387</sup> C. civ., art. 229-4.

<sup>1388</sup> CPC, art. 1145.

parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayant cause»<sup>1389</sup>, tout en n'entraînant pas encore la dissolution du mariage.

#### d/ Intervention du notaire

**591.** Pour que la fin du mariage soit réellement actée, il faut en effet s'en remettre à un autre personnage, un officier public et ministériel ayant reçu délégation de puissance publique, à savoir le notaire. C'est à ce dernier que revient l'enregistrement de la convention, afin de conférer à l'accord contresigné des parties et de leurs avocats date certaine et force exécutoire<sup>1390</sup>.

C'est à partir de ce moment-là, et de ce moment-là seulement, que, techniquement, le mariage est officiellement dissout, que tous les devoirs y afférent disparaissent<sup>1391</sup> et qu'est appliquée la convention précédemment co-signée.

Pour être opposable aux tiers, le divorce devra être mentionné en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance de chacun des époux<sup>1392</sup>.

L'intervention du notaire, pour importante qu'elle soit en matière d'officialisation du divorce, reste assez limitée. Certes, le notaire constate le divorce, enregistre la convention, la dépose au rang de ses minutes. Mais il n'est pas juge pour autant. Il ne lui appartient pas de vérifier le consentement des époux en présence. Pas plus qu'il n'est supposé contrôler le respect des intérêts des parties, voire l'équilibre desdits intérêts. Ces rôles sont dévolus aux avocats et à ces derniers exclusivement.

**592.** En parallèle de cette nouvelle forme de divorce sans juge, la loi française envisage toujours d'autres formes de divorce, avec intervention judiciaire cette fois.

### **3/ Le divorce français avec juge**

**593.** L'intervention du juge demeure incontournable en cas de divorce non-contentieux visant à s'assurer du consentement des adultes protégés et des enfants mineurs (a), ainsi que dans les cas traditionnels de divorce pour faute, pour acceptation du principe de la

---

<sup>1389</sup> C. civ., art. 1374.

<sup>1390</sup> C. civ., art. 229-1.

<sup>1391</sup> C. civ., art. 260.

<sup>1392</sup> C. civ., art. 262.

rupture du mariage ou pour altération définitive du lien conjugal, c'est-à-dire de divorces contentieux (b).

a/ Le divorce non-contentieux avec juge

**594.** La loi de 2016<sup>1393</sup> a maintenu la possibilité de recourir à un juge et donc au divorce par consentement mutuel judiciaire dans deux cas bien précis, celui de l'adulte protégé et de l'enfant mineur, dans un souci de protection des plus faibles.

**595. Adulte protégé.** - Il est vital que, dans l'hypothèse d'un divorce par consentement mutuel, les parties puissent exprimer clairement et librement leur volonté de mettre un terme à leur union. Dans le cas où l'un des membres du couple serait un adulte protégé<sup>1394</sup>, c'est-à-dire placé, par un juge, sous un régime de tutelle, de curatelle ou de sauvegarde de justice, du fait de l'altération de l'état mental ou physique de l'adulte concerné, altération médicalement constatée, le consentement de ce dernier peut s'avérer difficile à exprimer. Il n'est pas impossible que la notion même de divorce ne soit pas comprise. C'est pourquoi, dans un cas semblable, le divorce, même dit par consentement mutuel, devra être prononcé par l'intermédiaire du juge.

**596. Enfant mineur.** - En outre, un enfant du couple, s'il est mineur, pourra demander à être entendu par un juge.

**597. Rôle du juge.** - Le recours au juge en cas de divorce par consentement mutuel est devenu l'exception. Dans ce cas, le magistrat jouera le rôle qui lui revenait avant la réforme de 2016.

Il devra ainsi vérifier la « recevabilité de la requête »<sup>1395</sup> puis s'enquérir de la réalité du consentement des parties<sup>1396</sup>, afin d'exclure d'éventuels erreurs ou dol. Il lui reviendra éventuellement d'analyser les troubles mentaux pouvant affecter le discernement de l'une des parties en cas. Il devra également superviser les mesures figurant dans la convention et organiser une audience, avec ou sans enfant, en fonction de chaque cas d'espèce.

---

<sup>1393</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

<sup>1394</sup> C. civ., art. 415.

<sup>1395</sup> CPC, art. 1099.

<sup>1396</sup> C. civ., art. 232, al. 1<sup>er</sup>.



Si, à la suite de l'audience, le juge est convaincu du bien fondé de la demande des époux, de la préservation de leurs intérêts ainsi que de ceux des enfants, il pourra alors homologuer<sup>1397</sup> la convention et prononcer le divorce<sup>1398</sup>, jugement non susceptible d'appel<sup>1399</sup> mais du seul pourvoi en cassation<sup>1400</sup>, faisant de la convention ainsi homologuée un accord quasiment « inattaquable »<sup>1401</sup>.

En revanche, si le juge garde un doute quant à un trouble ou un vice affectant le consentement, il sera tenu de rejeter la requête des époux, d'ajourner sa décision, en attendant la modification des clauses ayant soulevé sa désapprobation, si nécessaire dans un délai de six mois à compter de la décision<sup>1402</sup>. A défaut de modification, la convention sera considérée comme caduque<sup>1403</sup>. La plupart du temps, cela dit, le juge prononce le divorce.

#### b/ Le divorce contentieux avec intervention du juge

**598.** La loi de 2004, entrée en vigueur en 2005<sup>1404</sup>, a confirmé l'existence des trois cas de divorce contentieux, à savoir le divorce pour faute, pour acceptation du principe de la rupture du mariage ou pour altération définitive du lien conjugal.

L'innovation majeure de cette réforme réside dans le fait d'avoir cherché à dédramatiser le divorce, en particulier le divorce pour faute. Ce faisant, et alors qu'avant 2004, le divorce pour faute constituait le moyen le plus utilisé pour se séparer de manière définitive, il ne représente plus, en 2015, que 7% des divorces, quand celui pour acceptation du principe de la rupture du mariage culmine à 24,2% et à 13,3% pour l'altération définitive du lien conjugal<sup>1405</sup>.

La loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice<sup>1406</sup> a par ailleurs remanié en profondeur la procédure de divorce, applicable dans son ensemble à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2020.

---

<sup>1397</sup> Sur la procédure d'homologation : V. ÉGÉA, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 136 et s.

<sup>1398</sup> CPC, art. 1099, al. 3.

<sup>1399</sup> CPC, art. 1102.

<sup>1400</sup> CPC, art. 1086.

<sup>1401</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 314.

<sup>1402</sup> CPC, art. 1099, al. 2 ; art. 1100 al. 1<sup>er</sup> et 2.

<sup>1403</sup> CPC, art. 1101 al. 2.

<sup>1404</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, JORF n° 122 du 27 mai 2004.

<sup>1405</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 204.

<sup>1406</sup> Loi 2019-222 du 23 mars 2019.

En conséquence, les trois types de divorce contentieux français revêtent des aspects communs (i) tout en gardant quelques spécificités propres (ii – iii - iv).

*i. Caractéristiques communes aux trois divorces contentieux*

**599. Requête initiale.** - Le divorce autre que par consentement mutuel commence par la rédaction d'une requête, initiée par l'un des époux, formulée par avocat, présentée au juge<sup>1407</sup>.

En 2004, il avait été acté que les motifs du divorce ne devaient pas y être précisés<sup>1408</sup>, afin que la phase suivante se passe le plus sereinement possible, en évacuant par avance toute trace de grief.

Cet aspect a été rendu partiellement caduc puisque, depuis septembre 2020, les motifs doivent à l'inverse être précisés mais uniquement, il est vrai, dans le cas d'un divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage ou d'altération définitive du lien conjugal<sup>1409</sup>. En cas de divorce pour faute, le principe de la non-exposition des motifs est maintenu.

**600. Demande reconventionnelle.** - Dans les trois cas, le défendeur peut, en réponse à la demande principale, former une demande reconventionnelle, soit en divorce, soit en séparation de corps.

Si les deux demandes sont présentées en même temps, le juge est tenu d'examiner en premier lieu la demande en divorce et, à défaut, la demande en séparation de corps<sup>1410</sup>.

**601. Conciliation.** - Avant 2019-2020, les époux étaient invités à préparer l'audience par l'intermédiaire d'une conciliation.

Cette conciliation, comme son nom ne l'indiquait pas, n'avait pas vraiment pour but de chercher à réconcilier les époux : il s'agissait plutôt d'examiner les mesures provisoires<sup>1411</sup>, permettant d'organiser la vie courante pré-divorce, ainsi que la forme et les effets que l'on souhaitait donner au divorce<sup>1412</sup>, préparant le futur. La présence de chacune

---

<sup>1407</sup> C. civ., art. 251.

<sup>1408</sup> C. civ., art. 251 ; C. pr. civ., art.1106.

<sup>1409</sup> C. civ., art. 251 modifié.

<sup>1410</sup> S. CORNELOUP, *Droit européen du divorce = European divorce law*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 118.

<sup>1411</sup> C. civ., art. 254.

<sup>1412</sup> C. civ., art. 252, art. 252-2.

des parties était donc indispensable, et donnait lieu à des entretiens individuels puis collectifs<sup>1413</sup>. À l'issue de cette première phase, le juge rendait une ordonnance de non-conciliation, dispensant alors les époux de l'obligation de communauté de vie, mais non des autres devoirs conjugaux.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, la phase de la conciliation est définitivement enterrée. Désormais, les époux entrent directement dans le vif du sujet avec l'introduction de la demande en divorce<sup>1414</sup>. Concrètement, cela signifie que l'un des deux époux doit assigner l'autre en divorce<sup>1415</sup> ou, si certaines conditions sont réunies, déposer une requête conjointe<sup>1416</sup>. C'est à ce moment-là qu'est choisi le type de divorce contentieux, même s'il existe des possibilités de faire évoluer son choix.

Lors de la dernière audience, le juge, satisfait des prétentions évoquées par les parties, prononcera le divorce et en déterminera les conséquences, jugement cependant passible d'appel comme de pourvoi en cassation, mais également de révision et de tierce opposition.

*ii. Caractéristiques propres au divorce pour acceptation de la rupture du lien conjugal*

**602. Conséquences du divorce.** - Ce type de divorce, autrefois connu sous l'appellation « divorce sur demande acceptée » et qualifié de « divorce – faillite », se rapproche du divorce par consentement mutuel mais en une forme imparfaite<sup>1417</sup>. On retrouve ici l'importance accordée à la volonté des parties, qui, en l'espèce, doivent s'entendre sur le principe du divorce. À l'instar du divorce par consentement mutuel, les époux n'ont pas à mettre en avant les raisons les poussant à vouloir divorcer. La grande différence entre ces deux types de divorce réside dans le manque d'entente des époux à propos des conséquences de leur divorce<sup>1418</sup>, d'où l'intervention du juge, en charge de résoudre au mieux le différend.

---

<sup>1413</sup> C. civ., art. 252-1.

<sup>1414</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n° 0071 du 24 mars 2019, art. 22.

<sup>1415</sup> CPC, art. 1111.

<sup>1416</sup> CPC, art. 1123.

<sup>1417</sup> S. CORNELOUP, *Droit européen du divorce = European divorce law*, op. cit., p. 132.

<sup>1418</sup> C. civ., art. 233, CPC, art. 1124.

**603. Importance du consentement.** - Le juge entend des parties qu'elles aient mûrement réfléchi à leur décision de divorcer. C'est sans doute l'une des raisons qui a poussé le législateur à ôter toute possibilité aux parties de se rétracter quant à ce type de procédure choisie, même par voie d'appel<sup>1419</sup>.

Par ailleurs, et à l'instar du divorce par consentement mutuel déjudiciarisé, le législateur requiert la présence d'un avocat pour chacun des époux<sup>1420</sup>, afin de s'assurer que l'acceptation de ce type de divorce soit exempte de toute pression de l'autre partie.

Cet assentiment pourra se voir exprimer à tout moment au cours de la procédure<sup>1421</sup> et devra être vérifié par le juge<sup>1422</sup>.

*iii. Caractéristiques propres au divorce pour altération définitive du lien conjugal*

**604. Principe.** - L'ancien divorce pour rupture de la vie commune est une sorte d'intermédiaire entre les deux autres types de divorce contentieux.

Tout comme le divorce pour acceptation de la rupture du lien conjugal, aucune faute n'est à rapporter.

Cependant, contrairement au divorce pour acceptation de la rupture du lien conjugal, l'idée même du divorce n'est pas acceptée de manière conjointe par les époux<sup>1423</sup>.

En outre, contrairement au divorce pour faute, le rôle du juge quant à la détermination de l'altération définitive du juge est faible.

Celui qui impose le divorce à l'autre, c'est le conjoint désireux de couper les ponts de manière définitive, même si le conjoint défendeur qui souhaite rester marié désapprouve l'idée de divorce.

**605. Séparation.** - Le divorce pour altération définitive du lien conjugal requiert, première possibilité, de prouver une séparation. La durée de ladite séparation, appréciée à compter de la demande en divorce, a sensiblement varié en quelques années. Initialement

---

<sup>1419</sup> C. civ., art. 233, al. 2.

<sup>1420</sup> C. civ., art. 253, CPC, art. 1108.

<sup>1421</sup> CPC, art. 1123, al. 1er.

<sup>1422</sup> C. civ., art. 234.

<sup>1423</sup> C. civ., art. 237.

fixé à six ans, ce délai a été progressivement réduit à deux ans en 2004<sup>1424</sup> puis, depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2020, à un an<sup>1425</sup>. C'est donc la (courte) cessation de la communauté de vie qui justifie ici la mesure. Pouvant être établie par tout moyen, la séparation suppose une rupture de « la communauté de vie, tant matérielle qu'affective »<sup>1426</sup>.

On retrouve ici un aspect très proche du droit anglais : en effet, la rupture dont il est ici question implique, d'une part, une « désunion des corps »<sup>1427</sup>, une « absence de cohabitation »<sup>1428</sup>. Elle induit également une rupture psychologique traduisant la volonté de rompre la relation conjugale.

À titre d'exemple, le fait, pour un homme, de conserver de bonnes relations avec son épouse n'induisant « ni cohabitation, ni intimité d'existence » et surtout soulignant que le mari n'a pas « l'intention de vivre autrement que séparé de sa femme » caractérise bien une séparation de fait, a estimé la Cour de cassation par le passé<sup>1429</sup>.

La séparation doit être continue : en cas d'interruption du délai, les compteurs sont remis à zéro.

Une fois la preuve de la séparation du couple rapportée, le juge n'a guère de pouvoir d'appréciation. Il n'est pas autorisé à refuser une telle demande de divorce au prétexte que cette dernière lui semble peu opportune ou peu justifiée, voire dure pour le conjoint non consentant et/ou ses enfants. La clause d'exceptionnelle dureté n'a pas ici sa place<sup>1430</sup>.

**606. Demandes concurrentes.** - Il existe une deuxième possibilité d'arguer du divorce pour altération définitive du lien conjugal, qui nous conduit à examiner les cas de demandes concurrentes.

En cas de demande conjointe de divorce, l'une pour altération du lien conjugal, l'autre sur un autre fondement, le divorce sera prononcé pour altération définitive du lien conjugal, sans qu'il soit exigé de respecter le délai d'un an d'absence de vie commune<sup>1431</sup>.

En revanche, dans le cas où l'un des époux fait une demande de divorce pour faute tandis que l'autre fait une demande pour altération définitive du lien conjugal, le juge examinera en premier lieu la demande pour faute<sup>1432</sup>.

---

<sup>1424</sup> C. civ., art. 238.

<sup>1425</sup> C. civ., art. 238, al. 1 modifié.

<sup>1426</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 30 janvier 1980, *Bull. civ.* II, n° 17.

<sup>1427</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 217.

<sup>1428</sup> P. MURAT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 313.

<sup>1429</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 11 juillet 1979, n° 78-11.843, *Bull. civ.* II, n° 214.

<sup>1430</sup> C. civ., art. 240.

<sup>1431</sup> C. civ. art. 238, al. 2 modifié.

*iv. Caractéristiques propres au divorce pour faute*

**607.** On ne parle plus en France de divorce pour adultère ou pour condamnation à une peine criminelle depuis quelque temps déjà<sup>1433</sup>.

Depuis 1975, il n'y a plus qu'une notion de faute générale, dont on rapportera la preuve par tout moyen<sup>1434</sup>.

Au fur et à mesure, ce type de divorce a fini par acquérir une telle réputation qu'il a failli disparaître en 2004. S'il a été finalement maintenu<sup>1435</sup>, l'exigence de la gravité de la faute en question s'en est trouvée accrue. En l'état du droit français, ce schéma de divorce est celui qui se rapproche le plus de son équivalent anglais, voire italien. Désormais, le juge est invité à s'assurer de la réunion de divers éléments afin de pouvoir prononcer un divorce pour faute : ladite faute doit constituer une violation d'un des devoirs du mariage, doit être imputable à son auteur, doit être grave ou renouvelée et doit rendre le maintien de la vie commune intolérable, entre des époux ne s'étant pas réconciliés.

**608. Violation d'un devoir du mariage.** - La ou les faute(s) doit/doivent constituer une violation d'un des devoirs du mariage<sup>1436</sup>, ce qui inclut non seulement les devoirs de fidélité, de secours, d'assistance, de communauté de vie, de contribution aux charges mais également les nombreuses autres normes régissant toutes relations interindividuelles<sup>1437</sup>, telles les violences physiques et/ou morales, l'alcoolisme, le dénigrement, etc.

En ce qui concerne la notion de fidélité - d'infidélité, les juges visent tout autant la consommation sexuelle d'une des parties au mariage avec une autre personne que son conjoint, que de simples comportements infidèles, voire même le simple entretien de relations équivoques avec un tiers<sup>1438</sup>, allant bien plus loin, sur ce point, que leurs homologues anglais.

On notera que la violation de l'obligation de communauté charnelle n'est plus invoquée aussi souvent qu'autrefois. Cette notion de communauté charnelle englobe la non-consommation du mariage<sup>1439</sup>, le refus ultérieur du devoir conjugal<sup>1440</sup> ou encore

---

<sup>1432</sup> C. civ., art. 246.

<sup>1433</sup> En ce qui concerne l'adultère, depuis 1975 ; depuis 2004 pour la condamnation criminelle.

<sup>1434</sup> Constat d'adultère, lettres, témoignages, etc.

<sup>1435</sup> C. civ., art. 242.

<sup>1436</sup> Ce qui inclut, entre autres, la bigamie - Colmar, 13 mai 1994, Juris-Data n° 046695.

<sup>1437</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 219.

<sup>1438</sup> Versailles, 13 novembre 2014, RG n° 13/087336, *Dr. Fam.* 2015 Comm. 25.

<sup>1439</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 16 décembre 1963, *JCP* 1964.II.13660 – Amiens, 28 février 1996, *JCP* 1998.I.101, N.2.

<sup>1440</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4 octobre 1978, *D.* 1979. IR 211.

l'excès de pratiques sexuelles<sup>1441</sup>. Cependant, faire chambre à part n'est pas en soi une faute à la charge du mari<sup>1442</sup>. Le refus d'avoir des enfants n'est parfois pas sans lien avec l'obligation de communauté charnelle, sauf cas d'impuissance du mari ou de stérilité de l'un ou l'autre des époux. Le refus de se prêter à une fécondation *in vitro* ou de se soigner pour sa stérilité ne constitue pas en soi un comportement fautif, tout en étant révélateur d'un certain malaise conjugal<sup>1443</sup>.

**609. Imputable à son auteur.** - La faute doit être imputable à son auteur, ce qui a pour conséquence d'exclure celui qui n'a pas conscience de ses actes.

**610. Faute grave ou renouvelée.** - La faute doit être grave ou renouvelée, condition alternative et non cumulative<sup>1444</sup>.

La faute unique devra être suffisamment sérieuse.

Dans le cas d'une série de fautes moins graves, c'est l'accumulation qui finira par conférer le degré de gravité.

Quant à la faute de l'autre conjoint, elle pourra être prise en considération, aux termes de l'article 245 du Code civil<sup>1445</sup>, et potentiellement aboutir à un divorce prononcé au torts partagés ou à un refus de prononcer le divorce.

**611. Vie commune intolérable.** - La faute doit par ailleurs rendre le maintien de la vie commune intolérable, que le couple vive encore sous le même toit ou soit déjà séparé.

Comme le rappelle la Cour de cassation, ni la séparation de fait ni le dépôt d'une demande en divorce ne confèrent « aux époux, encore dans les liens du mariage, une immunité faisant perdre leurs effets normaux aux torts invoqués »<sup>1446</sup>.

**612. Réconciliation.** - Le couple ne doit pas s'être réconcilié depuis les faits allégués, sous peine de ne pas pouvoir invoquer la faute comme cause de divorce<sup>1447</sup>.

---

<sup>1441</sup> TGI Dieppe, 25 juin 1970, *Gaz. Pal.* 1970. 2.243.

<sup>1442</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 janvier 1994, 92-13.804, *Bull. civ.* 1994 II n° 28 – *contra* Poitiers, 1<sup>er</sup> juin 2005, RG n° 03/1654, JCP 2006.IV.2298.

<sup>1443</sup> Bordeaux, 7 juin 1994, *D.* 1996, Somm. 63.

<sup>1444</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 25 octobre 1995, *Bull. civ.* II, n°256.

<sup>1445</sup> C. civ., art. 245 : « Les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce n'empêchent pas d'examiner sa demande ; elles peuvent, cependant, enlever aux faits qu'il reproche à son conjoint le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce. Ces fautes peuvent aussi être invoquées par l'autre époux à l'appui d'une demande reconventionnelle en divorce. Si les deux demandes sont accueillies, le divorce est prononcé aux torts partagés ».

<sup>1446</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mars 2008, *Bull. civ.* I, n° 63.

Une simple reprise de la cohabitation ne suffit pas : il est nécessaire de prouver que celui qui a souffert de la faute de son conjoint a la volonté réelle et sincère de lui pardonner.

**613. Conclusion § 2.** - Il est désormais difficile de comparer les droits du divorce des trois États. Là où la France et l'Italie ont choisi de plus ou moins déjudiciariser leur divorce par consentement mutuel (bien que le nom soit impropre en droit italien), le système anglais maintient la place sacrée du juge. Là où la France a cherché à dédramatiser le divorce, en particulier le divorce pour faute, le divorce anglais continue, pour quelques mois encore cela dit, pour trois de ses *facts*, à déclarer un époux innocent quand l'autre est fautif. Là où le droit français offre un visage multiple en termes de fondements, les droits anglais et italien requièrent une condition préalable, la fin du mariage ou la fin de la communauté des époux. Il existe bien quelques similitudes entre le mariage pour faute français et certains aspects anglais et italiens, mais elles sont objectivement rares.

**614. Conclusion Section 1.** – Cette forte dissemblance entre le droit français du divorce d'un côté et le droit anglo-italien de l'autre s'explique en grande partie par la place ou l'absence de place occupée par certaines Églises dans chacun de ces États. L'Angleterre avec son Église établie ne peut pas se permettre d'accorder au divorce la place qu'il occupe en France, quand on sait que la religion anglicane, celle-là même qui est établie, ne tolère le divorce plus qu'elle ne l'accepte. La remarque est valable également pour l'Italie qui partage une partie de son territoire avec le Saint-Siège, résolument réfractaire à toute conception d'indissolubilité des liens du mariage. S'étant affranchie de telles contraintes, la France a pu développer d'autres principes dans le domaine du droit du divorce.

Il ne sera pas étonnant de retrouver ce même postulat lorsque le mariage civil va être amené à évoluer : un même principe adopté par les trois États, celui de l'union pour tous, empruntant des formes extrêmement variées.

---

<sup>1447</sup> C. civ., art. 244.



## Section 2 : Les (r)évolutions du mariage civil

**615. Principes religieux.** - Pendant des siècles, la question de savoir qui, c'est-à-dire « quel genre » pouvait se marier ne s'est pas posée.

Pour l'ensemble des sociétés, la chose a été longtemps entendue : les différences biologiques entre l'homme et la femme induisaient des rôles sociaux et des comportements différents. En conséquence, ils se voyaient soumis à un certain nombre de lois, parmi lesquelles figure celle relative au mariage, tenant compte de leurs différences physiques caractéristiques.

Le terme de « loi » n'est pas à prendre ici au sens strict d'une règle normative, abstraite, élaborée par un Parlement, d'application obligatoire ; ce faisant, on réduirait la notion de mariage aux seules normes édictées de manière récente<sup>1448</sup>.

Il faut à l'inverse y voir, de manière plus large, un principe général déterminant les hommes à observer des règles de conduite établies par un groupe, initialement composé de sages, par extension, de prêtres présidant à un culte. Ce sont eux qui, dès les premiers temps de l'humanité, jettent les bases d'un postulat simple : la survie du groupe dépend de la perpétuation de l'homme sur terre. Les connaissances scientifiques dont disposent ces hommes ne leur permettant pas d'envisager une descendance autrement que par l'union d'un homme et d'une femme, c'est donc de manière très naturelle qu'ils vont accorder une place fondamentale à l'union de deux êtres de sexe opposé, afin qu'ils soient « féconds », qu'ils se multiplient, qu'ils remplissent la terre<sup>1449</sup>.

Parce que la survie de l'espèce humaine est à l'époque en jeu, l'union de l'homme et de la femme renvoie à l'interdiction de l'homosexualité. Ainsi, le chapitre 18 du Livre du Lévitique précise « Tu ne coucheras pas avec un homme comme on fait avec une femme : c'est une abomination »<sup>1450</sup>. De l'infamie, on passe vite à la notion de crime, passible de la peine capitale « Si un homme couche avec un homme comme on fait avec une femme, ils ont fait tous deux une chose abominable, ils seront punis de mort : leur sang est sur eux »<sup>1451</sup>. L'homosexualité est considérée comme un péché d'autant plus grave qu'il risque de mener à la destruction « par le soufre et le feu », comme on a pu le voir avec Sodome et Gomorrhe<sup>1452</sup>.

---

<sup>1448</sup> C. c., art. 143 ; ancien C. civ., art. 144 ; *Marriage Act* de 1949, ancien S. 1.

<sup>1449</sup> Genèse, 1, 28 « Soyez féconds, multipliez, remplissez la terre ».

<sup>1450</sup> Lévitique, 18, 22.

<sup>1451</sup> Lévitique, 20, 13.

<sup>1452</sup> Genèse, 18 et 19.

Genèse et Lévitique sont repris par les Chrétiens, qui conservent les textes fondateurs hébraïques, tout en élaborant également de nouveaux récits intégrés dans le Nouveau Testament. Il semble que seul saint Paul de Tarse revienne explicitement sur le sujet de l'homosexualité. Ainsi, il condamne les idolâtres dans son épître aux Romains<sup>1453</sup>, puis s'en prend aux pécheurs en général dans son épître aux Corinthiens<sup>1454</sup>, ce qui, dans les deux cas, inclut les homosexuels. Le Christ, lui, ne dit à ce sujet ; nul ne saurait donc déduire de ses faits et gestes une opinion précise. Son message le plus connu reste cependant antinomique à tout rejet des hommes, pécheurs ou non, homosexuels ou non : « Je vous donne un commandement nouveau : c'est de vous aimer les uns les autres. Comme je vous ai aimés, vous aussi aimez-vous les uns les autres »<sup>1455</sup>.

Troisième religion du Livre, l'islam s'inspire également de la Bible hébraïque et intègre à son tour l'histoire de Loth, ce neveu d'Abraham au centre du drame de Sodome. La religion musulmane compare l'homosexualité à une « turpitude » permettant d'assouvir ses « désirs charnels avec les hommes au lieu des femmes ! Vous êtes bien un peuple outrancier »<sup>1456</sup>. Reprise par une majorité de législations d'États appliquant le droit musulman, l'homosexualité continue à être encore non seulement discriminée mais surtout pénalement condamnée<sup>1457</sup>.

**616. Tournant des années 60-70.** - Le poids de la morale tirée des grandes religions monothéistes évolue à partir des années 1960-1970<sup>1458</sup>. Les progrès scientifiques, les évolutions morales et sexuelles, les grandes premières technologiques, les révolutions politiques de ces années audacieuses amènent à se poser la question de la différence, non plus en des termes biologiques mais autour de notions sociales et culturelles. Progressivement, nature biologique et identité sexuelle vont cesser d'être liées.

Les grandes religions vont être amenées à se positionner sur ces évolutions en général, sur celles liées au mariage en particulier, de manière relativement uniforme.

Si, en 2011, le grand rabbin de France Gilles Bernheim accepte de signer une déclaration contre toute violence homophobe lors de la Journée mondiale contre

---

<sup>1453</sup> Romains, 1, 24-32.

<sup>1454</sup> Co, 6, 9-10.

<sup>1455</sup> Jn, 13, 35-35.

<sup>1456</sup> Sourate Al Aaraf 7.

<sup>1457</sup> Peines de prison, jusqu'à la peine de mort dans les pays appliquant de manière stricte la *sharia*, souvent pour *hudūd*, peine ordonnée par Dieu.

<sup>1458</sup> A. OPROMOLLA, "Law, Gender and Religious Belief in Europe", *Ecc LJ*, 9, 2007, p. 161 et s.

l'homophobie<sup>1459</sup>, le ton change en octobre 2012, quand se profile le projet de loi du mariage et l'adoption pour tous en France<sup>1460</sup> : « cheval de Troie », « combat », « destruction », « négation », le grand rabbin dénonce les militants LGBT qui chercheraient à détruire « le mariage et la famille, tels qu'ils sont traditionnellement conçus »<sup>1461</sup>. L'argumentaire ne repose certes plus tant sur des conceptions purement religieuses que sur des références anthropologiques, « sur une transcendance non religieuse »<sup>1462</sup>. Il est à noter que l'opinion du judaïsme consistorial n'est pas soutenue par le courant juif libéral ou réformé, minoritaire en France mais aujourd'hui majoritaire aux États-Unis<sup>1463</sup>, qui a indiqué, dès 1990, que « tous les juifs étaient religieusement égaux quelle que fût leur orientation sexuelle » et, à l'automne 2012, que « l'homosexualité ne posait pas de problèmes avec l'éthique juive »<sup>1464</sup>.

Le Conseil permanent luthéro-réformé a, quant à lui, émis un texte en 2004 suggérant un « accueil inconditionnel des personnes homosexuelles » mais des « réserves à l'égard d'un culte public de bénédiction de couples homosexuels »<sup>1465</sup>, un texte jugé trop libéral par les Églises réformées évangéliques<sup>1466</sup>. En juin 2015, la Fédération protestante de France a rappelé la diversité d'opinions protestantes sur le sujet : « Le synode de l'Église protestante Unie de France réuni du 14 au 17 mai 2015 à Sète a décidé d'ouvrir la possibilité de la pratique d'une bénédiction liturgique pour les couples mariés de même sexe au terme d'un conséquent processus de discernement et de discussion interne. Les quatre pages de la résolution « Bénir, Témoins de l'Évangile dans l'accompagnement des personnes et des couples » méritent d'être considérées dans leur intégralité. La Fédération protestante rappelle que cette décision du synode de l'EPUDF n'engage pas l'ensemble du protestantisme français ni l'intégralité de ses membres. Par ailleurs, une autre Église membre de la Fédération protestante de France, la Mission populaire évangélique, s'était antérieurement prononcée favorablement sur le sujet. De son côté, l'Union des Églises

<sup>1459</sup> M. GROSS, « Les rabbins français face à l'homosexualité et à l'homoparentalité », in F. ROCHEFORT, M. E. SANNA, P. PORTIER *et al.*, *Normes religieuses et genre*, Paris, Armand Colin, 2013, p. 50.

<sup>1460</sup> Sources : <http://archeologie-copier-coller.com/wp-content/uploads/2013/04/A-jour-8-avril-2013.-SURLIGNAGE-ESSAI-HOMOPARENTALIT%C3%89-GILLES-BERNHEIM.pdf>

<sup>1461</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>1462</sup> E. FASSIN, « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », in E. FASSIN, D. BORILLO et M. IACUB (dir.), *Au-delà du PACS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris : PUF, 1999, p. 98-100.

<sup>1463</sup> M. GROSS, « Les rabbins français face à l'homosexualité et à l'homoparentalité », in F. ROCHEFORT, M. E. SANNA, P. PORTIER *et al.*, *Normes religieuses et genre*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>1464</sup> *Ibid.*, p. 52-53.

<sup>1465</sup> Sources : [http://www.protestants.org/fileadmin/user\\_upload/Protestantisme\\_et\\_Societe/archives/2002-10-00-Dossier\\_Eglise\\_et\\_homosexualite\\_.pdf](http://www.protestants.org/fileadmin/user_upload/Protestantisme_et_Societe/archives/2002-10-00-Dossier_Eglise_et_homosexualite_.pdf)

<sup>1466</sup> J.P. WILLAIME, « Diversité protestante et homosexualité en France », in F. ROCHEFORT, M. E. SANNA, P. PORTIER *et al.*, *op. cit.*, p. 71-79.

Protestantes d'Alsace et de Lorraine avait en juin 2014 décidé de surseoir pour donner plus de temps au débat. D'autres Églises, notamment celles membres de la coordination évangélique de la FPF<sup>1467</sup>, se sont prononcées de manière répétée contre toute perspective de bénédiction liturgique pour un couple marié de même sexe »<sup>1468</sup>. Tolérance, acceptation, ouverture : oui ; bénédiction : oui, pour quelques uns, non pour beaucoup d'autres.

Pendant des siècles, lorsque Rome mentionnait un point évoquant, même de loin, la sexualité, c'était quasiment de manière toujours négative et répressive<sup>1469</sup>. Il faut attendre les années 60, l'arrivée sur le trône pontifical de Paul VI (1963-1978) et son encyclique *Humanae Vitae*<sup>1470</sup>, puis de Jean XXIII (1958-1963), Jean-Paul II (1978-2005), Benoît XVI (2005-2013) et François (depuis 2013), pour que, lentement, les lignes se mettent à bouger sur ce plan. L'acte sexuel révèle, nous précise Jean-Paul II, une « exigence de communion »<sup>1471</sup>, « un langage au service de l'amour »<sup>1472</sup>. Cette « affirmation de la dignité de l'amour sexuel »<sup>1473</sup>, encadrée et reposant sur les notions de mariage, de fidélité et d'indissolubilité, est cependant réservée aux couples hétérosexuels. Faut-il voir dans les propos du pape François, « Si une personne est gay et cherche le Seigneur avec bonne volonté, qui suis-je pour la juger ? »<sup>1474</sup>, l'ébauche d'un tournant sur ce sujet sensible des couples homosexuels ? Sans doute, si l'on s'en tient en outre à la déclaration d'octobre 2020, par laquelle le pape affirme que « Les personnes homosexuelles ont le droit d'être en famille. Ce sont des enfants de Dieu, elles ont le droit à une famille »<sup>1475</sup>. La page n'est cependant pas encore tournée sur ce sujet précis.

Du côté de culte musulman, il semble à l'inverse que, dans l'ensemble, le ton contre l'homosexualité se durcisse, comme on a pu le voir lors des débats et des

---

<sup>1467</sup> Par coordination évangélique de la FPF, il faut entendre la réunion des Églises et unions d'Églises adventistes, baptistes, charismatiques, libristes, méthodistes, pentecôtistes, salutistes, membres de la Fédération.

<sup>1468</sup> Source : [http://www.protestants.org/fileadmin/user\\_upload/Protestantisme\\_et\\_Societe/archives/2015-06-20-Declaration\\_du\\_conseil\\_de\\_la\\_FPF.pdf](http://www.protestants.org/fileadmin/user_upload/Protestantisme_et_Societe/archives/2015-06-20-Declaration_du_conseil_de_la_FPF.pdf)

<sup>1469</sup> R. CARNAC, « S'adapter pour mieux résister : la théologie de la sexualité de Jean-Paul II », in F. ROCHEFORT, M. E. SANNA, P. PORTIER *et a.*, *Normes religieuses et genre*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>1470</sup> Lettre encyclique *Humanae vitae* de S.S. le pape Paul VI sur le mariage et la régulation des naissances, 25 juillet 1968.

<sup>1471</sup> Source : [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/fr/homilies/2000/documents/hf\\_jp-ii\\_hom\\_20001015\\_families.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/fr/homilies/2000/documents/hf_jp-ii_hom_20001015_families.html)

<sup>1472</sup> Source : [https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/angelus/1994/documents/hf\\_jp-ii\\_ang\\_19940626.html](https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/angelus/1994/documents/hf_jp-ii_ang_19940626.html)

<sup>1473</sup> R. CARNAC, « S'adapter pour mieux résister : la théologie de la sexualité de Jean-Paul II », in F. ROCHEFORT, M. E. SANNA, P. PORTIER *et a.*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>1474</sup> Réponse à un journaliste, dans l'avion qui ramène le pape des JMJ de Rio, en 2013.

<sup>1475</sup> Déclaration papale le 21 octobre 2020, à l'occasion de la Fête du cinéma de Rome.

manifestations sur le mariage pour tous en France<sup>1476</sup>. Ainsi, Monsieur Mohammed Moussaoui, président du CFCM depuis 2020, écrit à ce propos que « la non-conformité du « mariage homosexuel » avec les principes de la jurisprudence musulmane fait l'unanimité au sein de toutes les écoles juridiques musulmanes »<sup>1477</sup>. Une position soutenue par Monsieur Dalil Boubakeur, alors recteur de la grande mosquée de Paris : « Ce sont les textes sacrés qui disent que cette pratique [l'homosexualité] a mené Sodome et Gomorrhe à être détruites par Dieu »<sup>1478</sup>. Et pourtant, même sur le terrain musulman, les mentalités évoluent : il n'est que de s'intéresser aux déclarations de Monsieur Tareq Oubrou, théologien et recteur de la mosquée de Bordeaux, condamnant résolument l'homophobie, ou de citer le mariage de deux musulmans en 2012<sup>1479</sup> ainsi que l'ouverture d'une mosquée inclusive, ouverte aux musulmans LGBT, le tout rendu possible par l'association Homosexuels musulmans de France (HM2F), fondée par Monsieur Ludovic-Mohamed Zahed en 2010. Extrêmement minoritaire, ce mouvement, issu des courants américains *Gay Muslims* ou *Queers Muslims*, héritier du « féminisme islamique »<sup>1480</sup>, a certes du mal à émerger en Europe dans un monde dominé par les Frères musulmans, très conservateurs en général et franchement hostiles aux homosexuels. Il n'en demeure pas moins que cette prise de position vient renforcer tous ceux qui, parmi les musulmans, et en particulier les musulmans européens, cherchent à rouvrir la porte de l'*ijtihad* (ou l'effort d'interprétation des textes religieux).

**617.** Face à la résistance des diverses religions à l'ouverture de l'institution du mariage aux couples homosexuels, les pouvoirs publics vont prendre le temps d'auditionner les représentants des grandes confessions afin de mieux comprendre leurs appréhensions, démarche habituelle en Angleterre et en Italie, plus récente en France. C'est ainsi que nos États vont offrir aux couples de même sexe mais également de sexes opposés un statut parallèle au mariage, en une sorte de *satisfecit* général permettant d'éviter d'ouvrir le mariage à tous, tout en offrant « un statut propre, construit à côté du mariage »<sup>1481</sup> (§1). Ce

---

<sup>1476</sup> F. BERGEAUD-BLACKLER, « Normes islamiques de sexualité : l'émergence des « Gay Muslims » en Europe », in F. ROCHEFORT, M. E. SANNA, P. PORTIER *et a.*, *op. cit.*, p. 234.

<sup>1477</sup> Source : <https://ec.cef.fr/wp-content/uploads/sites/2/2014/05/projet-de-loi-mariage-pour-tous-cfcm-vf.pdf>

<sup>1478</sup> Source : <https://www.europe1.fr/societe/Mariage-gay-et-du-cote-de-l-islam-395792>

<sup>1479</sup> Source : [https://www.lepoint.fr/invites-du-point/sihem-souid/un-mariage-homosexuel-entre-musulmans-13-04-2012-1451207\\_421.php](https://www.lepoint.fr/invites-du-point/sihem-souid/un-mariage-homosexuel-entre-musulmans-13-04-2012-1451207_421.php)

<sup>1480</sup> F. BERGEAUD-BLACKLER, « Normes islamiques de sexualité : l'émergence des « Gay Muslims » en Europe », in F. ROCHEFORT, M. E. SANNA, P. PORTIER *et a.*, *Normes religieuses et genre*, *op. cit.*, p. 240.

<sup>1481</sup> H. FULCHIRON, « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », *RID comp.*, 58, 2006, p. 410.

n'est qu'une fois cette situation assimilée qu'ils iront plus loin, en proposant le mariage à tous, c'est-à-dire aux couples aussi bien hétérosexuels qu'homosexuels, « aboutissement logique nécessaire d'une évolution toute naturelle »<sup>1482</sup> (§2).

L'adage posé par le juriste Modestin il y a deux mille ans selon lequel le mariage se définit comme « l'union de l'homme et de la femme »<sup>1483</sup> n'est plus exclusif.

## § 1 : Les partenariats enregistrés

**618.** Les trois États ont tous fini par accepter l'idée du partenariat enregistré.

D'un point de vue strictement chronologique, la France a ouvert la voie en 1999 et a été suivie par l'Angleterre en 2004 ; l'Italie a, quant à elle, intégré dans son ordre juridique l'idée d'une union entre personnes de même sexe en 2016.

Ces dix-sept années qui séparent la France de l'Italie, pour frappantes qu'elles puissent paraître dans un monde soumis au diktat de l'immédiateté, ne constituent pas l'élément le plus marquant de la façon dont les divers États ont fini par accéder à la reconnaissance des unions homosexuelles. Ce qui frappe le plus réside en effet dans la manière dont cette reconnaissance s'est effectuée, c'est-à-dire dans la résistance tant des organisations religieuses que des États eux-mêmes.

En dehors des États scandinaves, toujours en pointe sur de nombreux sujets de société, force est de constater que très peu d'États ont spontanément pris l'initiative des partenariats enregistrés. L'élan a été impulsé d'ailleurs, en particulier depuis le Parlement européen, qui a joué un rôle phare, bien que n'ayant pas de force contraignante en la matière. C'est en effet par voie de résolutions et de rapports que l'instance parlementaire de l'Union européenne s'est exprimée, et cela plus d'une fois, sur la nécessité de reconnaître aux couples homosexuels des droits équivalents à ceux des couples hétérosexuels en matière de mariage, ou à tout le moins d'une forme d'union.

Le Parlement de la Communauté européenne s'exprime ainsi une première fois le 8 février 1994, en soulignant le « caractère criminel et discriminatoire » de certaines législations nationales quant « aux agissements sexuels entre personnes de même sexe »<sup>1484</sup>

---

<sup>1482</sup> *Ibid.*, p. 411.

<sup>1483</sup> J.-L. THIREAU, *Histoire du droit de la famille*, op. cit., p. 13.

<sup>1484</sup> Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté Européenne. Parlement Européen - 8 février 1994, Journal officiel n° C 313 du 12/10/1998, p. 0186, § 5. Source : [http://semgai.free.fr/contenu/droit/droit\\_de\\_la\\_famille/europe\\_resolution\\_8\\_02\\_94.html](http://semgai.free.fr/contenu/droit/droit_de_la_famille/europe_resolution_8_02_94.html).

et demande expressément « que soit mis un terme à l'inégalité de traitement des personnes de même tendance sexuelle au niveau des dispositions juridiques et administratives »<sup>1485</sup>.

Ladite résolution vise par ailleurs, dans un paragraphe à part, et de manière très spécifique, le Royaume-Uni<sup>1486</sup> et lui demande d'abolir « ses dispositions discriminatoires visant à freiner la soi-disant propagation de l'homosexualité ». L'Angleterre puis le Royaume-Uni ont longtemps considéré l'homosexualité, communément qualifiée de sodomie, comme *a criminal offence* pouvant mener à la pendaison, aux termes du *Buggery Act* de 1533<sup>1487</sup>, adopté dès le règne d'Henry VIII. Si la peine de mort pour homosexualité est abolie en 1861 par l'*Offences Against the Person Act*<sup>1488</sup>, les actes homosexuels masculins n'en demeurent pas moins illégaux. Il faut attendre le *Sexual Offences Act* de 1967<sup>1489</sup> pour que s'assouplisse un tant soit peu la législation anti-homosexuelle anglaise. L'Angleterre accepte alors de dépénaliser les actes homosexuels à condition que soient réunis les trois éléments suivants : l'acte doit être consenti, accompli dans un endroit privé, avec des personnes ayant atteint l'âge de vingt-et-un ans. D'interprétation et d'application très restrictives<sup>1490</sup>, la loi est finalement implicitement abrogée par l'adoption en 2003 d'un nouveau *Sexual Offences Act*<sup>1491</sup>. En 2017, le *Policing and Crime Act*<sup>1492</sup>, plus communément appelé *the Alan Turing Law*, revient sur cet épisode douloureux et demande officiellement des « *posthumous pardons* » à ces milliers d'hommes qui ont eu le choix entre la prison et la castration chimique.

La résolution européenne vise également la fameuse *Section 28*, article inséré dans le *Local Government Act* de 1988<sup>1493</sup>, qui interdisait la promotion de l'homosexualité, *via* l'enseignement ou la publication (« *Prohibition on promoting homosexuality by teaching or by publishing material* »<sup>1494</sup>). Plus exactement, l'autorité locale ne devait pas promouvoir l'homosexualité de façon intentionnelle, ne devait pas publier de documents dans l'intention de promouvoir l'homosexualité, ne devait pas promouvoir l'enseignement de l'acceptabilité de l'homosexualité dans une école publique, en faisant penser qu'une

---

<sup>1485</sup> *Ibid.*, § 7.

<sup>1486</sup> *Ibid.*, § 8.

<sup>1487</sup> *Buggery Act* de 1533.

<sup>1488</sup> *Offences Against the Person Act* de 1861.

<sup>1489</sup> *Sexual Offences Act* de 1967.

<sup>1490</sup> La notion de *private space* était définie de manière particulièrement limitée : une chambre d'hôtel n'était pas privée ; une chambre chez l'habitant, non plus si une tierce personne pouvait se trouver dans la maison/appartement, etc., sans oublier les WC publics, source de polémiques et d'une jurisprudence abondante.

<sup>1491</sup> *Sexual Offences Act* de 2003.

<sup>1492</sup> *Policing and Crime Act* de 2017, Part 9, chapter 1, 164.

<sup>1493</sup> *Local Government Act* de 1988.

<sup>1494</sup> Source : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/9/section/28>

famille *gay* constituait une « *pretended family relationships* », ne devait pas promouvoir le style de vie *gay* (« *a gay lifestyle* »). Extrêmement controversé, longtemps source de manifestations régulières, l'article 28 a été finalement abrogé par la *S. 122 du Local Government Act* de 2003<sup>1495</sup>.

À la date de la première résolution du Parlement européen, on le voit bien, la législation anglaise et britannique<sup>1496</sup> est donc encore particulièrement sévère contre les homosexuels, ce qui explique que cet État soit tout spécialement pointé du doigt par l'instance européenne.

La résolution parlementaire ne s'arrête pas là et demande explicitement, en s'adressant à tous cette fois, que « l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes » soit levée. En outre, elle recommande de « garantir l'ensemble des droits et des avantages du mariage, ainsi qu'autoriser l'enregistrement des partenariats »<sup>1497</sup>.

L'idée est lancée, le Parlement européen ne reviendra pas dessus. Face au nombre peu élevé d'États ayant suivi sa résolution de 1994, il réitère sa demande, en 2001<sup>1498</sup>, dans deux articles<sup>1499</sup>. Une fois de plus, il recommande aux États membres de modifier « leur législation dans le sens d'une reconnaissance des relations non maritales entre personnes du même sexe ou de sexes différents et l'attribution de droits égaux à ces personnes ». En outre, il suggère d'inscrire « à l'ordre du jour de l'Union européenne la question de la reconnaissance mutuelle des relations non maritales reconnues légalement ».

Sur sa lancée, le Parlement rédige le 12 décembre 2002 un rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne<sup>1500</sup>, dans lequel il « recommande aux États membres de reconnaître les relations non maritales, tant entre personnes de sexe différent qu'entre personnes du même sexe, et d'associer à ce type de relations des droits égaux à ceux qui découlent du mariage ; invite les États membres à élargir le concept du mariage aux personnes du même sexe ; demande instamment à l'Union européenne

---

<sup>1495</sup> Source : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/26/section/122>

<sup>1496</sup> Sur ces points bien précis, l'Écosse et l'Irlande du Nord ont leur propre législation, qui se rejoignent parfois.

<sup>1497</sup> Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté Européenne. *Op. cit.*, § 14.

<sup>1498</sup> Résolution sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne, 5 juillet 2001, 2000/2231 (INI).

<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2001-0401+0+DOC+XML+V0//FR>

<sup>1499</sup> *Ibid.*, n° 84 et 85.

<sup>1500</sup> Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2001) (2001/2014 (INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0451+0+DOC+XML+V0//FR>



d'inscrire à l'agenda politique la reconnaissance mutuelle des relations non maritales et du mariage entre personnes du même sexe et d'élaborer des propositions concrètes en la matière »<sup>1501</sup>.

En 2003, le Parlement européen, tenace, reprend, pratiquement mot pour mot, ses recommandations en matière de relations non maritales, dans un nouveau rapport<sup>1502</sup>, se faisant cette fois plus insistant : il « demande *une fois encore*<sup>1503</sup> aux États membres d'abolir toute forme de discrimination - législatives ou *de facto* - dont sont encore victimes les homosexuels, notamment en matière de droit au mariage et d'adoption d'enfants » ; il « recommande aux États membres, d'une manière générale, de reconnaître les relations qui ne sont pas fondées sur le mariage - tant entre personnes de sexes différents qu'entre personnes de même sexe - et à donner à ces personnes des droits identiques à ceux qui sont reconnus aux personnes mariées, notamment en prenant les dispositions qui s'imposent afin de permettre la libre circulation des couples dans l'Union »<sup>1504</sup>.

**619.** En parallèle du rôle du Parlement européen, soulignons également celui de la CEDH qui, à l'occasion de diverses décisions<sup>1505</sup>, a participé à l'ouverture des unions aux personnes de même sexe en s'appuyant sur l'interdiction de la discrimination au titre de son article 14.

La Cour a donc eu maintes occasions de réitérer sa position : les différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle exigent d'être particulièrement justifiées afin d'être compatibles avec les prescriptions de la CEDH, la marge des États membres étant en l'espèce étroite<sup>1506</sup>.

Par la suite, la Cour de Strasbourg a finalement accepté d'élargir la question des couples homosexuels à la protection de la vie de famille, sous les auspices de l'article 8<sup>1507</sup>. Si la Cour n'a jamais cherché à imposer le mariage pour tous, elle a en revanche rappelé

---

<sup>1501</sup> *Ibid.*, art. 82 à 84.

<sup>1502</sup> Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2002) (2002/2013 (INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0281+0+DOC+XML+V0//FR>

<sup>1503</sup> Nous soulignons.

<sup>1504</sup> *Ibid.*, art. 81 et 85.

<sup>1505</sup> CEDH, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, n° 33290/96 – CEDH, *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999, n° 31417/96 et 32377/96 – CEDH, *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, n° 43546/02.

<sup>1506</sup> K. NORRIE, "Accommodating religion to the gay equality imperative in family law", in J. MAIR & E. ÖRÜCÜ, *The place of religion in family law*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2011, p. 311.

<sup>1507</sup> CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, n° 30141/04.

l'importance d'offrir aux couples non hétérosexuels une forme de protection juridique non discriminante dans le cadre d'une vie de couple et de famille.

**620.** Au début des années 2000, la plupart des États membres ont définitivement modifié leur législation en matière de partenariats enregistrés ou sont sur le point de le faire. Seule l'Italie suivra bien plus tard.

Cependant, tous les États n'ont pas adopté le même modèle. Fidèle à sa vision contractualiste du mariage, la France inaugure le PACS ouvert à tous, hétérosexuels comme homosexuels (A). L'Angleterre, dans un premier temps, et l'Italie s'y refusent et n'accordent leur *civil partnership* ou leur *unione civile* qu'aux seuls couples homosexuels (B), même si l'Angleterre a très récemment fait évoluer sa législation sur ce point.

#### **A/ Le PACS, entre concubinage et mariage, une illustration de la thèse contractualiste française**

**621. Genèse.** - En amont de l'introduction du PACS dans l'ordre interne français, on trouve bien sûr les rapports, conseils et recommandations du Parlement européen, mentionnés ci-dessus, incitant les États membres à ouvrir leur législation aux couples non-hétérosexuels, l'activisme des groupes LGBT, en particulier celui des associations ACT-UP et AIDES<sup>1508</sup> et les questionnements face au ravage du VIH et du SIDA.

On est en outre face à un vide juridique. Les couples de l'époque ont en effet le choix entre le mariage, qui requiert un homme et une femme, et le concubinage, qui suppose également d'être de sexe différent<sup>1509</sup>. Les couples homosexuels ne sont donc pas reconnus d'un point de vue juridique. C'est ce vide juridique que certains parlementaires français vont chercher à combler, en proposant pas moins de onze propositions de loi<sup>1510</sup> en préalable à la loi de 1999<sup>1511</sup>.

Soulignons par ailleurs qu'à cette même époque, le nombre d'unions libres s'est multiplié et que le nombre d'enfants nés hors mariage a fortement augmenté. La

---

<sup>1508</sup> L. FRANCOZ TERMINAL, « Registered partnership in France », in J. M. SCHERPE & A. HAYWARD (dir.), *The future of registered partnerships*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2017, p. 156.

<sup>1509</sup> Cass. soc. 11 juillet 1989, n° 86-10665, *Bull. civ.* 1989 V n° 515 et Cass. civ. 3e, 17 décembre 1997 n° 95-20779, *Bull.* 1997 III n° 225.

<sup>1510</sup> Propositions de loi à retrouver sur le site du Sénat : [http://www.senat.fr/rap/198-258/198-258\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/198-258/198-258_mono.html)

<sup>1511</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF* n° 265 du 15 novembre 1999.

conjugalité et la parentalité hors mariage sont en train de transformer indéniablement le paysage français.

Le PACS va également chercher à offrir une protection à ces nouvelles formes de couples hors mariage.

Il en résulte une grande particularité du partenariat enregistré à la française, qui vise à accorder, pour diverses raisons, des droits à des personnes jusque là sans réelle existence légale. Pour la première fois, une loi matrimoniale française va prendre en compte tous les couples, indépendamment de leurs orientations sexuelles.

**622.** Afin de distinguer clairement le PACS du mariage tout en lui reconnaissant une valeur supérieure à la simple cohabitation, les législateurs vont à la fois insister sur sa nature contractuelle et sur la notion de vie commune qu'il implique (1). Avec le temps, il est cependant devenu difficile de le différencier nettement du mariage civil (2).

## **1/ Éléments essentiels du PACS**

**623.** Le PACS est un contrat matrimonial ouvert à tous, à partir du moment où il existe une réelle volonté de vivre ensemble.

**624. Nature contractuelle.** - Au moment de l'adoption des lois relatives au mariage, tant à l'époque révolutionnaire, napoléonienne qu'ultérieure, les rédacteurs des lois et du Code ont toujours opté pour une interprétation contractualiste du mariage, justifiant ainsi l'adoption d'un certain nombre de nouvelles mesures, en particulier celle du divorce.

Cependant, ils ont également toujours soigneusement évité de définir le mariage sous cet angle, préférant d'ailleurs n'apporter aucune définition au terme « mariage ».

Le législateur de 1999, à propos du PACS, est cette fois très clair : nous sommes sans équivoque face à un contrat, l'article 515-1 du Code civil définissant le pacte civil de solidarité comme « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

**625. Vie commune.** - Ce contrat suppose le respect d'un élément fondamental, celui de la vie commune, ce qui « ne recouvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes » mais « suppose,

outre une résidence commune, une vie de couple »<sup>1512</sup>, ce qui normalement mais pas nécessairement induit des relations sexuelles<sup>1513</sup>.

Nous sommes donc en présence d'un contrat relevant du statut des personnes, bien que tout le monde ne soit pas visé par le PACS : même si le mot « solidarité » figure dans son sigle, le PACS n'est pas ouvert, par exemple, aux membres d'une même famille ou aux amis. Il exclut donc ceux qui, pour diverses raisons, apprécieraient de simplement vivre ou de partager des charges ensemble.

## 2/ Un contrat différent du mariage civil

**626. Quelques différences claires** - Grande était la peur, à l'époque, de fragiliser l'institution du mariage. Le parlement français a donc tout fait pour éviter d'offrir au PACS une nature symbolique proche de celle du mariage.

Ainsi, l'âge de la formation du pacte civil est fixé à 18 ans, un seuil qui ne souffre d'aucune exception, contrairement au mariage<sup>1514</sup>.

Dans un premier temps, le PACS était en outre enregistré auprès du greffe du Tribunal d'Instance. Si l'officier de l'état civil du lieu de naissance de chaque pacsé était tenu informé de l'officialisation de l'union du couple, la cérémonie n'avait donc pas lieu à la mairie.

**627. Différence qui s'estompe.** - Cependant, avec le temps, la différence PACS-mariage civil s'est estompée sur ce dernier point, modifié récemment<sup>1515</sup> : désormais, un couple désirant se pacser se présentera à l'officier de l'état civil, un changement législatif initialement envisagé non point pour rapprocher le PACS du mariage mais pour alléger la charge des tribunaux<sup>1516</sup>.

---

<sup>1512</sup> H. FULCHIRON, « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », *loc. cit.*, p. 413 : v. Cons. const., décision n° 99-419, DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*.

<sup>1513</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017, n° 16-18.685, AJF 2017, 363, obs. P. Hilt.

<sup>1514</sup> Dans ce dernier cas, en effet, le Procureur de la République peut être amené à intervenir si les futurs époux ont entre seize et dix-huit ans.

<sup>1515</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

<sup>1516</sup> L. FRANCOZ TERMINAL, "Registered partnership in France", in J. M. SCHERPE & (A.) HAYWARD (dir.), *The future of registered partnerships*, *op. cit.*, p. 164.

Depuis 2011<sup>1517</sup>, le PACS peut également être enregistré devant notaire ; à ce dernier d'en informer ensuite l'officier de l'état civil du lieu de naissance de chaque pacsé.

**628. Nature contractuelle.** - La différence PACS-mariage civil s'avère par ailleurs délicate de par la nature du PACS. On retrouve en effet inévitablement un certain nombre d'éléments communs inhérents aux contrats, donc au mariage civil.

Ainsi, les parties doivent consentir librement à leur union ; un PACS peut donc être déclaré nul en cas d'erreur, de dol ou de violence<sup>1518</sup>.

Les futurs pacsés doivent être libres<sup>1519</sup>, c'est-à-dire ne pas être engagés dans une union précédente non dissolue, qu'il s'agisse d'un mariage ou d'un autre PACS.

En outre, ils ne doivent pas être considérés comme trop proches, selon les degrés d'affinité et de consanguinité prévus par la loi<sup>1520</sup>.

**629. Pas de mariage religieux ultérieur.** – La réelle différence restant entre le mariage civil et le PACS<sup>1521</sup> est que ce dernier ne peut être suivi par une cérémonie religieuse, détachant donc clairement ici forme de vie commune et religion<sup>1522</sup>. Seul le mariage civil, célébré en premier lieu, autorise un couple à franchir la porte d'une synagogue ou d'un église.

Comme le souligne Madame Françoise Alt-Maes, « en tant que contrat, il s'éloigne du concubinage, union de fait, et reste étranger au mariage qui demeure une institution »<sup>1523</sup>.

**630.** Le PACS est un instrument hybride, prompt à satisfaire beaucoup de monde, considéré comme un « quasi-mariage »<sup>1524</sup>. Son succès réel ne se dément ni avec le temps ni même avec l'introduction du mariage ouvert à tous<sup>1525</sup>. Le plus étonnant sans doute est

---

<sup>1517</sup> Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JORF n° 0047 du 29 mars 2011.

<sup>1518</sup> C. civ., art. 1109.

<sup>1519</sup> C. civ., art. 515-2.

<sup>1520</sup> C. civ., art. 515-2.

<sup>1521</sup> En dehors de tout aspect patrimonial, en particulier en cas de séparation ou de décès : V. ÉGÉA, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 247-248.

<sup>1522</sup> W. RAULT et M. LETRAIT, « Choix du pacte civil de solidarité et rapport à la religion », *Politiques sociales et familiales*, n° 96, 2009, p. 41.

<sup>1523</sup> F. ALT-MAES, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP G*, 2000, n° 48, I, 275.

<sup>1524</sup> V. ÉGÉA, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 247.

<sup>1525</sup> Source Insee : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381498> et <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381498#tableau-Dommes>

l'enthousiasme qu'il suscite auprès des couples hétérosexuels, qui représentent en effet 95 à 96% de l'ensemble des pacs.

## **B/ *Civil partnership* et *unione civile*, une option ouverte uniquement aux couples homosexuels**

**631.** L'Angleterre et l'Italie ont adopté le principe du partenariat enregistré dans un contexte différent de celui de leur homologue français. Du fait des fortes oppositions que ces deux nations ont dû affronter (1), elles ont choisi d'offrir une protection juridique aux seuls couples homosexuels. En outre, en excluant ainsi les couples hétérosexuels, elles se sont assurées que ces derniers continuent d'emprunter la voie du mariage. L'Angleterre est cependant, et contre toute attente, très récemment revenue sur le principe de la norme exclusivement homosexuelle (2).

### **1/ Contextes préalables à l'adoption des lois en faveur des partenariats enregistrés en Angleterre et en Italie**

**632.** L'Angleterre et l'Italie ont toutes deux adopté des lois en faveur des couples homosexuels. Mais là où, en Angleterre, le combat a été politique (a), il a été mené, en Italie, par les juges (b).

#### a/ Contexte outre-Manche

**633. HRA et CEDH.** - 1998 est une date charnière pour l'Angleterre en matière de discrimination et de droits de l'homme. C'est en effet l'année où le Royaume-Uni intègre dans son ordre juridique interne, *via* le *Human Rights Act*<sup>1526</sup>, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, communément appelée Convention européenne des droits de l'homme en date du 4 novembre 1950 que le Royaume-Uni avait pourtant été le premier à signer, parmi les autres États membres du Conseil de l'Europe.

Ce long laps de temps peut étonner. Aussi n'est-il pas inutile de rappeler que le système dualiste britannique impose l'intégration d'un traité international dans son ordre juridique domestique pour avoir force de loi. À défaut, les dispositions du traité sont

---

<sup>1526</sup> *Human Rights Act* de 1998.

inopposables, ce qui était le cas de la Convention européenne des droits de l'homme entre 1950 et 1966. À cette date, le gouvernement britannique signe cependant une déclaration d'acceptation préalable de la compétence de la Commission : dorénavant, les Britanniques peuvent saisir la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1527</sup>.

Pour autant, la Convention de 1950 reste *unincorporated*. Situation pour le moins paradoxale où un État membre et ses ressortissants peuvent saisir une Cour, en l'occurrence celle de Strasbourg, être éventuellement condamné(s), sans pouvoir invoquer en droit interne ladite Convention.

Pendant toutes les années où le Royaume-Uni refuse de se prévaloir de la Convention européenne des droits de l'homme dans son ordre national, l'État adopte néanmoins un grand nombre de mesures en matière de non-discrimination basée, entre autres, sur le genre. *Race Relations Act* de 1965<sup>1528</sup>, *Sexual Offences Act* de 1967<sup>1529</sup>, *Equal pay Act* de 1970<sup>1530</sup>, *Sex Discrimination Act* de 1975<sup>1531</sup>, *Sex Discrimination Act* de 1986<sup>1532</sup>, *Disability Discrimination Act* de 1995<sup>1533</sup>, *Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations* de 1999<sup>1534</sup>, *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations* de 2003<sup>1535</sup>, *Gender Recognition Act* de 2004<sup>1536</sup> : le Parlement de Westminster ne chôme pas.

Il faut finalement attendre 1997 et l'arrivée au pouvoir de Tony Blair, à la tête du *Labour party*, qui a su se ménager un axe d'actions entre la droite et la gauche traditionnelles et donner ainsi naissance au *New Labour*<sup>1537</sup>, pour que le climat politique du pays permette de concilier ces divers paradoxes.

À partir de là, tout va très vite et le *Human Rights Act* est adopté dès 1998<sup>1538</sup>, ce qui signifie que le Royaume-Uni intègre la Convention européenne des droits de l'homme, dont les articles 8, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, et 14, portant sur l'interdiction de la discrimination.

---

<sup>1527</sup> Déclaration d'acceptation du *Right of petition* déposée auprès de la CEDH le 14 janvier 1966.

<sup>1528</sup> *Race Relations Act* de 1965.

<sup>1529</sup> *Sexual Offences Act* de 1967.

<sup>1530</sup> *Equal pay Act* de 1970.

<sup>1531</sup> *Sex Discrimination Act* de 1975.

<sup>1532</sup> *Sex Discrimination Act* de 1986.

<sup>1533</sup> *Disability Discrimination Act* de 1995.

<sup>1534</sup> *Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations* de 1999.

<sup>1535</sup> *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations* de 2003. À propos de la difficulté à gérer les *claims for religious accomodation* dans le monde du travail : M. EMERTON, "Belief, Law and Politics : What Future for a Secular Europe", *Ecc LJ*, 19, 2017, p. 235 et s.

<sup>1536</sup> *Gender Recognition Act* de 2004.

<sup>1537</sup> V. BARBE, « Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire », *RFD const.*, 61(1), 2005, p. 117-145.

<sup>1538</sup> *Human Rights Act* de 1998.

**634. *Civil Partnership Act de 2004.*** – Une fois le *HRA* adopté, il devient difficile d'ignorer les rapports, conseils et recommandations du Parlement européen déjà mentionnés, un certain activisme des groupes LGBT (en particulier celui de la *Law Society and Stonewall*<sup>1539</sup>) et les mêmes questionnements face au ravage du VIH et du SIDA.

Par ailleurs, force est de constater, comme en France, un vide juridique en la matière. Au Royaume-Uni, en 2004, soit un couple se marie et se voit alors reconnaître un certain nombre de droits, soit il n'a droit à strictement rien, le concubinage n'étant pas reconnu. Ironie de l'histoire, le Royaume-Uni a fait sienne la formule de son meilleur ennemi, Napoléon : « puisque les concubins se désintéressent du droit, le droit n'a qu'à se désintéresser d'eux »<sup>1540</sup>.

C'est ce vide juridique que les parlementaires britanniques vont chercher à combler en adoptant le *Civil Partnership Act* en 2004<sup>1541</sup>, créant ainsi un système de relations juridiques entre deux personnes de même sexe.

Qu'on se le dise, l'initiative est cependant britannique, et non bruxelloise, comme le rappelle Sir Mark Potter, président de la *Family Division* : la loi a été votée « *not because it (the UK) felt obliged to in order to comply with the norms of European law or the rulings of the European Court or the ECHR, but because it was elected to do so as a policy choice* »<sup>1542</sup>. S'il y a là un avant-goût du *Brexit*, il n'en reste pas moins que la loi ouvrant les partenariats enregistrés aux couples homosexuels est bien adoptée.

#### b/ Contexte outre-Alpes

**635.** Le raisonnement italien dans le domaine des partenariats enregistrés est à la fois proche et éloigné de son homologue anglais. Proche, car l'Italie va se retrouver face à un même vide juridique, la même influence décisive du Parlement européen, les mêmes ravages du VIH et du SIDA, le même activisme des lobbys LGBT (en particulier *Arcigay*, la principale association de défense des homosexuels de la Péninsule).

---

<sup>1539</sup> A. HAYWARD, "Registered partnership in England and Wales", in J. M. SCHERPE & A. HAYWARD (dir.), *The future of registered partnerships*, op. cit., p. 191.

<sup>1540</sup> N. LOWE, "Legislating for Cohabitation in Common Law Jurisdictions in Europe : Two Steps Forward and One Step Back ? ", in COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DE LA FAMILLE, *Family law and culture in Europe*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2014, p. 77 : « *Cohabitants ignore the law, so the law ignores them* ».

<sup>1541</sup> *Civil Partnership Act* de 2004, entré en vigueur le 5 décembre 2005.

<sup>1542</sup> A. HAYWARD, "Registered partnership in England and Wales", in J. SCHERPE & A. HAYWARD (dir.), op. cit., p. 197.



L'Italie n'est cependant pas l'Angleterre : outre-Alpes, ce sont les juges qui vont faire la différence, et non les politiciens. Cette réaction judiciaire, très intéressante à analyser, suppose de remonter le cours du temps, même si l'histoire des *unioni civili* italiennes semble *a priori* récente, la loi validant l'union des couples de même sexe ne datant que de 2016<sup>1543</sup>.

**636. Inertie politique.** - D'un point de vue politique, les propositions de loi, si elles se multiplient à partir de 1986, n'arrivent pas à faire bouger les lignes ; certaines ne sont parfois même pas inscrites aux agendas des assemblées.

En 2005, soit peu de temps après l'adoption du PACS français, Romano Prodi, futur Président du Conseil des ministres italien, promet à *Arcigay* d'ouvrir la porte du partenariat civil<sup>1544</sup>. Une fois chef du gouvernement, il doit reculer, face à l'opposition des évêques italiens et des partis politiques, y compris le sien, et abandonner, en février 2007, son projet de loi *DICO, Diritto e doveri dei conviventi*<sup>1545</sup>.

Pour la première fois cependant, et même s'il n'a pas eu le résultat escompté, a eu lieu un débat à l'initiative du gouvernement.

**637. Intervention judiciaire.** - Entre temps, et dans la mesure où les partenariats civils, voire les mariages ouverts à tous, finissent par être adoptés un peu partout en Europe, va commencer à se poser la question de la reconnaissance en Italie des unions de même sexe célébrées à l'étranger. Les recours devant les magistrats italiens se multiplient, avec, très clairement, deux camps : celui du Conseil d'État, d'un côté, soucieux du respect de la législation alors en vigueur et peu enclin aux changements ; et de l'autre, celui de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel, décidés à faire évoluer le droit, tout en restant dans la légalité qui leur incombe.

**638. Cour constitutionnelle.** – Tout commence avec un arrêt de 2010 de la Cour constitutionnelle<sup>1546</sup>.

---

<sup>1543</sup> L. 20 maggio 2016, n° 76 - *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, G.U. del 21 maggio 2016 n° 118.

<sup>1544</sup> X. ITCAINA, « Catholicisme, espace public et démocratie en Espagne et en Italie », in F. FORET et FACULTÉS UNIVERSITAIRES CATHOLIQUES DE MONS, *L'espace public européen à l'épreuve du religieux*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2007, p. 97.

<sup>1545</sup> *Disegno di legge n° 1339, XV Legislatura, iniziativa governativa, presentato in data 20 febbraio 2007 – Conviventi* : <https://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/27699.htm>

<sup>1546</sup> Corte cost., 15 aprile 2010, n° 138.

La Cour suprême, qui avait déjà reconnu en 1994<sup>1547</sup> le « droit d'être soi-même », il « *diritto a essere se stesso* »<sup>1548</sup>, précise en premier lieu que tous les hommes, qu'ils soient célibataires ou en formations sociales, sont protégés par l'article 2 de la Constitution italienne : « *L'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale* »<sup>1549</sup>.

La Cour poursuit en précisant ce qu'elle entend par « formations sociales », à savoir les couples homosexuels comme ceux hétérosexuels : « *per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri* »<sup>1550</sup>. À ce titre, les couples de même sexe doivent pouvoir bénéficier de la reconnaissance et de la protection des droits fondamentaux, et donc pouvoir vivre librement, comme un couple.

À ce stade, la Cour exclut cependant de mettre sur le même plan les unions homosexuelles et les mariages : « *Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio* »<sup>1551</sup> et invite le législateur à se positionner, voire à agir en la matière<sup>1552</sup> puisqu'il n'existe aucune limite, aucun obstacle, aucune prescription contraire qui serait établi par la Constitution.

**639. Tribunal de Milan.** – En septembre 2011<sup>1553</sup>, le Tribunal de Milan estime également impossible de reconnaître aux couples de même sexe des droits égaux ou

---

<sup>1547</sup> Corte cost., 3 febbraio 1994, n° 13, dans « Il Consiglio di Stato », XLV, 1994, II, p. 137.

<sup>1548</sup> M. BONINI-BARALDI, *La famiglia de-genere*, Milano, Mimesis, 2010, p. 81.

<sup>1549</sup> Corte cost., 15 aprile 2010, n° 138, § 2.

<sup>1550</sup> *Ibid.*, § 8.

<sup>1551</sup> *Ibid.*

<sup>1552</sup> F. LONGO, *I nuovi modelli di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 17.

<sup>1553</sup> Trib. Milano, sez. pen., 12 settembre 2011, n° 9965.

similaires de ceux dérivés du mariage : « *Non si tratta dunque di riconoscere diritti simili o uguali a quelli derivanti da un matrimonio civile* ».

Il reconnaît cependant que toutes les unions, même celles entre personnes du même sexe, à partir du moment où elles sont stables, créent des conditions de vie propices à l'épanouissement en tant qu'individus : « *ciascuna unione affettiva stabile e durata crei una condizione di vita in cui l'individuo sceglie di crescere come persona* ».

Le magistrat ajoute en outre que, lorsque la vie de couple est interrompue (en l'occurrence, à la suite d'un accident de voiture), la souffrance qui en naît est identique pour tous, que l'on soit homosexuel ou hétérosexuel : « *la sua interruzione provocata da un fatto-reato provochi una sofferenza pari a quella che si verificherebbe in una coppia formata da persone di sesso diverso* ».

Le juge rappelle enfin, à l'instar de la décision constitutionnelle de 2010, que les unions entre personnes de même sexe sont reconnues, au sens de l'article 2 de la Constitution<sup>1554</sup>.

**640. Tribunaux de Grosseto et de Naples.** – En 2015, les tribunaux de Grosseto<sup>1555</sup> et de Naples<sup>1556</sup> vont encore plus loin.

Le juge toscan affirme que rien, dans l'ordre interne italien, ne permet de continuer à justifier l'interdiction, de façon expresse ou implicite, du mariage entre personnes du même sexe : « *non sussistono norme nel nostro ordinamento che consentano di concludere per la sussistenza di un divieto né implicito né esplicito tra persone dello stesso sesso* ». Il poursuit en rappelant que la possibilité de transcrire en Italie un mariage célébré à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public, car cette notion, élastique, doit nécessairement se référer à la communauté internationale dont fait partie l'Italie : « *la nozione di ordine pubblico rilevante ai fini delle norme citate è una nozione elastica che oggi non può più essere interpretata secondo una concezione di ispirazione statualista, ma deve necessariamente riferirsi alla comunità internazionale cui l'Italia partecipa* ».

Quelques mois plus tard, le Tribunal de Naples intervient à son tour pour se prononcer sur la validité de la transcription d'un mariage célébré en France entre deux femmes, couple par la suite muté, pour des raisons professionnelles, en Italie. Le juge campagnol reprend à son compte l'affirmation qu'une union, considérée comme conjugale

---

<sup>1554</sup> F. LONGO, *op. cit.*, p. 15.

<sup>1555</sup> Trib. civ. Grosseto, decreto, 26 febbraio 2015.

<sup>1556</sup> Trib. Napoli, decreto, 8 luglio 2015.

par un État, doit continuer à exister telle quelle dans un autre État, lorsque le couple concerné y est muté. L'administration de l'État de mutation ne saurait conclure à la non-existence de l'union. À défaut, une telle décision serait contraire à l'article 12 de la CEDH<sup>1557</sup>.

**641. Cour de cassation.** - Par deux fois, la Cour de cassation va réitérer sa position<sup>1558</sup>.

La Cour va confirmer qu'effectivement, selon les lois italiennes en vigueur, la diversité sexuelle des conjoints constitue la base de l'institution du mariage et représente un prérequis essentiel pour sa légitimité. Mais, cette interdiction du mariage faite aux personnes de même sexe porte atteinte aux principes de dignité et d'égalité, principes figurant aux articles 2 et 3 de la Constitution, qui protègent tous les hommes et les femmes, sans que leur orientation sexuelle soit distinguée.

Dans ses deux arrêts, la Cour presse, de manière très ferme, le législateur à mettre un terme à ce vide juridique affectant les relations entre personnes de même sexe et à trouver une solution homogène : « *da tale riconoscimento sorge l'esigenza di un trattamento omogeneo a tutte le situazioni che presentano un deficit o un'assenza di tutela dei componenti l'unione, derivante dalla mancanza di uno statuto protettivo delle relazioni diverse da quelle matrimoniali nel nostro ordinamento* »<sup>1559</sup>.

**642. Conseil d'État.** - Face à ce qui semble une ligne de conduite claire et précise tant de la part de la Cour constitutionnelle que de la Cour de cassation, le Conseil d'État va faire entendre un son très différent. Par un arrêt, certes isolé et très critiqué<sup>1560</sup>, en date de 2015<sup>1561</sup>, il va également intervenir sur la transcription en interne d'une union contractée à l'étranger.

Les faits sont les suivants : le maire de Rome, en sa qualité d'officier d'état civil, accepte de transcrire un mariage contracté à l'étranger par un couple de même sexe, transcription que le préfet de Rome fait annuler. L'affaire est portée devant le Conseil d'État, qui approuve l'annulation de la transcription faite par le préfet, en se fondant sur une circulaire du ministère de l'État interdisant la transcription de tels actes de mariage. Le

---

<sup>1557</sup> F. LONGO, *I nuovi modelli di famiglia*, op. cit., p. 16.

<sup>1558</sup> Cass. civ., sez. I, 4 novembre 2011 – 15 marzo 2012, n° 4184, *Studium iuris*, 2012, vol. 7/8, p. 893-896, G. Gabassi ; Cass. civ., sez. I, 30 octobre 2014 – 9 febbraio 2015, n° 2400, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 109.

<sup>1559</sup> Cass. civ., sez. I, 30 octobre 2014 – 9 febbraio 2015, n° 2400, p. 14.

<sup>1560</sup> F. LONGO, op. cit., p. 14.

<sup>1561</sup> Cons. Stato, sez. III, 26 octobre 2015, n° 4899, *Fam. e dir.*, 2016, I, 64 ss.

Conseil d'État en profite pour rappeler que la lecture des articles du Code civil relatif au mariage souligne bien la différence de sexe entre les époux. Pour le Conseil d'État, le mariage homosexuel contracté à l'étranger ne peut pas être considéré comme invalide dans l'ordre interne italien : il est tout simplement inexistant.

**643. CEDH.** – Il revient à une troisième instance d'avoir permis de trancher le nœud gordien : dans l'affaire *Oliari et a. c. Italie*, en date du 21 juillet 2015, la CEDH<sup>1562</sup> condamne en effet Rome pour ne pas avoir respecté l'obligation qui lui incombait de veiller à ce que les requérants disposent d'un cadre juridique spécifique assurant la reconnaissance et la protection de leur union.

La Cour européenne revient sur l'arrêt *Schalk et Kopf*<sup>1563</sup> pour rappeler que, depuis cette décision, la reconnaissance des unions des couples de même sexe a continué à progresser partout en Europe. Elle rappelle que, certes, il appartient bien à chaque État membre de choisir le modèle qu'il estime le plus adapté en matière de mariage<sup>1564</sup>. Elle souligne que la notion de mariage a des racines sociales et culturelles potentiellement très différentes d'un État à l'autre, et qu'elle n'a pas à se substituer aux autorités nationales pour ce faire.

Cependant, contrairement à sa décision de 2010, la Cour européenne rappelle qu'il existe bien une obligation des États membres, aux termes de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, de mettre en œuvre un cadre législatif en matière de relations homosexuelles : « En conclusion, en l'absence d'un intérêt de la communauté mis en avant par le gouvernement italien, contre lequel seraient mis en balance les intérêts considérables des requérants indiqués ci-dessus, et à la lumière des conclusions des juridictions internes sur la question qui est restée lettre morte, la Cour estime que le gouvernement italien a outrepassé sa marge d'appréciation et manqué à son obligation positive de veiller à ce que les requérants disposent d'un cadre juridique spécifique prévoyant la reconnaissance et la protection de leurs unions de même sexe ».<sup>1565</sup>

---

<sup>1562</sup> CEDH, *Oliari et a. c. Italie*, 21 juillet 2015, n° 18766/11 et 36030/11, *FI*, I, 2385 (2015).

<sup>1563</sup> CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, n° 30141/04.

<sup>1564</sup> CEDH, *B. et L. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2005, n° 36536/02, *D.* 2006.1418 : art. 12, Droit au mariage : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

<sup>1565</sup> CEDH, *Oliari et a. c. Italie*, 21 juillet 2015, n° 18766/11 et 36030/11, § 185.

**644. *Unioni civili.*** –Dès lors, l'Italie ne peut plus tergiverser et adopte les *unioni civili* par la loi dite *Cirinnà* en date du 20 mai 2016<sup>1566</sup>, constituée d'un article et de trente-cinq aliénes<sup>1567</sup>.

## 2/ Les lois anglaise et italienne portant sur les partenariats enregistrés

**645.** En introduisant leur loi entérinant les partenariats enregistrés, l'Angleterre et l'Italie ont toutes deux pris garde de bien distinguer ces institutions du mariage, d'où un certain nombre de traits communs aux lois de 2004 et de 2016 (a). L'Angleterre a cependant récemment amendé sa législation afin d'ouvrir ses partenariats enregistrés à tous, y compris aux couples hétérosexuels (b).

### a/ Traits communs aux partenariats enregistrés anglais et italiens

**646.** Tout a été fait, côté anglais comme italien, pour distinguer clairement partenariats enregistrés et mariage, en particulier sur trois points : l'aspect séculaire des *civil partnership* et des *unioni civili* (i), le refus de leur reconnaître la notion d'adultère (ii), la requalification des mariages de même sexe conclu à l'étranger en partenariats enregistrés (iii).

#### *i. Aspects sécularisés des civil partnership et des unioni civili*

**647. *Secularity.*** - Le partenariat voté en 2004 par le *Parliament* de Westminster n'est pas un mariage : il n'est pas question de le considérer comme tel, ni de le qualifier de *gay marriage*<sup>1568</sup>. Afin de bien le distinguer de l'union matrimoniale traditionnelle, le *civil partnership* doit être exclusivement *secular*, ce vague équivalent du mot laïc. Ainsi, le partenariat devient effectif au moment de la signature du registre par le nouveau couple<sup>1569</sup>,

---

<sup>1566</sup> L. 20 maggio 2016, n° 76 - *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, G.U. del 21 maggio 2016 n° 118.

<sup>1567</sup> F. LONGO, *I nuovi modelli di famiglia*, op. cit., p. 18. En réalité, il y a en plus, car la nouvelle loi vise aussi les *conviventi*, les concubins.

<sup>1568</sup> J. HUMPHREYS, "The Civil Partnership Act 2004, Same-Sex Marriage and the Church of England", *Ecc LJ*, 8, 2006, p. 289. *Contra* : M. SCOTT-JOYNT, "The Civil Partnership Act 2004: Dishonest Law?", *Ecc LJ*, 9, 2007. Pour une position intermédiaire : LORD C. L. FALCONER OF THOROTON, "Church, State and Civil Partners", *Eccl LJ*, 9, 2007.

<sup>1569</sup> *Civil Partnership Act* de 2004, S. 24

en présence de deux témoins, et non pas à l'échange des promesses et des déclarations mutuelles des mariés. Lors de la cérémonie, il n'est pas question d'user de paroles solennelles. Par ailleurs, seul le *registrar* peut procéder à l'union des *partners*, un ministre du culte étant tout à fait exclu. Enfin, le partenariat se déroulera à la mairie ou dans un *approved premises*, qui ne pourra en aucun cas être un *religious premises*<sup>1570</sup>, même si cette position a été récemment assouplie<sup>1571</sup>.

Ces dispositions n'empêchent pas l'adoption de quelques particularités du mariage civil anglais : les conditions d'âge (dix-huit ans, pouvant être abaissées à seize ans), les procédures d'enregistrement (*notice*, délais de sept et vingt-huit jours, etc.), les motifs d'annulation et de dissolution sont identiques à celles prescrites en cas de mariage. Les liens d'affinité et les conséquences financières et patrimoniales sont similaires<sup>1572</sup>.

**648. Forme alternative.** - Le terme d'*unioni civili*, au pluriel, est en soi explicite : le partenariat civil italien n'est pas une union conjugale au même titre que le mariage ; il est « une forme alternative (et différente) du mariage », pour paraphraser la Cour constitutionnelle<sup>1573</sup>. De la même manière, le terme *coniuge*, conjoint, semble devoir être réservé aux couples mariés, la loi italienne parlant des *contraenti*, des contractants à l'union civile. L'article de la nouvelle loi précise bien que les partenariats civils de même sexe sont des formations sociales conformes aux articles 2 et 3 de la Constitution<sup>1574</sup>, excluant par là même ces unions de l'article 29 de la Constitution, qui reconnaît et protège les familles fondées par le mariage. Les contractants d'une union civile<sup>1575</sup>, reconnue comme « *specifica formazione sociale* »<sup>1576</sup>, formation sociale spécifique, doivent être majeurs (contrairement à la législation anglaise, les parties à l'union civile devront toutes deux avoir atteint l'âge de dix-huit, aucune dérogation en la matière n'étant prévue dans la nouvelle loi) et de même sexe. Ils ne peuvent s'unir que civilement devant l'officier d'état

---

<sup>1570</sup> *Marriage Act* de 1949, s. 45(4) ; *Marriage and Civil Partnership (Approved Premises) Regulations* de 2005, Schedule 1.

<sup>1571</sup> *Equality Act* de 2010, S. 202 et *Marriage and Civil Partnerships (Approved Premises) (Amendment) Regulations* 2011. Source :

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/254974/Civil\\_partnerships\\_in\\_religious\\_buildings.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/254974/Civil_partnerships_in_religious_buildings.pdf)

<sup>1572</sup> J. RIVERS, "Law, Religion and Gender Equality", *Ecc LJ*, 9, 2007, p. 32.

<sup>1573</sup> Corte cost., 11 giugno 2014, n° 170, § 5.6.

<sup>1574</sup> L. 20 maggio 2016, n° 76 - *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, G.U. del 21 maggio 2016 n° 118, § 1.

<sup>1575</sup> S. TROIANO, « Unioni civili e ordinamento dello stato civile dopo il d. legisl. 19 gennaio 2017 », *Studium iuris* n° 5 (prima parte), Anno XXIII, 2017, p. 951 et s., ainsi que « Unioni civili: in attesa dei decreti legislativi, uno sguardo al decreto "ponte" per la tenuta dei registri dello stato civile (prima parte) », *Studium iuris*, Anno XXII, 2016, p. 1265 et s. du même auteur.

<sup>1576</sup> *Costituzione del 1948*, art. 2 al. 1.

civil<sup>1577</sup>. En présence de ce dernier et deux témoins, le couple effectuera une déclaration publique, qui sera ensuite enregistrée dans les archives de l'état civil<sup>1578</sup>.

À l'instar du *civil partnership*, on retrouve dans le droit des *unioni civili* certaines caractéristiques rappelant le mariage civil. Chaque membre du couple de même sexe devra être libre de tout lien précédent ; être sain d'esprit ; ne devra pas avoir de lien prohibé de parenté ou d'affinité l'une envers l'autre ; ne devra pas avoir été condamné pour homicide ou tentative d'homicide sur un précédent conjoint ou un précédent contractant à une union civile<sup>1579</sup> et devra librement consentir à l'union.

ii. *Un même refus d'intégrer la notion d'adultère*

**649. Sexual intimacy anglaise.** – Pour encore quelques mois<sup>1580</sup>, la notion de *sexual intimacy*, d'intimité sexuelle, ne pourra pas être retenue à l'encontre d'un couple de *partners*, dans le cas où cela s'avèrerait nécessaire, c'est-à-dire en cas de dissolution du *civil partnership*.

Cette notion d'intimité sexuelle a son importance, car elle recoupe les notions de fidélité et, en conséquence, d'adultère. Or, sur ce point, le gouvernement a longtemps été très précis : « *Adultery has a specific meaning within the context of a heterosexual relationships and it would not be possible nor desirable to read this across to same-sex civil partnerships. The conduct of a civil partner who is sexually unfaithful is as much a form of behaviour as any other. Whether it amounted to unreasonable behaviour on which dissolution proceedings could be grounded would be a matter for individual dissolution proceedings* »<sup>1581</sup>.

L'adultère est donc réservé aux couples hétérosexuels et est exclu du champ d'application des *civil partnerships*. En cas de comportement ressemblant à un « adultère homosexuel », c'est sur le fondement de l'« *unreasonable behaviour* » qu'il faudra s'appuyer<sup>1582</sup>.

---

<sup>1577</sup> L. 20 maggio 2016, n° 76, *op. cit.*, § 2.

<sup>1578</sup> *Ibid.*, § 3.

<sup>1579</sup> *Ibid.*, § 4.

<sup>1580</sup> Le *Divorce, Dissolution and Separation Act* de 2020 concerne également le *Civil Partnership*.

<sup>1581</sup> J. HUMPHREYS, "The Civil Partnership Act 2004, Same-Sex Marriage and the Church of England", *loc. cit.*, p. 296.

<sup>1582</sup> Rappelons qu'à la base de ce raisonnement, l'adultère britannique requiert « *some penetration of the female organ by the male organ* » (*Dennis v Dennis (Spillet cited)* [1953] P 153, (1955) 2 All ER 51, CA).



L'intimité sexuelle désigne également la notion de consommation<sup>1583</sup>. Il n'y a pas dans le *Civil Partnership Act* d'équivalent à l'article 12 du *MAC* de 1973, qui précise que « *heterosexual sex is an important element, if not the purpose of marriage* ». Cette omission, nous informe la Baronne Scotland of Asthal, est voulue : « *There is no provision for consummation in the Civil Partnership Act. We do not look at the nature of the sexual relationship, it is totally different in nature* »<sup>1584</sup>.

Cette spécificité anglaise est logiquement amenée à disparaître, au vu de la nouvelle loi régulant les *dissolutions* des *Civil Partnerships* devant entrer en vigueur fin 2021.

**650. Fidélité italienne et famille.** - Si l'union civile italienne génère un certain nombre de droits et devoirs similaires à ceux créés par le mariage, tels que l'obligation d'assistance, la cohabitation, la contribution réciproque aux besoins du couple, il est clair que l'obligation de fidélité n'y apparaît pas<sup>1585</sup>.

De même, le terme « famille » semble soigneusement omis tout au long des soixante-neuf alinéas, sauf pour évoquer l'adresse de la famille<sup>1586</sup>.

*iii. Requalification des mariages de même sexe conclu à l'étranger en partenariats enregistrés*

**651.** La législation italienne offre au travers de ses unions civiles une forme de reconnaissance des unions homosexuelles, qui ne sont pas pour autant équivalentes à un mariage.

Nous en trouvons une ultime confirmation<sup>1587</sup> avec le mariage homosexuel célébré à l'étranger, qui est automatiquement requalifié en union civile en Italie<sup>1588</sup>.

Une telle requalification nous renvoie à la Section 215 du *Civil Partnership Act* de 2004 qui prévoyait également, jusqu'à l'adoption du mariage pour tous, que « les relations

---

<sup>1583</sup> M. HILL, "Church, State and Civil Partners : Establishment and social mores in tension", in N. DOE & R. SANDBERG, *Law and religion, op. cit.*, p. 62.

<sup>1584</sup> *House of Lords Debates, Hansard Bound Volumes, 17 Novembre 2004, col. 1479.*

<sup>1585</sup> L. 20 maggio 2016, n° 76 - *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, G.U. del 21 maggio 2016 n° 118, § 11.

<sup>1586</sup> *Ibid.*, § 12.

<sup>1587</sup> *Ibid.*, § 28 (b) et L. 31 maggio 1995, n° 218 – *Riforma del sistema italiano internazionale privato*, G.U. del 3 giugno 1995 n° 68 – art. 32 – bis, aggiornata da D. lgs 19 gennaio 2017, n° 7, recante « *Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n° 76* », G.U. 27 gennaio 2017 n° 22.

<sup>1588</sup> A.-M. LEROYER, « *Reconnaissance des unions homosexuelles en Italie* », *D.*, 2018, p. 81.

étrangères sont reconnues en tant que *civil partnership* quand bien même elles seraient qualifiées de mariage dans le pays de constitution »<sup>1589</sup>. *Express or implied*, on peut déceler là une certaine influence de la législation anglaise sur le modèle italien.

#### b/ Ouverture des *civils partnerships* aux couples hétérosexuels

**652. *Separate but equal*.** - Pendant des années, le *civil partnership* n'a concerné que les homosexuels quand le mariage, à l'époque où le *Civil Partnership Act* est adopté et pendant les nombreuses années suivantes, n'est ouvert qu'aux couples hétérosexuels.

L'approche ainsi définie était finalement très « *separate but equal* », non sans rappeler la doctrine née du célèbre arrêt américain *Plessy v. Ferguson* de 1896<sup>1590</sup>, et permettait à l'époque d'éviter d'ouvrir le mariage à tous.

Ainsi, à la question posée à la Cour européenne des droits de l'homme de savoir si les États membres avaient le droit effectivement de ne pas légaliser le mariage pour tous et de se contenter d'ersatz, la Cour avait rappelé la marge d'appréciation, très étendue en l'absence de consensus, de tout État membre en la matière, à partir du moment où la législation de l'État concerné assurait un droit de la famille non discriminatoire<sup>1591</sup>.

**653. Une incompréhension grandissante.** - Nombreux étaient toutefois ceux qui ne comprenaient pas pourquoi le *civil partnership* était interdit aux couples de sexe opposé<sup>1592</sup>.

L'adoption, en 2013, de la loi intitulée *Marriage (Same-Sex Couples) Act*, ouvrant le mariage aux couples homosexuels, à l'instar des couples hétérosexuels, aurait pu faire croire que la position du gouvernement évoluerait sur la question de l'ouverture du partenariat enregistré aux couples de sexe opposé.

Aux couples hétérosexuels qui s'attendaient à ce que les *Civil Partnerships* les concernent également, le gouvernement avait toutefois répondu que le « *civil partnership was never intended for opposite-sex couples as an alternative to marriage* »<sup>1593</sup>.

---

<sup>1589</sup> K. T. SCHAPPO et M. M. WINKLER, « Le nouveau droit international privé italien des partenariats enregistrés », *Rev. crit. DIP*, 2017, p. 322, § 12.

<sup>1590</sup> *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

<sup>1591</sup> CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, n° 30141/04.

<sup>1592</sup> C. DRAGHICI, "Equal marriage, unequal civil partnership : a bizarre case of discrimination in Europe", *CFLQ*, 29, 2017, p. 313 et s.

<sup>1593</sup> A. HAYWARD, "The Relationship between Same-Sex Marriage and Civil Partnerships", in J. M. SCHERPE & A. HAYWARD (dir.), *The future of registered partnerships*, op. cit., p. 218. V. plus

**654. Supreme Court et nouvelle loi.** – La détermination du gouvernement à ne pas accorder de *civil partnerships* aux couples non-homosexuels a été cependant nettement déstabilisée à l’occasion d’un arrêt<sup>1594</sup> de la *Supreme Court*.

En octobre 2014, Charles et Rebecca, formant un couple de sexe opposé, se voient refuser, par l’officier d’état civil, la permission de contracter un partenariat civil. Un long parcours judiciaire commence alors, amenant les deux protagonistes devant la *High Court*, puis la *Court of Appeal*, et enfin la Cour suprême, dénotant par là-même de l’importance certaine de l’affaire, tant du point de vue de l’intérêt public que de l’aspect constitutionnel<sup>1595</sup>.

Dans leur décision du 27 juin 2018, les juges de la *Supreme Court* déclarent à l’unanimité que le refus du gouvernement de permettre à des couples hétérosexuels de former des partenariats civils est incompatible avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l’homme.

À la suite de cet arrêt, une *Private member’s Bill*<sup>1596</sup> est introduite aux *Commons* par Tim Loughton. Sous le nom de *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration Etc.) Bill*, la proposition de loi invite les parlementaires à ouvrir le partenariat enregistré aux couples de sexe différent.

Le gouvernement en accepte finalement le principe : depuis le 31 décembre 2019, le *civil partnership* est donc accessible à tous les couples qu’ils soient hétérosexuels ou homosexuels<sup>1597</sup>.

Tout comme son homologue américain, le principe du « *separate but equal* » a fini par être aboli en Angleterre : désormais, tous les couples, quelle que soit leur orientation sexuelle, peuvent conclure un *civil partnership*.

**655. Conclusion § 1.** – Les trois États ont adopté des modèles de partenariats enregistrés en tâchant tous de les distinguer de l’institution du mariage. Il n’y a cependant guère que le

---

particulièrement les articles d’A. HAYWARD, "The future of Civil Partnership in England and Wales", p. 527 et s. et d’H. FENWICK, "An ECHR right to access a registered partnership?" p. 471 et s. Cf. également R. GAFFNEY-RHYS, "Same-sex marriage but not mixed-sex partnerships: should the Civil Partnership Act 2004 be extended to opposite-sex couples?", *CFLQ*, 26, 2014, p. 176 et s.

<sup>1594</sup> *R (on the application of Steinfeld and Keidan) (Appellants) v Secretary of State for the International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary) (Respondent)*, 27 June 2018, [2018] UKSC 32.

<sup>1595</sup> Ainsi que le requiert le *leave*, c’est-à-dire l’autorisation de faire un appel, appel qui, rappelons-le, n’est pas un droit automatique et s’avère difficile à obtenir.

<sup>1596</sup> C’est-à-dire une proposition de loi présentée par un membre du Parlement non membre du *Cabinet*, de l’exécutif.

<sup>1597</sup> *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act* de 2019, S. 2.

droit italien qui ajoute aujourd'hui une réelle valeur ajoutée en la matière. Qu'il s'agisse du modèle français ou de celui anglais, nouvellement remanié, force est en effet de constater que les frontières partenariats enregistrés – mariage se sont estompées avec le temps.

## **§ 2 : Vers le mariage pour tous**

**656.** En adoptant les partenariats enregistrés, l'Angleterre, la France et l'Italie pensaient sans doute mettre un terme aux débats. Très vite, cependant, il s'est avéré que ce nouveau schéma ne suffirait pas et que la question, en termes de dignité et d'égalité, de la justification de la non-reconnaissance du mariage à tous les couples était loin d'être close. En parallèle des partenariats enregistrés, les États ont fini par offrir une protection matrimoniale aux personnes transsexuelles (A) puis à ouvrir le mariage à tous (B).

### **A/ Mariage et transsexualisme**

**657.** Proches du mariage sans en être un pour autant, les partenariats enregistrés sont à même d'apporter des réponses juridiques tant aux couples homosexuels des trois États qu'à ceux hétérosexuels anglais et français. Ils sont cependant d'une utilité limitée pour les personnes transgenres. Les États ont été ainsi amenés à se positionner sur le transsexualisme en général (1) et le mariage des personnes transgenres en particulier (2).

#### **1/ La reconnaissance du transsexualisme dans les trois États**

**658.** Le système juridique anglais a fait preuve de beaucoup de réticences à accepter le principe du transsexualisme (a) quand ses homologues français et italien ont eu une approche plus souple (b).

##### a/ Résistance anglaise

**659.** L'Angleterre a longtemps considéré que le sexe de la naissance primait sur tout type d'opération de réattribution sexuelle (i). Elle n'a finalement accepté de revoir sa

position qu'à l'issue de quelques arrêts célèbres, dont les fameux *Goodwin c/ Royaume-Uni* et *Bellinger* (ii).

*i. Primauté du sexe de naissance*

**660. Arrêt Corbett.** - Pour bien comprendre la situation juridique et judiciaire outre-Manche de l'époque, arrêtons-nous sur l'arrêt<sup>1598</sup> clé *Corbett v Corbett (Otherwise Ashley)*<sup>1599</sup>. En 1963, April Ashley épouse Arthur Corbett. Ce dernier est alors parfaitement au courant du fait qu'Ashley avait été déclarée de sexe masculin à sa naissance et qu'elle était devenue femme en 1960, *via* vaginoplastie. Quatorze jours après le mariage, Arthur Corbett entame une procédure, non pas de divorce, mais de nullité. Le demandeur laisse cependant au juge le choix du motif de la séparation : soit parce que Ashley et lui-même étaient de même sexe, soit pour non-consommation du mariage.

**661. Critères.** - Face à cette situation juridiquement inédite, le juge Ormrod décide de prendre en considération les comptes rendus médicaux qui retiennent alors, pour déterminer le sexe d'une personne, au minimum quatre critères, à savoir (i) les facteurs chromosomiques, (ii) les facteurs gonadiques, (iii) les facteurs génitaux et (iv) les facteurs psychologiques.

Après avoir écouté un grand nombre de témoins et d'experts, le juge Ormrod déclare que, pour déterminer le sexe d'une personne, seuls les trois premiers facteurs seront pris en compte. Il lie et fixe ainsi la nature biologique d'un individu à sa naissance, excluant toute intervention chirurgicale ultérieure pouvant modifier ce sexe de naissance : « *The law should adopt the chromosomal, gonadal and genital tests. If all three are congruent, that should determine a person's sex for the purpose of marriage. Any operative intervention should be ignored. The biological sexual constitution of an individual is fixed at birth, at the latest, and cannot be changed either by the natural development of organs of the opposite sex or by medical or surgical means* »<sup>1600</sup>. Ainsi, Ashley étant déclaré(e) de sexe masculin à sa naissance, le mariage devant être l'union d'un homme et d'une femme selon le *precedent* établi par l'arrêt *Hyde and Hyde &*

---

<sup>1598</sup> *Corbett v Corbett (Otherwise Ashley)* [1971] P 83 (1970) 2 WLR 1306.

<sup>1599</sup> S. CHOUDHRY & J. HERRING, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, Hart, 2010, p. 142.

<sup>1600</sup> *Corbett v Corbett (Otherwise Ashley)* [1971] P 83 (1970) 2 WLR 1306, p. 172.

*Woodmansee*<sup>1601</sup>, principe ensuite intégré à l'article 11 du *Matrimonial Causes Act* de 1973, le mariage célébré entre les deux parties ne peut pas être annulé : il n'existe tout simplement pas, et cela dès le départ. « *The marriage was void ab initio* »<sup>1602</sup>, selon la différence établie en droit anglais, au XVII<sup>e</sup> siècle, entre un mariage *void* et *voidable*, ces deux théories visant à sanctionner un mariage irrégulier<sup>1603</sup> et ayant été depuis intégrées au *MCA* de 1973. En déclarant le mariage des époux Corbett *void* et non *voidable*, le juge Ormrod considère donc l'union de personnes de même sexe contraire à l'ordre public : cet élément est d'une importance telle qu'il justifie l'intervention de l'État.

Le genre acquis par un individu, au cours d'une opération de réattribution sexuelle, s'il peut être reconnu au quotidien<sup>1604</sup>, n'ouvre donc pas la voie au mariage homosexuel puisqu'un « *marriage is a relationship which depends on sex and not on gender* »<sup>1605</sup>.

## ii. Du rôle de la CEDH et de la House of Lords

**662. CEDH.** - D'autres affaires vont suivre, certaines étant même portées jusqu'à la CEDH<sup>1606</sup>, pour violation des articles 8 (droit au respect de la vie familiale), 12 (droit au mariage) et 14 (droit à ne pas être discriminé).

Dans un premier temps, toutes vont échouer, la Cour européenne laissant au Royaume-Uni la possibilité de bénéficier de sa vaste marge d'appréciation en la matière. Ainsi, dans l'arrêt *Rees*, la Cour européenne, loin de condamner le Royaume-Uni,

---

<sup>1601</sup> *Hyde and Hyde & Woodmansee* [1866], LR 1 P&D 130-133.

<sup>1602</sup> *Corbett v Corbett (Otherwise Ashley)* [1971] P 83 (1970) 2 WLR 1306, p. 172.

<sup>1603</sup> INSTITUT DE DROIT COMPARÉ ÉDOUARD LAMBERT UNIVERSITÉ JEAN MOULIN - LYON 3, « Le mariage entre personnes du même sexe - Étude pour la Cour de cassation », *loc. cit.*, p. 383.

Pour rappel : un mariage était déclaré *void* s'il contrevenait à « un empêchement civil relevant de l'ordre public » ; il en allait ainsi des mariages bigames ou de ceux n'ayant pas respecté les formalités du mariage. En revanche, un mariage *voidable* signifiait qu'un élément de droit canonique n'avait pas été respecté, tel que le défaut de consommation du mariage ou la grossesse de l'épouse, voire la maladie vénérienne du mari.

Définition plus récente, établie dans l'arrêt *De Reneville v De Reneville* [1948] 1 All ER 56, CA 60 : « *a void marriage is one that will be regarded by every court in any case in which the existence of the marriage is the issue as never having taken place and can be so treated by both parties to it without the necessity of any decree annulling it ; a voidable marriage is one that will be regarded by every court as a valid subsisting marriage until a decree annulling it has been pronounced by a court of competent jurisdiction* ».

<sup>1604</sup> Ce qui veut dire qu'il était possible de changer de nom et de modifier en conséquence son permis de conduire, son passeport, son assurance maladie ; que l'on était protégé par la loi en cas de discriminations dans le domaine professionnel, éducatif, etc.

<sup>1605</sup> *Corbett v Corbett (Otherwise Ashley)* [1971] P 83 (1970) 2 WLR 1306, p. 172.

<sup>1606</sup> CEDH, *Rees c. Royaume-Uni* (1986) 9 EHRR 56 ; CEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, (1991) 2 FLR 492, CEDH, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* (1998) 2 FLR 928.

reconnait la nécessité de la différence de sexe<sup>1607</sup> lors d'un mariage. Avec l'arrêt<sup>1608</sup> *Sheffield et Horsham*<sup>1609</sup>, la Cour européenne commence cependant à inviter le Royaume-Uni à non seulement faire preuve de davantage de tolérance vis-à-vis des personnes transgenres, mais à également faire en sorte que les problèmes légaux soulevés par ces dernières, à l'occasion de leur opération, soient résolus.

**663. L'arrêt *Goodwin*.** - La Cour européenne change finalement son approche en 2002, avec le fameux arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*<sup>1610</sup>.

Elle revient sur l'article 8 et souligne que la situation post-opératoire des transsexuels, laissant ces derniers en un sens sans genre, n'est plus tenable.

Elle nie cette fois toute marge d'appréciation et rappelle à l'inverse la nécessité de « reconnaître qu'il peut y avoir une atteinte grave à la vie privée lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle. Le stress et l'aliénation qu'engendre la discordance entre le rôle adopté dans la société par une personne transsexuelle opérée et la condition imposée par le droit qui refuse de consacrer la conversion sexuelle ne sauraient, de l'avis de la Cour, être considérés comme un inconvénient mineur découlant d'une formalité. On a affaire à un conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété »<sup>1611</sup>.

Quant à l'article 12, la Cour est d'avis que les critères purement biologiques tels qu'établis par l'arrêt *Corbett* ne sont plus d'actualité, en l'état des connaissances sur le transsexualisme, et qu'ils ne sauraient être appliqués en cas de reconnaissance du genre d'un transsexuel opéré.

En outre, elle précise que même le NHS, le *National Health Service* britannique, reconnaît désormais les troubles d'identité de genre, le « traitement et l'intervention chirurgicale » du demandeur étant dorénavant pris en charge par le service national de santé<sup>1612</sup>.

La Cour s'étonne surtout des incohérences du système britannique et « est frappée par le fait que la conversion sexuelle, qui est opérée en toute légalité, ne débouche pourtant

---

<sup>1607</sup> INSTITUT DE DROIT COMPARÉ ÉDOUARD LAMBERT UNIVERSITÉ JEAN MOULIN - LYON 3, « Le mariage entre personnes du même sexe - Étude pour la Cour de cassation », *loc. cit.*, p. 388.

<sup>1608</sup> CEDH, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* (1998) 2 FLR 928.

<sup>1609</sup> S. CHOUDHRY & J. HERRING, *European human rights and family law*, *op. cit.*, p. 150.

<sup>1610</sup> CEDH, *Goodwin c. Royaume-Uni* (2002) 2 FLR 518.

<sup>1611</sup> *Ibid.*, § 77.

<sup>1612</sup> *Ibid.*, § 13 et 78.

pas sur une pleine consécration en droit, qui pourrait être considérée comme l'étape ultime et l'aboutissement du processus de transformation long et difficile subi par l'intéressée »<sup>1613</sup>.

Enfin, la Cour européenne note que même les tribunaux anglais désapprouvent désormais la situation interne en la matière<sup>1614</sup>.

**664. Intervention de la *House of Lords*.** - En effet, au moment de l'arrêt *Goodwin*, une autre décision vient défrayer la chronique judiciaire anglaise, avec l'arrêt<sup>1615</sup> *Bellinger v Bellinger*<sup>1616</sup>.

Le demandeur, né homme en 1946, s'habille et vit comme une femme depuis 1975. À la suite de son opération en 1981, il devient physiquement femme et en profite pour se marier alors avec un homme puis cherche à adopter le fils de ce dernier. Selon le demandeur, son mariage doit être reconnu comme valable, ce que lui refusent et le *Trial Judge* et la *Court of Appeal*, en application des critères *Corbett*. La *House of Lord* confirme la position des juges inférieurs et leur application du *precedent Corbett*. Elle ne revient absolument pas sur le raisonnement mis en avant<sup>1617</sup>, ni du point de vue de la jurisprudence (*precedent Corbett*) ni de celui de la loi (*Matrimonial Causes Act 1973*). Le juge est très explicite sur ce point : « *The law is clear. It is that Mrs Bellinger's marriage is valid only if she was then a female. That law was made by Parliament and is of course absolutely binding upon me* »<sup>1618</sup>. La Cour suprême s'envisage donc pas d'*overruling*<sup>1619</sup> dans ce domaine.

Néanmoins, la Cour suprême note que le refus de reconnaître le changement de sexe d'un individu porte atteinte aux articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, surtout depuis l'arrêt *Goodwin*. Pour autant, précise-t-elle, il ne lui revient pas de changer la loi. Elle renvoie donc la décision d'adopter de nouvelles mesures

---

<sup>1613</sup> *Ibid.*, § 78.

<sup>1614</sup> *Ibid.*, § 79.

<sup>1615</sup> *Bellinger v Bellinger* [2003] UKHL 21.

<sup>1616</sup> S. CHOUDHRY & J. HERRING, *European human rights and family law*, *op. cit.*, p. 143.

<sup>1617</sup> INSTITUT DE DROIT COMPARÉ ÉDOUARD LAMBERT UNIVERSITÉ JEAN MOULIN - LYON 3, « Le mariage entre personnes du même sexe - Étude pour la Cour de cassation », *loc. cit.*, p. 390.

<sup>1618</sup> *Bellinger v Bellinger* [2003] UKHL 21, § 17-18.

<sup>1619</sup> La *House of Lords*, devenue *Supreme Court* (et la *Court of Appeal*), a la possibilité d'opérer un *overruling*, un revirement de jurisprudence, quand elle estime que le précédent *ratio decidendi*, la règle de droit dégagée, n'est plus désirable. Elle n'a pas à se justifier pour ce faire. Ce processus est à distinguer du *reversing*, simple infirmation jurisprudentielle d'une décision adoptée par une cour inférieure, qui ne remet pas en cause le *precedent* précédemment dégagé.



à Westminster : « *The issues are altogether ill-suited for determination by courts and court procedures. They are pre-eminently a matter for Parliament (...)* »<sup>1620</sup>.

**665. *Gender Recognition Act.*** – Dès lors, le Royaume-Uni n’a plus le choix : il se doit d’accorder de nouveaux droits aux transsexuels, ce qu’il fait en adoptant le *Gender Recognition Act* en 2004<sup>1621</sup>, qui entre en vigueur le 4 avril 2005.

Désormais, une personne transsexuelle âgée de dix-huit ans et plus, ayant jusqu’à lors vécu sous un autre genre mais ayant changé de genre par la suite, peut demander la reconnaissance de son nouveau genre et se voir octroyer un *gender recognition certificate*, un certificat de reconnaissance de genre sexuel, par une commission spécialement instituée, le *Gender Recognition Panel*<sup>1622</sup>.

La commission en question a l’obligation de délivrer le certificat de reconnaissance si les conditions suivantes sont réunies<sup>1623</sup> : le demandeur souffre de dysphorie; à la date de sa requête en vue de l’obtention du certificat, il a acquis son nouveau genre depuis deux ans; il a l’intention de vivre avec ce nouveau genre jusqu’à son décès; il répond à un certain nombre de critères énumérés à l’article 3 de la loi<sup>1624</sup>. On notera qu’il n’est pas fait mention d’acte de stérilisation, irréversible ou non.

À la délivrance du certificat, le genre du demandeur « devient à toutes fins utiles le genre acquis »<sup>1625</sup>. Ainsi, le demandeur peut se voir délivrer un nouveau certificat de naissance attestant de son nouveau genre et, en conséquence, contracter un mariage ou un partenariat enregistré.

En revanche, sans l’obtention du précieux sésame, le *precedent Corbett* reste en vigueur.

---

<sup>1620</sup> *Bellinger v Bellinger* [2003] UKHL 21, § 34.

<sup>1621</sup> *Gender Recognition Act* de 2004.

<sup>1622</sup> Le *panel* dépend des *HM Courts & Tribunal Service*.

<sup>1623</sup> *Gender Recognition Act* de 2004, S. 2 : « *Determination of applications (1) In the case of an application under section 1(1)(a), the Panel must grant the application if satisfied that the applicant — (a) has or has had gender dysphoria, (b) has lived in the acquired gender throughout the period of two years ending with the date on which the application is made, (c) intends to continue to live in the acquired gender until death, and (d) complies with the requirements imposed by and under section 3* ».

<sup>1624</sup> S. GILMORE & L. GLENNON, *Hayes and Williams’ Family Law*, *op. cit.*, p. 29. Les critères de la S.3 de la loi concernent les preuves médicales à fournir (deux rapports de médecins agréés ou un rapport d’un médecin agréé et un rapport d’un psychologue agréé).

<sup>1625</sup> *Gender Recognition Act* de 2004, S. 9 (1).

## b/ Un parcours plus fluide du côté français et italien

**666.** L'Italie a été la première des trois États à adopter une législation visant à protéger les personnes transsexuelles (i), suivie par la France (ii).

### *i. La pionnière italienne*

**667.** L'Italie, que l'on considère souvent réticente à admettre les unions homosexuelles, a été pourtant particulièrement avant-gardiste en matière de reconnaissance de changement de sexe. Elle adopte en effet dès 1982, après la Suède et l'Allemagne, une loi<sup>1626</sup> relative au transsexualisme.

**668. Intervention constitutionnelle.** - Comme le précisera ultérieurement la Cour constitutionnelle<sup>1627</sup>, cette loi a été voulue afin que soit mis fin à « l'isolement, l'hostilité et l'humiliation » « *l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione* »<sup>1628</sup>, dans lesquels vivaient les personnes transgenres, au sein d'une société « toujours plus attentive aux valeurs, de liberté et de dignité, de la personne humaine » « *sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana* », en particulier vis-à-vis « des situations minoritaires et anormales » « *nelle situazioni minoritarie e anormali* »<sup>1629</sup>.

**669. Stérilisation.** - Le texte législatif de 1982 n'est cependant pas exempt de quelques ambiguïtés, en particulier en ce qui concerne les potentielles interventions chirurgicales ou la nécessité de se faire stériliser. La loi n'évoque en effet, en son article premier, que « (...) les modifications de ses caractéristiques sexuelles »<sup>1630</sup>, sans autre précision. Pendant longtemps, les tribunaux interpréteront cette affirmation d'une façon très stricte, induisant nécessairement opération et stérilisation, et interviendront aussi bien en aval, lors des

---

<sup>1626</sup> L. 14 aprile 1982, n° 164 - Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, G.U. del 19 aprile 1982, n° 106.

<sup>1627</sup> Corte cost., 6-24, maggio 1985, n° 161.

<sup>1628</sup> *Ibid.*, § 4.

<sup>1629</sup> *Ibid.*

<sup>1630</sup> L. 14 aprile 1982, n° 164, - Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, G.U. del 19 aprile 1982, n° 106, art. 1 : « La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali ». Cf. également C. M. REALE, « Corte costituzionale e transgenerismo : l'irriducibile varietà delle singole situazioni », *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1/2016, 2016, p. 283.

procès pouvant s'en suivre, qu'en amont, dans la mesure où la décision d'autorisation de rectification sexuelle nécessite une décision judiciaire ayant autorité de la chose jugée.

En 2011, le décret dit « *semplificazione riti* »<sup>1631</sup>, simplification des rites, s'est en partie substituée à la loi de 1982, en particulier en ce qui concerne la procédure à suivre lors d'une demande de rectification de sexe. Pour autant, le décret ne se saisit pas de la question de la stérilisation, que ce soit pour en préciser les contours, ou pour la condamner expressément.

**670. Cour constitutionnelle.** - Finalement, par une décision en date d'octobre 2015<sup>1632</sup>, la Cour constitutionnelle revient sur cette interprétation. Elle se penche sur les potentielles violations mises en avant par le demandeur (une femme souhaitant devenir homme, sans modifier ses caractéristiques sexuelles primaires) de la Constitution italienne (articles 2, 3, 32 et 117) et de la Convention européenne des droits de l'homme (article 8).

Au cours de l'audience, le procureur de la République italienne rappelle que la Cour de cassation<sup>1633</sup> a elle aussi eu à répondre à une question similaire, quelques mois auparavant. La première chambre civile y précisait que l'on ne pouvait soumettre, de manière impérative, la reconnaissance du changement de sexe à une intervention chirurgicale modifiant les caractéristiques sexuelles anatomiques primaires<sup>1634</sup>, l'intérêt public à la définition des genres n'impliquant en aucun cas le sacrifice du droit à la préservation de sa propre intégrité psycho-physique : « *L'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psicofisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche* »<sup>1635</sup>. Ce faisant, la Cour de cassation offrait une interprétation

---

<sup>1631</sup> Decreto legislativo 1° settembre 2011, n° 15 - Disposizioni complementari al Codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n° 69, G.U. del 21 settembre 2011 n° 220.

<sup>1632</sup> Corte cost., 21 ottobre 2015, n° 221.

<sup>1633</sup> Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n° 15138, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 1068.

<sup>1634</sup> *Ibid.* L'arrêt comporte des déclarations des juges très intéressantes, dont « *un'interpretazione letterale che non tenga conto dell'evoluzione scientifica e della conoscenza del fenomeno del transessualismo, preso per considerazione dal legislatore trent'anni orsono, finisce per tradire la ratio della legge* », p. 2 ; « *il silenzio della legge sulla specificazione relativa ai caratteri sessuali da modificare costituisce un indicatore rilevante in ordine all'insussistenza d'interessi collettivi superiori* », p. 4 ; « *l'interpretazione definita 'storico-sistematica' della Corte d'Appello non è condivisibile risultando fondata su una lettura esclusivamente storico-originalista, di carattere del tutto statico (...)* », p. 8.

<sup>1635</sup> *Ibid.*, p. 10.

constitutionnelle de certaines normes suspectées d'être en non-conformité avec la Constitution.

La Cour constitutionnelle, sensible, entre autres, au raisonnement de sa consœur, a déclaré l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1982 non conforme à la Constitution et mis ainsi un terme aux interventions chirurgicales obligatoires des caractéristiques sexuelles primaires, considérées jusqu'alors comme une nécessaire pré-condition pour se voir attribuer un nouveau genre à l'état civil<sup>1636</sup> : « *La prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione – come prospettato dal rimettente –, ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico* »<sup>1637</sup>.

**671. Jurisprudence.** - Les Cours, constitutionnelle et de cassation, qui ont toutes deux joué un rôle fondamental en la matière, à l'instar du partenariat enregistré, reconnaissent donc qu'il appartient à la seule personne concernée, avec l'assistance de son médecin et d'autres spécialistes, de choisir son propre « parcours de transition » « *percorso di transizione* »<sup>1638</sup>, dont le traitement chirurgical peut faire éventuellement partie, « *il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale, di ausilio al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona* »<sup>1639</sup>.

La décision constitutionnelle de 2015 a été dans l'ensemble bien accueillie et surtout, a été suivie par les tribunaux inférieurs saisis de cas similaires. Pour n'en citer qu'un, le tribunal de Bari reconnaît ainsi, peu de temps après la décision ci-dessus, « la rectification de l'acte de naissance et de tout autre acte d'état civil (...) à la lumière de la lecture récente et favorablement accueillie de la Cour constitutionnelle en la matière »<sup>1640</sup>.

---

<sup>1636</sup> C. M. REALE, « Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni », *loc. cit.*, p. 284.

<sup>1637</sup> Corte cost., 21 ottobre 2015, n° 221, § 4.1. Nous soulignons.

<sup>1638</sup> *Ibid.* « *L'esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un'impostazione che – in coerenza con supremi valori costituzionali – rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere. L'ampiezza del dato letterale dell'art. 1, comma 1, della legge n° 164 del 1982 e la mancanza di rigide griglie normative sulla tipologia dei trattamenti rispondono all'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive* ».

<sup>1639</sup> *Ibid.*

<sup>1640</sup> Trib. Bari, 14 dicembre 2015, n° 5467 : « *È riconosciuta, altresì, la rettificazione dell'atto di nascita e di ogni altro atto dello stato civile contestualmente all'autorizzazione all'intervento medico – chirurgico per il*

La doctrine note en outre quelques changements significatifs, tels que l'usage, par la Cour constitutionnelle, du terme « identité de genre », « *identità di genere* »<sup>1641</sup>, et non plus « identité sexuelle ». Elle note également l'affirmation de la variété des situations subjectives, dans un ordre juridique favorisant l'individualisme comme le pluralisme des valeurs, toutes devant être protégées au nom de la dignité humaine<sup>1642</sup>.

Désormais, tant en matière de stérilité imposée que de mariage ou de divorce, l'Italie, entre sa décision constitutionnelle de 2015 et la loi de 2016, a nettement pacifié la situation.

## *ii. Situation française*

**672. Indisponibilité de l'état des personnes.** - Le cas des transgenres a été longtemps ignoré en France, tant par les législateurs que par les juges. Dans les années 70, la Cour de cassation affirme ainsi le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, pour justifier son refus de modifier la mention du sexe sur un acte d'état civil<sup>1643</sup> et réitère sa jurisprudence de manière constante au cours des années suivantes<sup>1644</sup>.

**673. Circulaire de 1989.** – Il faut attendre 1989 pour qu'une circulaire interne au ministère de la Santé<sup>1645</sup> mentionne pour la première fois les personnes souffrant d'un problème lié au transsexualisme. Le document administratif établit que seuls certains

---

*mutamento di sesso, anche alla luce della recente e condivisibile lettura fornita in materia dalla Corte Costituzionale con sent. 221 del 21.10.2015* ».

<sup>1641</sup> Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), § 30.

<sup>1642</sup> C. M. REALE, « Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni », *loc. cit.*, p. 284.

<sup>1643</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 1975, 70-10.615, *Bull. civ.* 1975 n° 374 : « attendu qu'après avoir relevé, sans dénaturer le rapport d'expertise, que Aubin s'est délibérément soumis à un traitement hormonal, puis, hors de France, à une intervention chirurgicale qui ont entraîné la modification artificielle des attributs de son sexe, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdit de prendre en considération les transformations corporelles ainsi obtenues ».

<sup>1644</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1987, 85-14.176, *Bull. civ.* 1987, n° 116 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 1988, 86-13.698, *Bull. civ.* 1988, n° 176 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1989, 87-17.111, *Bull. civ.* 1989, n° 189 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mai 1990, 88-12.829, *Bull. civ.* 1990, n° 117.

<sup>1645</sup> Circ. Ministère de la Solidarité, de la santé et de la Protection sociale du 4 juillet 1989, Traitements chirurgicaux liés au transsexualisme.

individus, c'est-à-dire ceux entrant dans le protocole imposé par des équipes médicales spécialisées, pourront être remboursés des frais médicaux induits<sup>1646</sup>.

**674. Revirement jurisprudentiel de 1992.** – Dans la lignée de cette circulaire mais surtout avec l'affaire *B. c. France*, c'est-à-dire avec la condamnation de la France par la CEDH<sup>1647</sup> pour violation de l'article 8 de la Convention des droits de l'homme, c'est-à-dire du droit au respect de la vie privée et familiale, en cas de refus de modification de l'état civil après changement de sexe, la Cour de cassation opère, en 1992, un notable revirement de sa jurisprudence<sup>1648</sup>. Le changement de sexe tel qu'initialement mentionné à l'état civil est désormais juridiquement possible : « Lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée, posé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 9 du Code civil, justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'appartenance, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne faisant pas obstacle à une telle modification »<sup>1649</sup>.

Cependant, la Cour impose non seulement que « La réalité du syndrome transsexuel » ne soit « établie que par une expertise judiciaire »<sup>1650</sup>, mais également que le caractère irréversible de la transformation de l'apparence soit démontré, ce qui signifie une réassignation sexuelle totale, donc une ablation des organes génitaux d'origine suivie d'une reconstruction de nouveaux organes sexuels. Ce dernier impératif va être plus ou moins bien accueilli par les tribunaux inférieurs, certaines juridictions acceptant le changement de sexe et en conséquence la rectification de l'état civil de la personne concernée, en dehors même de tout traitement médico-chirurgical<sup>1651</sup>, quand d'autres vont se montrer très réticentes à toute idée de libéralisation au sujet du transsexualisme<sup>1652</sup>.

---

<sup>1646</sup> C. CARDI et A.-M. DEVREUX, *L'engendrement du droit*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 3.

<sup>1647</sup> CEDH, *B. c. France*, 25 mars 1992, n° 13343/87.

<sup>1648</sup> Cass., ass. plén., 11 décembre 1992, 91-11.900, *Bull. civ.* 1992, n° 13 ; *JCP* 1993. II. 21991, concl. Jéol, note Mémeteau ; *RTD civ.* 1993, note Hauser ; *Deffrénois* 1993.431, note Massip.

<sup>1649</sup> *Ibid.*

<sup>1650</sup> *Ibid.*

<sup>1651</sup> CA Rennes, 26 octobre 1998, *D.* 1999. 508, note Friant-Perrot ; CA Rennes, 7 juin 2011, n° 10/03953, *Dr. fam.*, 2012, n° 1, p. 13.

<sup>1652</sup> CA Paris, 23 septembre 2010, n° 09/28266, *Dictionnaire permanent bioéthique*, février 2011, p. 8, obs. O. Merger ; CA Paris, 27 janvier 2011, n° 10/04525.

**675. Décret de 2010.** – Si la jurisprudence n’a donc rien d’unifié à cette époque-là, le dispositif entamé lors de l’adoption de la circulaire en 1989 se voit renforcé par le décret du 8 février 2010<sup>1653</sup>. Ce dernier offre de nouvelles règles en matière de prise en charge hospitalière des transgenres, en plaçant ces règles « hors liste », c’est-à-dire ne relevant plus du domaine de la psychiatrie<sup>1654</sup>. De là date donc ce que l’on appelle la dépsychiatisation des questions transgenres.

À ce jour, les personnes transgenres souhaitant changer de sexe ont toujours l’obligation d’être au préalable suivies par un psychiatre. Ce suivi n’est rendu nécessaire que pour s’assurer que la personne transgenre qui va subir une opération lourde a conscience de toutes ses conséquences, pas parce qu’on la considère comme étant un cas psychiatrique. C’est au cours de ces entretiens avec un psychiatre qu’est établi le diagnostic de dysphorie de genre et émis le certificat de transsexualisme. Cette première étape est suivie, comme en Angleterre, d’un « test de vie réelle », c’est-à-dire d’une période de six mois à deux ans pendant laquelle la personne concernée vit dans le genre souhaité. Viennent ensuite les traitements hormonothérapeutiques et la chirurgie de réassignation sexuelle, ce qui inclut alors nécessairement la stérilisation chirurgicale<sup>1655</sup>.

**676. Circulaire de 2010.** - Le décret de 2010 est vite suivi d’une circulaire, portant cette fois sur les demandes de changement de sexe à l’état civil<sup>1656</sup>. Elle invite le procureur général près la Cour de cassation, les procureurs généraux près les cours d’appel et les procureurs près les tribunaux supérieurs d’appel, à « donner un avis favorable à la demande de changement d’état civil [des personnes transsexuelles ou transgenres] dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l’ablation des organes génitaux »<sup>1657</sup>. La circulaire enjoint également ces mêmes personnes à « ne solliciter

---

<sup>1653</sup> Décret n° 2010-125 du 8 février 2010, portant modification de l’annexe figurant à l’article D 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l’affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée », JORF n° 0034 du 10 février 2010.

<sup>1654</sup> C. CARDI et A.-M. DEVREUX, *L’engendrement du droit*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>1655</sup> *Ibid.*

<sup>1656</sup> Cir. DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changements de sexe à l’état civil, BOMJL n° 2010-03 du 31 mai 2010.

<sup>1657</sup> *Ibid.*

d'expertises que si les éléments fournis révèlent un doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur »<sup>1658</sup>.

#### **677. Syndrome transsexuel, caractère irréversible de la transformation et CEDH. -**

Dans ce contexte, la position de la Cour de cassation est attendue et advient en deux arrêts rapprochés<sup>1659</sup>, de 2012 et de 2013. Si la Cour ne revient pas sur la possibilité de faire changer son sexe à l'état civil, elle confirme son intention de lier réalité du syndrome transsexuel et caractère irréversible de la transformation de l'apparence : « pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence »<sup>1660</sup>. Le terme « stérilité » n'est certes plus utilisé, mais l'aspect irréversible s'entend nécessairement d'interventions chirurgicales de réassignation sexuelle passant, justement, par la stérilisation du patient.

Or, quelques temps après ces arrêts, la CEDH en vient à condamner la Turquie<sup>1661</sup> pour non-respect de l'article 8 de la Convention des droits de l'homme : la décision est d'importance<sup>1662</sup> et revient non seulement sur les conditions du changement de sexe à l'état civil mais également, voire surtout, sur la volonté de la Cour européenne « de vouloir accélérer la rupture du lien persistant entre sexe et reproduction »<sup>1663</sup>. Ce faisant, la CEDH insiste 1) sur le droit de pouvoir changer de sexe et de faire reconnaître la nouvelle identité du demandeur, 2) sur le respect de l'intégrité physique de la personne concernée et le principe de proportion en cas d'intervention chirurgicale.

La CEDH envoie un message clair : la condition de stérilité du transsexuel ne doit plus être exigée et tout État signataire maintenant une telle législation sera condamné, comme l'illustre l'affaire *Garçon et Nicot c. France*<sup>1664</sup>. La Cour européenne rappelle ainsi « qu'à l'époque des circonstances de la cause des requérants, le droit positif français

---

<sup>1658</sup> *Ibid.*

<sup>1659</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2012, n° 10-26.947 et 11-22.490, *Bull. civ.* 2012 I, n° 123 ; *Gaz. Pal.* 20-21 juin 2012, jurispr. p. 8, avis D. Sarcelet ; *D.* 2012, p. 1648, note F. Violla. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 février 2013, n° 11-14.515 et 12-11.949, *Bull. civ.* 2013 I, n° 13.

<sup>1660</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2012, n° 10-26.947, 3°.

<sup>1661</sup> CEDH, *Y.Y. c. Turquie*, 10 juin 2015, n° 14793/08.

<sup>1662</sup> B. MORON-PUECH, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 23 mars 2015.

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1076> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1076>

<sup>1663</sup> *Ibid.*, § 2.

<sup>1664</sup> CEDH, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.



assujettissait la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération stérilisante ou d'un traitement qui, par sa nature et son intensité, entraînait une très forte probabilité de stérilité »<sup>1665</sup>, ce qui entraînait *de facto* une atteinte, une remise en cause de « l'intégrité physique des individus »<sup>1666</sup>, alors même que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 (...) et que le droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel est un aspect fondamental du droit au respect de la vie privée »<sup>1667</sup>.

La condamnation de la France est cependant de principe : à la date de la décision de la CEDH, la République française a en effet amendé sa législation.

**678. Loi de 2016.** – En effet, la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, promulguée le 18 novembre 2016<sup>1668</sup>, modifie en profondeur le droit relatif à la modification de la mention du sexe à l'état civil. Désormais, « Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification »<sup>1669</sup> devant le tribunal de grande instance<sup>1670</sup>. Le nouvel article 61-5 du Code civil poursuit en précisant qu'il faut que la personne intéressée « se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué, (...) qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel, (...) qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué », « la preuve » pouvant « être rapportée par tous moyens ». La loi de 2016 revient sur la stérilisation, en précisant bien que « Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande »<sup>1671</sup>.

**679.** Si les questions de stérilisation obligatoire et de changements d'état civil ne soulèvent plus de difficulté légale, et cela dans les trois États, *ipso facto*, les interrogations relatives à la légitimité d'un mariage dans un tel contexte, c'est-à-dire intervenu après tout

---

<sup>1665</sup> *Ibid.*, § 120.

<sup>1666</sup> *Ibid.*, § 123.

<sup>1667</sup> *Ibid.*, § 123.

<sup>1668</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016

<sup>1669</sup> C. civ., art. 61-5.

<sup>1670</sup> C. civ., art. 61-6.

<sup>1671</sup> C. civ., art. 61-6.

changement de genre, deviennent caduques. Reste la situation du changement de sexe après le mariage légitimement célébré.

## **2/ Le mariage antérieur au changement de sexe**

**680.** Jusqu'à 2013, en France comme en Angleterre, changer son genre après s'être uni avec un-une autre et souhaiter le rester impliquait de se retrouver marié à quelqu'un du même sexe, ce qui était alors interdit par la loi. Face à la problématique du mariage antérieur au changement de sexe, ces États ont adopté diverses attitudes, l'une consistant à ne pas reconnaître le changement de sexe (a), l'autre à obliger de divorcer ou de dissoudre son partenariat enregistré (b). Ces dispositions n'ont plus lieu d'être en France comme en Angleterre, mais restent intéressantes non seulement en théorie mais également vis-à-vis de l'Italie, qui demeure concernée par le sujet.

### a/ La non reconnaissance du changement de sexe

**681.** Une première tendance avait émergé chez certains juges français, consistant à refuser la demande de modification du sexe de la personne concernée à l'état civil, ceci afin de ne pas circonvenir « le principe de l'interdiction des mariages entre homosexuels »<sup>1672</sup>. Ainsi, « modifier le sexe mentionné dans l'acte de naissance d'une personne mariée aboutirait, non pas à constater mais à créer une situation de mariage entre personnes de même sexe ». Or, « le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; le tribunal ne peut pas, en modifiant juridiquement le sexe d'une personne mariée, créer une situation juridique interdite par la loi »<sup>1673</sup>. Certains juges français contournèrent le problème différemment en envisageant le divorce pour faute<sup>1674</sup>, d'autres la nullité du mariage pour identité de sexe<sup>1675</sup>.

Les solutions étaient variées, on le voit, mais elles partaient cependant toutes du postulat que la différence de sexe était le préambule à une vie de couple.

---

<sup>1672</sup> TGI Besançon, 19 mars 2009, n° 08/02219, *Dr. fam.*, 2011, comm. 33, n° 3.

<sup>1673</sup> TGI Brest, 15 décembre 2011, n° 11/00975, *AJ fam.* 2012, 349, obs.

<sup>1674</sup> CA Nîmes, 7 juin 2000, *LPA* 2001, n° 73, p. 20.

<sup>1675</sup> CA Bordeaux, 19 avril 2005, RG n° 04/04683, *D.* 2005.

## b/ Obligation de divorcer ou de dissoudre son partenariat enregistré

682. La solution précédente n'a été retenue ni en Angleterre (i), ni en Italie (ii).

### *i. Situation en Angleterre*

683. Nous ne mentionnons la façon dont l'Angleterre gérait la problématique des mariages antérieurs au changement de sexe que par principe. Entre les lois de 2013, prévoyant l'ouverture du mariage à tous, et 2019, envisageant cette fois l'ouverture du partenariat enregistré à tous, aucune des dispositions mentionnées ci-dessous n'est plus d'actualité.

684. **Dans le cas d'un mariage.** - Outre-Manche, avant 2013, c'est-à-dire avant l'adoption de la loi sur le mariage pour tous, le *Gender Recognition Panel* avait la possibilité d'émettre un *Interim Gender Recognition Certificate*, en attendant le certificat définitif. Ce dernier n'était délivré que si le demandeur était à même de prouver qu'il serait mis fin à son union, dans les six mois de la délivrance du certificat intérimaire, soit *via* un divorce, soit par l'intermédiaire d'une dissolution<sup>1676</sup>.

Cette solution avait été contestée devant la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire<sup>1677</sup> *Parry c. Royaume-Uni*<sup>1678</sup>, au cours de laquelle, un homme et une femme, légitimement mariés selon la loi anglaise, mais dont le mari avait, par la suite, subi un changement de sexe ayant fait de lui une femme, avaient cherché à prouver que leurs droits fondamentaux de se marier étaient bafoués. La Cour européenne avait rejeté la requête du couple en rappelant que la loi anglaise ne permettait pas le mariage homosexuel ; elle était ensuite revenue sur les conditions imposées à l'obtention d'un certificat de changement de sexe définitif ; elle avait conclu en précisant que le divorce ainsi prescrit n'empêchait pas le couple de formaliser leur union sous forme de *civil partnership* et que, en conséquence, les articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 12 (droit de se marier et de fonder une famille) de la Convention européenne n'étaient pas violés, le partenariat enregistré comportant quasiment les mêmes droits que le mariage.

---

<sup>1676</sup> MCA de 1973, S. 5.

<sup>1677</sup> CEDH, *Parry c. Royaume-Uni*, 28 novembre 2006, n° 35748/05.

<sup>1678</sup> S. CHOUDHRY & J. HERRING, *European human rights and family law, op. cit.*, p. 140.

Il est à noter que ce point de vue a été récemment réitéré par la Cour européenne, dans une affaire impliquant un État tiers, à savoir la Finlande<sup>1679</sup>. La Cour a ainsi pu préciser qu'il « n'était pas disproportionné de poser comme condition préalable à la reconnaissance juridique d'un changement de sexe que le mariage soit transformé en partenariat enregistré, ce dernier représentant une option sérieuse offrant aux couples de même sexe une protection juridique pratiquement identique à celle du mariage ».

**685. Partenariat enregistré.** - Depuis l'entrée en vigueur de la loi dite du mariage pour tous, les questions relatives aux identités homo-hétéro-trans n'ont plus lieu d'être en Angleterre dans le cas où l'un des membres d'un couple marié et souhaitant le rester change de sexe. Elle a continué cependant à se poser dans le cas où ce même couple était lié, non pas par un mariage, mais par un *civil partnership*.

Jusqu'à très récemment en effet, ce dernier étant ouvert exclusivement aux homosexuels, il n'était pas possible pour l'un des deux *civil partners* de même sexe de changer de sexe et de devenir alors un couple hétérosexuel pacsé, puisque la loi relative aux partenariats enregistrés anglais interdisait cette formule aux couples de sexe opposé. Il fallait alors soit dissoudre le partenariat enregistré, soit le transformer en mariage, alternative envisagée par la loi<sup>1680</sup>. La question ne se pose néanmoins pas davantage depuis début 2020<sup>1681</sup>, la loi ayant été amendée afin d'ouvrir les partenariats enregistrés également aux couples de sexe opposé.

## *ii. Situation en Italie*

**686.** La situation italienne est différente de ce qui se passe en Angleterre et en France, en ce que la Péninsule, d'un côté, n'envisage pas le mariage pour tous, de l'autre, n'a adopté le régime des partenariats enregistrés qu'en 2016. Le sujet du mariage antérieur au changement de sexe reste donc d'actualité. Il entraîne en tout état de cause un divorce d'office, « *un divorzio d'ufficio* », dont la rigueur est temporisée depuis 2016, date de l'entrée en vigueur des *unioni civili*.

---

<sup>1679</sup> CEDH, *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014, n° 37359/09.

<sup>1680</sup> *Marriage (Same Sex Couples) Act* de 2013, S. 9.

<sup>1681</sup> *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act* de 2019, S. 2.

**687. Intervention judiciaire avant la loi de 2016.** – L’obligation du divorce en cas de mariage antérieur au changement de sexe a déclenché ces dernières années plusieurs recours devant les tribunaux.

Ainsi, la Cour constitutionnelle<sup>1682</sup>, à la demande de la Cour de cassation<sup>1683</sup> et à propos de la rectification d’attribution de sexe de l’un des deux conjoints, en l’occurrence le mari, a déclaré inconstitutionnel le divorce d’office, prévu aux articles 2 et 4 de la loi de 1982<sup>1684</sup>, c’est-à-dire dans l’hypothèse où l’un des conjoints changerait de sexe après son mariage et en demanderait rectification à l’officier d’état civil.

La Cour de cassation avait essayé de concilier deux intérêts relativement antagonistes dans le cas d’espèce : « d’une part, l’intérêt de l’État au maintien du modèle hétérosexuel du mariage, empêchant sa continuation à partir du moment où le critère de l’hétérosexualité disparaît avec le changement de sexe de l’un des conjoints ; d’autre part, l’intérêt du couple à ce que l’exercice de la liberté de choix effectué par un conjoint avec le consentement de l’autre, relatif à un aspect à tel point significatif pour l’identité personnelle, ne soit pas pénalisé de manière excessive avec le sacrifice intégral de la dimension juridique du rapport préexistant, que le couple voudrait, en revanche, maintenir »<sup>1685</sup>.

À son tour saisie, la Cour constitutionnelle condamne l’État italien. Ce qu’elle blâme ici, ce n’est pas tant le divorce d’office que l’absence de solution offerte aux parties, une fois la rectification de genre obtenue auprès de l’officier d’état civil. Contrairement en effet au cas de figure anglais, à la date des faits, la solution des unions civiles n’existant pas encore, changer de sexe après son mariage impliquait de divorcer sans pouvoir maintenir, juridiquement parlant, un quelconque lien « conjugal », situation d’autant plus paradoxale que les ex-époux eux-mêmes ne souhaitaient pas se séparer. C’est pourquoi la Cour constitutionnelle, en 2014, affirme l’inconstitutionnalité de ce divorce<sup>1686</sup>, non voulu par les parties, mais imposé par la loi après que le jugement autorisant la rectification de

---

<sup>1682</sup> Corte cost., 11 giugno 2014, n° 170. V. également Corte cost., 15 aprile 2010, n° 138.

<sup>1683</sup> Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n° 4184, *Dir. famiglia* 2012, 2, 696.

<sup>1684</sup> L. 14 aprile 1982, n° 164 - *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, G.U. del 19 aprile 1982 n° 106*, art. 4 : « *Essa provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso* ».

<sup>1685</sup> E. BOTTINI et S. PASETTO, « Que reste-t-il du mariage après le changement de sexe d’un conjoint ? », *Revue des droits de l’homme*, 2014, p. 5, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02176432/>

<sup>1686</sup> Corte cost., 11 giugno 2014, n° 170 : la Cour déclare inconstitutionnels les articles 2 et 4 de la loi de 1982 « *nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedono, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore* ».

sexe de l'un des deux conjoints ait acquis autorité de la chose jugée, et demande spécifiquement au Parlement d'apporter une solution à ces couples séparés contre leur gré.

On notera ici qu'en outre, le couple Bernaroli, devenu célèbre malgré lui, ne s'était pas marié civilement mais religieusement, selon le rite prévu par le Concordat. Pour y mettre fin, toujours religieusement, il aurait fallu demander la nullité<sup>1687</sup> du mariage religieux, ce qui n'a pas été fait. De manière presque cocasse, et aussi « paradoxal que cela puisse paraître »<sup>1688</sup>, il semblerait donc « que, contrairement à leur mariage civil, leur mariage religieux soit encore valide »<sup>1689</sup>. À se demander si l'Église Catholique n'est pas plus libérale que l'État italien, « quand il s'agit d'imposer la séparation entre deux personnes de même sexe ? »<sup>1690</sup>.

**688. Loi de 2016 sur les partenariats enregistrés.** - Le Parlement italien a donc adopté la loi de 2016 sur les unions civiles<sup>1691</sup>. Désormais, en cas de changement de sexe postérieur au mariage, ce dernier ne peut plus être dissous mais sera automatiquement converti en union civile. Pour être plus précis, l'alinéa 27 indique que « Lors de la rectification, à l'état civil, du sexe, si les époux ont manifesté leur volonté de ne pas dissoudre leur mariage ou de ne pas en faire cesser les effets civils, il en découle l'instauration automatique de l'union civile entre personnes de même sexe »<sup>1692</sup>, tandis que l'alinéa 26 prévoit que « la décision de rectification d'attribution de sexe détermine la dissolution de l'union civile entre personnes de même sexe »<sup>1693</sup>.

Le législateur italien a prévu tous les cas de figure : le mariage, qu'il soit civil ou religieux, en cas de changement de sexe et de volonté des époux de rester unis, devient union civile ; en revanche, en cas d'union civile puis de changement de sexe, et même s'il y a volonté de rester ensemble, l'union civile est dissoute, non sans rappeler ce qui se passait avant la loi de 2016, soit sous la loi de 1982<sup>1694</sup>.

---

<sup>1687</sup> CIC 1983, canon 1674.

<sup>1688</sup> E. BOTTINI et S. PASETTO, *loc. cit.*

<sup>1689</sup> *Ibid.*

<sup>1690</sup> *Ibid.*

<sup>1691</sup> L. 20 maggio 2016, n° 76 - *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, G.U. del 21 maggio 2016 n° 118.

<sup>1692</sup> L. 20 maggio 2016, n° 76 - *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, G.U. del 21 maggio 2016 n° 118, al. 27 : « Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio oggi non ci usarle gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso ».

<sup>1693</sup> *Ibid.*, al. 26 : « La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso ».

<sup>1694</sup> L. 14 aprile 1982, n° 164 - *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, G.U. del 19 aprile 1982 n° 106, art. 4.

**689. Problèmes potentiels.** – La doctrine continue de s’interroger sur un certain nombre de problèmes restés, à ce jour, non résolus<sup>1695</sup>.

On ignore par exemple à quel moment exact aura lieu la dissolution de l’union civile : faut-il que la décision soit dite efficace ? qu’elle ait autorité de la chose jugée ?<sup>1696</sup> Rien n’est précisé quant aux conséquences de ladite dissolution : peut-on envisager une éventuelle reconnaissance d’un droit donnant lieu au versement d’une pension périodique ? Par ailleurs, la loi de 2016 ne mentionne pas à qui doit s’adresser le couple, légitimement marié, dont le mariage peut être ou non automatiquement transformé en union civile, pour confirmer ou infirmer leur volonté de rester ensemble<sup>1697</sup>. Surtout, se demande Monsieur Stefano Troiano, en distinguant clairement les deux cas, c’est-à-dire celui de l’union civile devant être automatiquement dissoute à la suite du changement de sexe de l’une des parties, même si ces dernières souhaitent rester ensemble, et celui du mariage, automatiquement transformé en union civile s’il y a eu changement de sexe de l’une des parties et que ces dernières souhaitent rester ensemble, n’introduit-on pas une disparité déraisonnable de traitement, « *un’irragionevole disparità di trattamento* »<sup>1698</sup> ?

On ne saurait nier que les parties à l’union civile, formation sociale dans laquelle les individus doivent pouvoir développer leur propre personnalité, selon l’article 2 de la Constitution, de nature solidaire proche du mariage, doivent pouvoir continuer à bénéficier des droits acquis lors de leur union, garantis par la Constitution, et donc pouvoir trouver un équilibre entre le modèle précédemment homosexuel et celui nouvellement hétérosexuel<sup>1699</sup>.

En restant sur la lignée de la loi de 1982, le législateur italien a pris un risque, celui de créer une « interruption (non justifiée) d’une relation préexistante », *una ingiustificata « interruzione della preesistente dimensione relazionale »*<sup>1700</sup>, pouvant potentiellement donner lieu à un recours d’inconstitutionnalité, « *di illegittimità costituzionale* »<sup>1701</sup>.

---

<sup>1695</sup> S. TROIANO, « Comma 26-27 », in C. M. BIANCA e S. TROIANO (dir.), *Le unioni civili e le convivenze*, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 415.

<sup>1696</sup> *Ibid.*

<sup>1697</sup> *Ibid.*, p. 426.

<sup>1698</sup> *Ibid.*, p. 417.

<sup>1699</sup> *Ibid.*, p. 418.

<sup>1700</sup> *Ibid.*, p. 419.

<sup>1701</sup> *Ibid.*

## **B/ Reconnaissance du mariage pour tous**

**690.** Entre la reconnaissance des partenariats enregistrés et l'acceptation des mariages antérieurs et postérieurs au changement de sexe, on aurait pu penser que les États, les diverses organisations de défense ainsi que l'opinion publique se satisferaient de ces nouveaux statuts. C'est d'ailleurs, à ce jour, la position de l'Italie, qui n'envisage pas d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels.

À l'inverse, la France et l'Angleterre ont consacré le mariage homosexuel par deux lois, du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe en France<sup>1702</sup> et le *Marriage (Same-Sex Couples) Act* en date du 17 juillet 2013, en Angleterre<sup>1703</sup>. Une fois la loi votée (1), les deux États ont adopté un même refus de céder face aux états d'âme des officiers d'état civil (2).

### **1/ Adoption de la loi dite mariage pour tous**

**691.** La loi ouvrant le mariage à tous, indépendamment de toute identité sexuelle, a suivi un processus typiquement anglais, le Parlement tenant compte d'un arrêt important pour amender sa législation (a), et non moins typiquement français, avec l'adoption d'une loi divisant le pays en deux (b).

#### a/ D'un landmark case à une loi, illustration du processus législatif anglais

**692. Landmark case.** - Tout démarre véritablement avec l'affaire<sup>1704</sup> *Wilkinson v Kitzinger*<sup>1705</sup>. Les deux requérantes, Mesdames Kitzinger et Wilkinson, deux Britanniques mariées selon les lois de la Colombie-Britannique en 2003, découvrent à leur retour du Canada que leur mariage n'a pas de reconnaissance juridique dans leur pays d'origine.

À la date du début du processus judiciaire, le *Civil Partnership Act* n'est pas encore entré en vigueur, mais le *Bill* prévoit déjà ce qui sera repris dans l'*Act*, à savoir

---

<sup>1702</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n° 0114 du 18 mai 2013.

<sup>1703</sup> *Marriage (Same-Sex Couples) Act* de 2013.

<sup>1704</sup> *Wilkinson v Kitzinger* [2006] EWHC 2022 (Fam), (2007) 1 FLR 295.

<sup>1705</sup> S. CHOUDHRY & J. HERRING, *European human rights and family law*, op. cit., p. 152.



qu'un *overseas marriage* doit être considéré comme un partenariat enregistré<sup>1706</sup>, et non comme un mariage en tant que tel, dans la mesure où, à l'époque des faits, le mariage est ouvert uniquement aux couples constitués d'un homme et d'une femme, suivant en cela le *precedent* établi par l'arrêt *Hyde v Hyde*<sup>1707</sup> en 1886 et repris par l'article 11 du *Matrimonial Causes Act* de 1973<sup>1708</sup>.

Face au refus de reconnaissance de leur union de même sexe légalement célébré à l'étranger, les parties demandent que l'article 11 du *MAC* de 1973 et le chapitre 2 de la partie 5 du *Civil Partnership Act* de 2004<sup>1709</sup>, soient déclarées incompatibles avec les articles 8, 12 et 14 de la CEDH, ainsi que la *S. 4* du *Human Rights Act* de 1998.

Outre l'aspect légal, les demanderesses reviennent sur l'importance de l'institution du mariage, élément clé de reconnaissance sociale, en soulignant les limites du partenariat enregistré, vu comme un simple lot de consolation et ressenti à la fois comme une insulte et une humiliation : « *While marriage remains open to heterosexual couples only, offering the 'consolation prize' of a civil partnership to lesbians and gay men is offensive and demeaning. Marriage in our society's fundamental social institution for recognising the couple relationship and access to his institution is an equal right issue ... (Marriage and civil partnership) are not equal symbolically, when it is marriage that is the key social institution celebrated and recognised around the world* »<sup>1710</sup>.

Saisi de la question, le juge Potter rejette la requête des deux femmes. Il n'y a pas eu violation de droits de l'homme, ni au titre de l'article 8, ni de l'article 12 ou de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. La question est certes sujette à controverses et manque de consensus, mais la jurisprudence strasbourgeoise, à l'époque, ne considère pas les relations entre partenaires de même sexe comme constitutives d'une « vie de famille »<sup>1711</sup> - argument avancé par les demanderesses -, puisque ne pouvant pas donner naissance à des enfants, but premier du mariage. En conséquence, le mariage doit être célébré entre un homme et une femme ; toute tentative de reproduire le raisonnement de l'arrêt *Goodwin v UK* aux relations homosexuelles serait tout simplement « *outside its contemplation* »<sup>1712</sup>. En outre, le *Civil Partnership Act* a justement été adopté pour offrir une réponse aux situations de différences de traitement entre couples hétérosexuels et

---

<sup>1706</sup> *Civil Partnership Act* de 2004, *S. 1 (1) (b)*, renvoyant au chapitre 2 de la partie 5, consacrée aux « *Overseas relationships treated as civil partnerships* ».

<sup>1707</sup> *Hyde v Hyde* [1866] LR 1 PD 130.

<sup>1708</sup> *MAC* de 1973.

<sup>1709</sup> *Civil Partnership Act* de 2004.

<sup>1710</sup> *Wilkinson v Kitzinger* [2006], § 18.

<sup>1711</sup> S. GILMORE & L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>1712</sup> *Ibid.*

couples homosexuels, offrant à ce dernier pratiquement tous les droits et obligations du mariage<sup>1713</sup>. Il n'y a donc pas ici matière à discrimination. En conclusion, la législation étant claire et ne posant pas de difficulté d'application, il n'y a pas lieu à la modifier, d'autant que « si le juge a le pouvoir d'interpréter la loi, il n'a pas la possibilité de légiférer »<sup>1714</sup>.

**693. Raisonement.** - Le raisonnement du juge Potter ne fait pas l'unanimité parmi ses pairs. Il a été déclaré, en premier lieu, en décalage total non seulement avec le droit mais avec la société en général : « *out of step with other areas of the law and societal trends* »<sup>1715</sup>. Il a ensuite été critiqué comme étant peu convaincant, car, dans le même temps, des couples sans enfant se voyaient considérés, par d'autres juges, comme des « familles »<sup>1716</sup>. Enfin, il lui a été reproché d'être éloigné de la réalité puisque, à peu près à la même époque, 58% des personnes interrogées sur le sujet disaient approuver l'idée d'un mariage ouvert à tous les couples, quel que soit le sexe des partenaires<sup>1717</sup>. La doctrine du « *separate but equal* » ne faisait décidément plus recette.

**694. Projet de loi et loi.** – En mars 2012, le gouvernement lance une consultation sur le « *Equal Civil Marriage* »<sup>1718</sup> et reçoit quelques 228.000 réponses<sup>1719</sup>, dont il ressort clairement que si opposition il doit y avoir, elle viendra des organisations religieuses. Afin d'éviter toute crispation religieuse, le gouvernement précise d'emblée et en amont de toute discussion parlementaire que lesdites organisations religieuses seront libres de refuser ce concept de mariage pour tous, selon le principe du *Quadruple Lock*. En conséquence, durant les débats au sein du Parlement, si des voix s'élèvent pour exprimer leur peur qu'une telle forme d'union altère la signification même du mariage, la plupart de ceux qui s'expriment placent le niveau des débats au-delà du religieux *stricto sensu* et appellent à la tolérance et à l'acceptation de l'évolution de la société, en estimant qu'en agissant ainsi,

---

<sup>1713</sup> Les différences tenant à la dissolution du partenariat enregistré.

<sup>1714</sup> INSTITUT DE DROIT COMPARÉ ÉDOUARD LAMBERT UNIVERSITÉ JEAN MOULIN - LYON 3, « Le mariage entre personnes du même sexe - Étude pour la Cour de cassation », *loc. cit.*, p. 392.

<sup>1715</sup> S. GILMORE & L. GLENNON, *op. cit.*, p. 38.

<sup>1716</sup> À titre d'exemple : *Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd* [2001] AC 27, dans le cadre des *Rent Acts*.

<sup>1717</sup> Source : [http://cdn.yougov.com/cumulus\\_uploads/document/lu4hu1in3u/YG-Archive-Pol-Sunday-Times-results-170513.pdf](http://cdn.yougov.com/cumulus_uploads/document/lu4hu1in3u/YG-Archive-Pol-Sunday-Times-results-170513.pdf)

<sup>1718</sup> La question posée était la suivante : « *Do you agree or disagree with enabling all couples, regardless of their gender to have a civil marriage ceremony ?* ».

Source : <https://www.gov.uk/government/consultations/equal-marriage-consultation>

<sup>1719</sup> S. GILMORE & L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, *op. cit.*, p. 40.

c'est-à-dire en reconnaissant l'union de deux personnes de même sexe, on offrirait à tous une réelle égalité et une même liberté, autant d'arguments qui touchent le cœur d'un Britannique<sup>1720</sup>. On retiendra l'intervention du comte de Clancarty pour qui une telle loi permettrait justement de redéfinir le mariage, en l'améliorant : « *The Bill will redefine marriage but, I believe, for the better* »<sup>1721</sup>.

Sans plus de controverses, le *Marriage (Same-Sex Couples) Act*<sup>1722</sup> reçoit la sanction royale le 17 juillet 2013, avec un premier mariage homosexuel célébré dès le 29 mars 2014.

La nouvelle loi précise, de manière très simple, que le « *marriage of same sex couples is lawful* » et que la législation en cours, jusqu'alors réservée aux couples hétérosexuels, est dorénavant applicable à tous les couples.

Désormais, un couple de même sexe a la possibilité de voir son union solennisée au cours d'une cérémonie civile ou même religieuse, si la religion concernée l'accepte. Pour cela, il faut que le couple soit membre, au choix, de l'Église unilatérale du Christ, de l'Église communautaire métropolitaine, de l'Église unitarienne universelle, de l'Église d'unité. Le courant des juifs réformés accepte également de célébrer un mariage homosexuel, ainsi que la plupart des maisons des amis, c'est-à-dire des quakers. Quant aux Églises épiscopale et luthérienne, elles agissent au cas par cas.

**695.** Ainsi, les couples homosexuels anglais ont obtenu le choix de s'unir *via* un partenariat enregistré ou un mariage civil, voire même un mariage religieux.

Si, pendant longtemps, les couples hétérosexuels n'ont eu le choix qu'entre le mariage civil et le mariage religieux, à l'exclusion de tout *civil partnership*, la loi de 2019<sup>1723</sup> a permis d'atteindre l'équilibre pour tous.

#### b/ D'une élection à une loi, le malaise français

**696. Contexte.** - Selon les sondages<sup>1724</sup>, un an avant l'adoption de la loi dite du mariage pour tous, 44% des Français se déclaraient en faveur des unions de même sexe, un chiffre

---

<sup>1720</sup> Source : <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201314/ldhansrd/text/130604-0001.htm>

<sup>1721</sup> *Ibid.*

<sup>1722</sup> *Marriage (Same-Sex Couples) Act* de 2013.

<sup>1723</sup> *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act* de 2019, S. 2. Pour aller plus loin sur ce changement :

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/815741/Civil\\_Partnerships\\_-\\_Next\\_Steps\\_and\\_Consultation\\_on\\_Conversion.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/815741/Civil_Partnerships_-_Next_Steps_and_Consultation_on_Conversion.pdf)

bien inférieur à son équivalent anglais mais non totalement dérisoire. En outre, François Hollande avait clairement exposé son programme électoral dans lequel figurait la reconnaissance des unions de même sexe. Ce qui devait donc être l'aboutissement logique d'un processus entamé dans les années 1990<sup>1725</sup> n'aurait donc dû surprendre personne.

**697. Réactions.** – Les oppositions furent à l'inverse nombreuses<sup>1726</sup>. La forte mobilisation n'a pas fait fléchir le gouvernement mais a ravivé la question de l'acceptation de la sécularisation du mariage en France.

Divers facteurs peuvent expliquer ces réactions. Madame Irène Théry rappelle qu'« En instituant le mariage de même sexe, il ne s'agit pas de faire accéder au mariage une minorité qui en était exclue mais bien de *redéfinir pour tous l'institution même du mariage*. Cette dimension de métamorphose institutionnelle a été constamment déniée, alors que tout l'enjeu aurait été de dire pourquoi elle était justifiée. Du coup, faute d'explication historique, sociale et politique, le discours naturalisant s'est déployé des deux côtés : pour défendre l'ancienne institution, pour défendre la nouvelle. C'est inévitable quand on se situe hors de l'idée fondamentale que l'institution est au cœur de ce qui nous fait humains »<sup>1727</sup>.

Au-delà, Monsieur Philippe Portier décrit la difficulté d'accepter la sécularisation en montrant comment la loi s'extrait « quasi irrésistiblement de l'univers de la culture chrétienne. L'épisode du « mariage pour tous » marque en effet une rupture supplémentaire. En ouvrant aux couples du même sexe le droit au mariage et à l'adoption, la loi a ajouté un nouveau coin, après la facilitation du divorce, l'égalisation du statut des filiations, l'institutionnalisation du pacs, dans le schéma occidental de l'appariement. Cette rupture est le fruit sans doute de l'expansion de la logique de l'égalité : dans un monde rendu aux arguments du nominalisme, nous ne voyons plus pourquoi il faudrait, dans l'accès aux droits et la construction des institutions, faire des différences entre les

---

<sup>1724</sup> Source : <https://www.bfmtv.com/societe/44pour-cent-francais-favorables-mariage-a-ladoption-couples-homos-404026.html>

<sup>1725</sup> V. ÉGÉA, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 47 et s. : l'auteur révient sur la genèse, en France, de la question de la différence de sexe entre les époux comme condition du mariage et évoque, entre autres, le « mariage de Bègles » ainsi que les interventions de la Cour de cassation (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 2007, *Bull. civ.* 2007, n° 113 ; *D.* 2007, 1389, rapp. Pluyette, note Agostini), de la CEDH (*Chapin et Charpentier c. France*, 9 juin 2016, n° 40183/07) et du Conseil constitutionnel (Cons. const., décision n° 2010-92, QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne c. et autre (interdiction du mariage entre personnes de même sexe)*).

<sup>1726</sup> Les chiffres varient selon les sources, selon qu'ils émanent des organisateurs ou de la police, mais il semblerait que les manifestations des 13 janvier, 24 mars, 21 avril et 26 mai (soit après l'adoption de la loi) 2013 aient rassemblé jusqu'à un million, voire un million quatre cent mille personnes à chaque fois.

<sup>1727</sup> P. PORTIER et I. THÉRY, « Du mariage civil au “mariage pour tous”. Sécularisation du droit et mobilisations catholiques », *Sociologie*, n° 1, vol. 6, § 16.

individus. Cela valait hier dans le domaine public. Cela vaut aujourd'hui dans le domaine du privé »<sup>1728</sup>. Or, poursuit le politologue, « il est une autre raison à la réussite inattendue de ces manifestations. Elle tient au fait que la structure catholique subsiste bien mieux qu'on ne le croit »<sup>1729</sup>.

Cette structure, qu'elle soit uniquement catholique ou non, est non seulement attachée au mariage mais également à sa finalité, c'est-à-dire à la procréation et à l'éducation des enfants. Comme le souligne Monsieur Vincent Égéa, « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe opéra une rupture avec la finalité procréatrice du mariage au profit d'une conception dans laquelle la structure familiale, ici fondée sur le mariage, devient le cadre d'exercice des droits et libertés fondamentaux. D'un point de vue anthropologique, la portée d'une telle évolution demeure vertigineuse, car elle remet en cause une construction sociale et juridique qui se réclamait de données naturelles, inscrite dans une histoire séculaire, au profit d'une autre approche davantage basée sur la volonté »<sup>1730</sup>.

Ces éléments *a priori* non anticipés et *a posteriori* non retenus ont clivé un pays et surpris les médias étrangers, pourtant habitués aux passions exacerbées en France, par l'ampleur des revendications de tout bord<sup>1731</sup>.

**698. Loi.** - C'est donc dans un climat particulièrement peu serein qu'a finalement été adoptée, le 17 mai 2013, par 331 voix contre 225 (et 10 abstentions), la loi ouvrant le mariage à tous, couples hétérosexuels ou homosexuels<sup>1732</sup>, dite « loi Taubira », du nom du garde des Sceaux ayant porté le projet de loi.

**699. Acceptation.** - Depuis, les tensions se sont visiblement apaisées, ainsi que le démontrent divers sondages menés par l'Ifop, BVA ou le *Pew Research Center*. Les chiffres parlent d'eux mêmes : ainsi, quelques 68 à 73% des personnes françaises

---

<sup>1728</sup> *Ibid.*, n° 85.

<sup>1729</sup> *Ibid.*, n° 88.

<sup>1730</sup> V. ÉGÉA, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 55.

<sup>1731</sup> Source :

<https://www.nytimes.com/2013/05/27/world/europe/thousands-march-in-france-against-gay-marriage.html>

<https://www.bbc.com/news/world-europe-20382699>

<https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/9998797/Tensions-rise-as-French-parliament-prepares-for-final-gay-marriage-debate.html>

[https://www.corriere.it/esteri/12\\_novembre\\_17/francia-manifestazioni-contro-i-matrimoni-gay\\_3680dd06-30dd-11e2-baec-20f01743e162.shtml?refresh\\_ce-cp](https://www.corriere.it/esteri/12_novembre_17/francia-manifestazioni-contro-i-matrimoni-gay_3680dd06-30dd-11e2-baec-20f01743e162.shtml?refresh_ce-cp)

[http://www.famigliacristiana.it/articolo/francia\\_5381.aspx](http://www.famigliacristiana.it/articolo/francia_5381.aspx)

<sup>1732</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n° 0114 du 18 mai 2013.

interrogées s'affirment désormais favorables aux mariages entre personnes de même sexe<sup>1733</sup>.

Dorénavant, un couple français, quelle que soit son orientation sexuelle, peut donc s'unir en plaçant son alliance sous les auspices du PACS ou du mariage. Il pourra même se voir reconnaître des droits en bénéficiant simplement du statut du concubinage. Trois options variées, une « trilogie de statut de couple »<sup>1734</sup>, pour reprendre l'expression de Madame Anne-Marie Leroyer, répondant à des attentes certes variables mais juridiquement de plus en plus proches.

## 2/ De la clause de conscience

**700.** Dès le lendemain de l'adoption des lois ouvrant le mariage à tous les couples, de nombreux maires et autres officiers d'état civil ont refusé de célébrer des mariages ou des partenariats enregistrés entre personnes de même sexe, pour des raisons variables, aussi bien religieuses que politiques, anthropologiques ou juridiques.

Ils l'ont fait de manière « secrète et relative », pour reprendre l'expression de Monsieur Frédéric Dieu<sup>1735</sup>, en préférant s'abstenir de célébrer la cérémonie entre personnes de même sexe et en demandant à un collègue de la mairie s'agir en leur nom. Ou, toujours selon le Maître des requêtes au Conseil d'État, de façon « ouverte et absolue »<sup>1736</sup>, en affirmant haut et fort leurs positions et en faisant en sorte que ce type de cérémonie ne puisse être célébré en leur mairie. Le débat est resté franco-français (a) quand il est monté jusqu'à la CEDH en Angleterre (b).

---

<sup>1733</sup> Source :

<https://adf.net/portfolio-items/sondage-ifopadfh-la-presidentielle-2017-et-les-droits-des-homosexuel-le-s-et-des-familles-homoparentales>

[http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fwww.bva.fr%2Fdata%2Fsondage%2Fsondage\\_fiche%2F1724%2Ffichier\\_bva\\_-\\_orange\\_-\\_i-tele\\_-\\_les\\_francais\\_et\\_les\\_droits\\_des\\_couples\\_homosexuelse312c.pdf](http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fwww.bva.fr%2Fdata%2Fsondage%2Fsondage_fiche%2F1724%2Ffichier_bva_-_orange_-_i-tele_-_les_francais_et_les_droits_des_couples_homosexuelse312c.pdf)

<https://www.pewforum.org/2018/05/29/being-christian-in-western-europe/>

<sup>1734</sup> A.-M. LEROYER, « La loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.*, 2013, p. 1697 et s.

<sup>1735</sup> F. DIEU, « Opposition des officiers d'état civil au mariage entre personnes de même sexe : vers la reconnaissance de l'objection de conscience? », *D.*, 2013, p. 1643.

<sup>1736</sup> *Ibid.*

## a/ Débats français

**701. Circulaire.** - En France, une circulaire<sup>1737</sup> a très vite été diffusée auprès des préfets, afin de rappeler les sanctions pénales et administratives<sup>1738</sup> auxquelles s'exposerait un officier d'état civil refusant de marier un couple homosexuel<sup>1739</sup>.

Monsieur Frédéric Dieu a cependant fait remarquer que dans le cas d'une opposition secrète, c'est-à-dire du refus par un membre de la mairie de célébrer une union entre personnes de même sexe, les sanctions ne pourraient être que légères, voire nulles : en effet, si les futurs époux ont un certain choix quant à la commune de célébration<sup>1740</sup>, ils n'ont aucun droit de regard sur l'officier célébrant. En outre, dans le cas d'une opposition secrète, un autre membre du conseil municipal peut parfaitement officier en lieu et place du maire. Le mariage aura donc bien lieu : ce qui est essentiel, c'est que l'union soit célébrée ; peu importe *qui* la célèbre. Il en irait en revanche différemment en cas d'opposition ouverte, le refus de célébrer un mariage pouvant s'apparenter alors à une mesure destinée « à faire échec à l'exécution de la loi »<sup>1741</sup> et empêcher le bon fonctionnement des services publics de l'état civil.

**702. QPC.** – Une QPC est portée devant le Conseil constitutionnel à l'automne 2013<sup>1742</sup>, à la suite du recours déposé par sept maires devant le Conseil d'État. Ces derniers demandent l'annulation de la circulaire du 13 juin 2013<sup>1743</sup>, et en particulier l'annulation des dispositions relatives aux « conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier d'état civil » au titre du respect de leur liberté de conscience<sup>1744</sup>, reconnue comme partie intégrante « des droits civiques et garanties fondamentales accordés aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » protégés par l'article 34 de la

---

<sup>1737</sup> Circ. du Ministère de l'Intérieur 13 juin 2013, conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier d'état civil, n° NOR INTK1300195C.

<sup>1738</sup> Sanctions administratives : risque de suspension ou de révocation, selon l'article L. 2122-16 CGCT. Sanctions pénales : C. pén., art. 432-1 et 432-7 combinés à l'article 225-1.

<sup>1739</sup> F. DIEU, *loc. cit.*

<sup>1740</sup> C. civ., article 74 : « Le mariage sera célébré, au choix des époux, dans la commune où l'un d'eux, ou l'un de leurs parents, aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi ».

<sup>1741</sup> C. pén., art. 432-1.

<sup>1742</sup> Cons. const., décision n° 2013-353, QPC du 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres (célébration du mariage – absence de « clause de conscience » de l'officier d'état civil)*.

<sup>1743</sup> Circ. du Ministère de l'Intérieur 13 juin 2013, conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier d'état civil, n° NOR INTK1300195C.

<sup>1744</sup> P. LUTTON, « Liberté de conscience des élus locaux: jurisprudence constitutionnelle c. jurisprudence européenne? », *Constitutions*, 2013, p. 564 et s.

Constitution, ainsi que par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

L'argument n'est pas retenu. À l'inverse, le Conseil constitutionnel valide « l'absence dans la loi du 17 mai 2013 de disposition instituant un régime d'objection de conscience des officiers d'état civil appelés à célébrer des mariages de personnes de même sexe »<sup>1745</sup>. Le Conseil constitutionnel rappelle ici la nécessité pour un officier d'état civil d'assurer « le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil »<sup>1746</sup>. Ce qui est demandé à un maire, lors d'un mariage, c'est de vérifier le respect d'un certain nombre de mesures, telles le délai de publication, le nombre de témoins, l'âge des époux, le consentement de ces derniers, l'existence d'un contrat, etc. À ce titre, l'officier d'état civil est donc vu comme un instrument agissant au nom de la loi<sup>1747</sup>. Son point de vue intime n'a pas d'importance et ne l'engage en rien personnellement. Autrement dit par le Conseil lui-même, « eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n' (est) pas porté atteinte à la liberté de conscience »<sup>1748</sup>.

La formule se veut avant tout un rappel de la nature des activités de l'officier d'état civil, nature qui « n'a rien à voir avec les clauses de conscience prévues en droit français et notamment en droit de la santé, en ce que « l'acte accompli est un acte juridique qui n'implique pas la conscience de son auteur dans des conditions comparables à l'acte de diagnostic ou thérapeutique du médecin »<sup>1749</sup>. On ne saurait mettre sur le même plan opinion et atteinte à la vie.

#### b/ Du côté anglais et européen

**703.** Un peu plus tôt dans l'année 2013, la CEDH avait eu à s'intéresser à un cas proche de celui des sept maires français, lors de l'examen de l'arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni*<sup>1750</sup>, quatre affaires en lien avec la liberté de conscience, de pensée et de religion, telle que prévue à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

---

<sup>1745</sup> *Ibid.*, p. 564.

<sup>1746</sup> Cons. const., décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, *op. cit.*

<sup>1747</sup> P. LUTTON, *loc. cit.*

<sup>1748</sup> Cons. const., décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, *op. cit.*

<sup>1749</sup> A. M. LECIS COCCO ORTU, « Mariages homosexuels et objection de conscience : protéger les consciences contre la loi ou la loi contre les consciences ? » IXème Congrès mondial de droit constitutionnel de l'IACL-AIDC, Association internationale de Droit constitutionnel - IACL-AIDC, June 2014, Oslo, Norway. », *HAL archives ouvertes*, 2014, p. 12.

<sup>1750</sup> CEDH, *Eweida c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, n° 48420/10.



**704. Tribunal.** – Alors qu'elle est employée, et cela depuis 1992, en tant qu'officier d'état civil du conseil municipal d'Islington, district de Londres, Lillian Ladele prévient que si un couple homosexuel se présente à la mairie pour s'unir selon le modèle du partenariat enregistré adopté en 2004 *via* le *Civil Partnership Act* et entré en vigueur en décembre 2005, elle ne pourra que refuser de célébrer l'union, au nom de ses convictions religieuses.

Lors de l'introduction de la nouvelle loi autorisant les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe, un certain nombre de mairies britanniques mettent en place des mesures permettant à la fois de n'obliger aucun officier d'état civil à célébrer ces *partnerships* si l'officier d'état civil en question n'en a pas la volonté, tout en ne refusant pas ladite célébration aux couples intéressés<sup>1751</sup>. Ce n'est pas le cas cependant de la mairie d'Islington. Quand il est demandé à Madame Ladele de célébrer un partenariat enregistré, elle refuse. De discussions en conseil de discipline, la mairie menace alors Madame Ladele de licenciement sur fond de *gross misconduct*, de faute grave, ce qui conduit cette dernière à se tourner vers l'*Employment Tribunal*, équivalent anglais du Conseil des Prudhommes, qui soutient la demande de Madame Ladele, sur fond de discrimination directe et indirecte, et d'harcèlement.

**705. Appels.** - La décision du *Tribunal* étant cependant infirmée par l'*Employment Appeals Tribunal*, Madame Ladele interjette appel auprès de la *Court of Appeal*<sup>1752</sup>, qui confirme la position de l'*Employment Appeals Tribunal*.

Dans les deux cas, les instances judiciaires rappellent que le travail requis par Madame Ladele ressort du domaine et de l'autorité publics : « *Ms Ladele was employed in a public job and was working for a public authority; she was being required to perform a purely secular task, which was being treated as part of her job* »<sup>1753</sup>. Par ailleurs, les tribunaux estiment que la loi a été respectée, le conseil municipal d'Islington ayant suivi à la lettre un texte relatif à sa politique d'égalité, texte dit « *Dignity for all* »<sup>1754</sup>, que ce même conseil avait précédemment adopté afin d'éviter, ou du moins de minimiser, les tensions entre les employés du conseil municipal, ainsi qu'entre le conseil municipal et les contribuables. En refusant de suivre cette politique, précise la Cour d'appel, Madame Ladele heurte non seulement les convictions des couples souhaitant s'unir par partenariat

---

<sup>1751</sup> R. AHDAR, "Solemnisation of Same-sex Marriage and Religious Freedom", *Ecc LJ*, 16, 2014, p. 303.

<sup>1752</sup> *Ladele v London Borough of Islington* [2009] EWCA (Civ) 1357.

<sup>1753</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>1754</sup> R. AHDAR, "Solemnisation of Same-sex Marriage and Religious Freedom", *loc. cit.*, p. 303.

enregistré mais également celles de certains de ses collègues, eux-mêmes homosexuels : « *Ms Ladele's refusal was causing offence to at least two of her gay colleagues* »<sup>1755</sup>. Enfin, les juges soulignent que les exigences du conseil municipal n'empêchent pas Madame Ladele de pratiquer sa religion : « *Islington's requirement in no way prevented her from worshipping as she wished* »<sup>1756</sup>. Tous les employés d'Islington étant traités de la même manière, il n'y a donc pas lieu à discrimination, de manière directe - Madame Ladele n'ayant pas été traitée de manière moins favorable que d'autres, au nom de la religion - ou indirecte - certes, Madame Ladele se trouvait désavantagée, mais ce désavantage était justifié, au nom du respect légitime de la *Dignity for All policy* d'Islington, et proportionné<sup>1757</sup>.

**706. CEDH.** - L'appel devant la Cour Suprême ayant été refusé<sup>1758</sup>, c'est alors devant la CEDH qu'est portée l'affaire *Eweida c. Royaume-Uni*. L'instance européenne refuse également de voir en l'espèce une violation de l'article 14 de la Convention (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 9 (liberté de religion), par cinq votes contre deux.

La CEDH rappelle tout d'abord que « la liberté de pensée, de conscience et de religion est l'un des fondements d'une « société démocratique » au sens de la Convention », que « dans sa dimension religieuse elle est l'un des éléments les plus vitaux de l'identité des croyants et de leur conception de la vie », qu'elle « est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents »<sup>1759</sup>. Elle poursuit en reconnaissant que « l'exigence de l'autorité locale » sur « l'ensemble des officiers d'état civil » qui « officient aussi en matière de partenariat civil a eu un effet particulièrement préjudiciable pour » Madame Ladele « en raison de ses convictions religieuses »<sup>1760</sup>, puisqu'il va être procédé à son licenciement. La Cour revient ensuite sur la potentielle discrimination indirecte et se pose la question de la légitimité et de la proportionnalité du refus de l'autorité locale de faire une exception pour Madame Ladele, du fait de son respect de sa *Dignity for All policy*.

---

<sup>1755</sup> *Ladele v London Borough of Islington* (2009), *op. cit.*

<sup>1756</sup> *Ibid.*

<sup>1757</sup> R. SANDBERG, "The implications of the Court of appeal Decision in Ladele and other Case Law Developments", *Centre for Law and Religion - Cardiff University*, 2010, SSRN 2032648.

<sup>1758</sup> Une telle action ne présentant pas de perspective réaliste de succès.

<sup>1759</sup> CEDH, *Eweida c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, n° 48420/10, § 79.

<sup>1760</sup> *Ibid.*, § 104.

**707. De la légitimité de l'autorité locale.** – La Cour estime tout d'abord que l'autorité locale a agi en tant qu'« employeur et autorité publique pleinement engagés à promouvoir l'égalité des chances et à exiger de tous ses employés qu'ils agissent de manière telle que personne ne subisse de discrimination », un but parfaitement « légitime »<sup>1761</sup>.

**708. De la proportionnalité de la mesure prise par l'autorité locale.** - La première partie de la question relative à la légitimité de l'action de l'autorité locale étant réglée, la Cour se penche alors sur la seconde partie, celle portant sur la proportionnalité. La Cour note que les conséquences des actions de la requérante sont graves, « *serious* » : « compte tenu de la force de ses sentiments religieux », la requérante a préféré faire l'objet d'une procédure disciplinaire aboutissant à la perte de son emploi plutôt que d'enregistrer un partenariat civil. La Cour poursuit en estimant que « l'on ne peut affirmer que, lors de la signature de son contrat de travail, la requérante avait expressément renoncé à son droit de manifester ses croyances religieuses en refusant de participer à la célébration de pactes de partenariat civil, puisque cette exigence n'a été introduite par son employeur que par la suite »<sup>1762</sup>. Face à des droits de la Convention en concurrence, la Cour conclut en se référant à la large marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales pour établir un équilibre entre lesdits droits concurrents. En l'espèce les autorités locales n'ont donc pas excédé leur marge d'appréciation et, en conséquence, il n'y a pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 9<sup>1763</sup>.

**709. Conclusions franco-anglaises.** - Confronté à un problème relativement proche, le Conseil constitutionnel français, en se fondant sur la neutralité du service public, a apporté un réel motif qui se veut difficilement attaquant.

L'argumentaire de la Cour européenne, à savoir le respect de la légitimité, de la proportionnalité et de la marge d'appréciation, nous semble plus sujet à caution. On peut se demander en effet pourquoi, au lieu ou en plus d'invoquer les notions de légitimité, de proportionnalité et de marge d'appréciation, la CEDH ne s'en est pas remise à d'autres critères, tels la poursuite d'un but légitime, nécessaire, dans une société démocratique, pour faire respecter l'ordre public ou celui du caractère raisonnable. Mieux encore,

---

<sup>1761</sup> *Ibid.*, § 105.

<sup>1762</sup> *Ibid.*, § 106.

<sup>1763</sup> *Ibid.*

pourquoi, à l'instar de l'affaire *Dahlab c. Suisse*<sup>1764</sup>, la CEDH n'a-t-elle pas repris l'expression de « représentant de l'État » ?

Comparaison n'est pas raison et on ne saurait reprendre tous les argumentaires de la Cour européenne de 2001. En outre, la requérante de 2001 fonde sa plainte sur la violation de l'article 9 de la Convention, quand celle de 2013 s'appuie sur l'article 14 combiné à l'article 9. Cependant, en 2001, la Cour avait également dû faire face à deux droits concurrents « mettant (...) en balance la protection du but légitime que représente la neutralité de l'enseignement public et la liberté de manifester sa religion », problème qu'elle a résolu en estimant que « (...) dans les circonstances données et vu surtout le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l'État, les autorités genevoises n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation et que donc la mesure qu'elles ont prise n'était pas déraisonnable »<sup>1765</sup>.

Lorsqu'en 2015, quelques 146 maires et adjoints français réitèrent devant la CEDH leur demande de pouvoir arguer de la clause de conscience en cas de mariage homosexuel en leur municipalité, leur demande a été jugée irrecevable. Le débat est, semble-t-il, clos.

**710.** L'officier d'état civil, qu'il soit anglais ou français, n'échappera pas à l'obligation qui lui est désormais faite de célébrer une union de même sexe, sous la forme d'un mariage ou d'un partenariat enregistré. L'État, quel qu'il soit, a bien laïcisé l'union de tous les couples.

**711. Conclusion § 2.** – La reconnaissance du transsexualisme dans les trois États a conduit ces derniers à adapter leur législation dans le cas où l'un des conjoints d'un couple hétérosexuel marié selon les normes anglaises, françaises et italiennes viendrait ultérieurement à changer de sexe et à constituer un couple homosexuel, schéma un temps interdit.

Par la suite, ces modifications législatives sont devenues lettres mortes en France et Angleterre, ces deux États ayant franchi l'étape ultime de la reconnaissance du mariage civil ouvert à tous, quelle que soit l'orientation sexuelle des mariés, un choix que n'a pas validé l'Italie.

---

<sup>1764</sup> CEDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 février 2001, n° 42393/98.

<sup>1765</sup> *Ibid.*, § 1.

**712. Conclusion Section 2.** - En quelques années, l'Angleterre, la France et l'Italie ont révolutionné le droit des couples dans le domaine du mariage. Ils ont, dans un premier temps, prudemment ouvert la porte à la reconnaissance de l'union homosexuelle dans un cadre restreint, celui des partenariats enregistrés, tous ouverts aux couples de même sexe bien que parfois de manière exclusive, en faisant en sorte qu'il ne puisse pas y avoir de confusion entre mariage et partenariat enregistré. Avec le temps, et même si la frontière entre les deux institutions a pu s'estomper, en particulier en droit français et récemment en droit anglais, les partenariats enregistrés sont devenus des outils à part entière de la législation matrimoniale des trois États.

La France et l'Angleterre ont ensuite procédé à un bouleversement majeur, en reconnaissant la possibilité à tous de se marier, couples hétérosexuels ou homosexuels. Cette révolution matrimoniale, qu'elle se soit faite dans la concertation ou dans l'opposition, est depuis devenue inattaquable, tant au niveau des juridictions nationales anglaises et françaises que de celles européennes, toutes refusant désormais fermement d'y déroger au nom de la clause de conscience des agents en charge de la célébration du mariage civil.

## **Conclusion Chapitre 2**

**713.** Les trois États ont vécu des changements matrimoniaux réellement radicaux au cours de ces dernières années, en acceptant d'octroyer une reconnaissance juridique civile aux couples non hétérosexuels, qui en sa forme la plus simple, celle des partenariats enregistrés, qui en lui conférant un statut identique à celui du mariage, réservé pendant des siècles à un homme et une femme. Cette véritable révolution matrimoniale avait été précédée d'une autre mutation de taille, celle de la reconnaissance du divorce pour tous, avec des garde-fous plus ou moins maintenus avec le temps. Il est devenu clair que les principes chers à la doctrine chrétienne d'indissolubilité des liens du mariage et de l'union réservée à l'homme et à la femme n'ont aujourd'hui plus cours en Angleterre, en France et en Italie.

## Conclusion Titre II

714. Les théories de la théocratie, royale comme pontificale, cette alliance entre chrétienté et pouvoir civil, ne sont plus que de lointains souvenirs.

Les trois États se sont tous nettement affranchis de la tutelle religieuse de Rome, bien qu'ayant opté pour des régimes institutionnels très différents en fin de compte, entre une monarchie avec Église établie, une république concordataire également avec ententes, et un autre type de république, laïque cette fois.

Il n'en reste pas moins une histoire commune. C'est justement sur les bases de ce passé commun que l'Angleterre, la France et l'Italie ont bâti leur nouveau droit matrimonial, en se réappropriant certaines mesures précédemment qualifiées de catholiques, à l'instar du mariage, de la séparation de corps, de la nullité, pour mieux les réinventer.

En soi, ces nouveautés civiles constituaient déjà des ruptures avec la papauté. Mais elles n'étaient rien en comparaison de ce qui allait advenir par la suite, entre la reconnaissance du divorce civil et l'ouverture des mariages ou des partenariats enregistrés à tous.

Avec le temps, la séparation Église-État, si elle peut parfois ne pas être flagrante en termes politiques, culturels, sociologiques, est donc devenue indéniablement consommée sous l'angle juridique matrimonial.

Cependant, malgré tout ce qui vient d'être démontré, la religion continue à avoir un impact réel, bien que moins visible, au sein du droit des couples anglo-franco-italien.

# TITRE III : UNE PERSISTANCE VARIABLE DE L'INFLUENCE DE L'ÉGLISE SUR LE DROIT CIVIL DES COUPLES

**715.** Si la France se proclame être une république laïque, elle n'en place pas moins la liberté de conscience parmi les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR), intégrés au bloc de constitutionnalité depuis 1971<sup>1766</sup>. Elle rattache en outre cette liberté bien spécifique à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>1767</sup>.

Il faut donc comprendre la liberté de conscience au prisme de deux articles essentiels et complémentaires. Ainsi, l'article 10 de la Déclaration de 1789 instaure que « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi » quand l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1905 rappelle que « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ».

L'État français n'ignore donc pas la liberté de conscience, sous réserve du respect de l'ordre public.

**716.** Ordre européen oblige, cette liberté de conscience est aujourd'hui renforcée par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1768</sup>, ainsi que par l'article 10

---

<sup>1766</sup> L. SPONCHIADO, « De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe », *RFD const.*, 96, 2013, § 3.

<sup>1767</sup> Depuis, en particulier : Cons. const, décision n° 2013-353, QPC du 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres (célébration du mariage – absence de « clause de conscience » de l'officier d'état civil)* et décision n° 2017-695, QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre (mesures administratives de lutte contre le terrorisme)*.

<sup>1768</sup> Conv. EDH, art. 9 : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. / 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>1769</sup>, qui, dans les deux cas, l'associent à la liberté de religion.

Cette double reconnaissance, ne pouvant en aucun cas être restreinte sauf pour des questions d'ordre public, implique la liberté de croire mais également de ne pas croire, de changer de confession, de manifester sa religion, de la pratiquer.

La cour de Strasbourg en déduit que l'État, quel que soit par ailleurs son modèle institutionnel, se doit donc d'être neutre en termes religieux<sup>1770-1771</sup>, c'est-à-dire qu'il doit être à la recherche d'un équilibre entre liberté de conscience et de religion, d'une part, et respect de l'ordre public, d'autre part, une large marge d'appréciation lui étant par ailleurs reconnue.

**717.** C'est l'équilibre ainsi décrit qui conduit les juges français à être saisis de sujets où fait religieux et droit civil peuvent être amenés à s'entrecroiser. Si les magistrats se gardent bien d'entrer dans l'analyse théologique du sujet religieux litigieux, ils n'en recherchent pas moins une réponse juridique civile à la problématique soulevée.

Il en va ainsi de la question délicate du *guet*, ce libelle indispensable à toute femme juive désireuse de se séparer religieusement de son mari mais que ce dernier peut lui refuser. Confrontés plus d'une fois à un refus de délivrance de *guet*, les tribunaux français ont cherché ledit équilibre : face à une question religieuse, ils ont réfléchi à une solution civile. Respect du principe de neutralité, respect de la liberté de conscience : c'est ainsi qu'ils en sont venus à appliquer le principe de l'abus de droit en cas de *guet* refusé.

**718.** Au nom de cette liberté de conscience, un juge français peut donc être amené à débattre, non pas de théologie, mais de fait religieux en son prétoire. Son homologue anglais ou italien se trouve *a priori* dans une situation différente. Il est en effet, le représentant d'un État ayant choisi d'établir des liens renforcés avec la religion, sous forme d'*establishment* ou de concordat-entente, un État où l'on revendique plus facilement sa religion en public, où la liberté de conscience et de religion tiennent une place telle qu'il

---

<sup>1769</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/01), 7 décembre 2000, art. 10 : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. / 2. Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. »

<sup>1770</sup> CEDH, *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, n° 18748/91, § 47.

<sup>1771</sup> CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88.



est possible de se marier de manière exclusivement religieuse tout en se voyant octroyer des effets civils.

**719.** Ces effets civils ne sont pour autant pas automatiques et induisent que le mariage religieux célébré en terre anglaise ou italienne respecte certaines normes fixées par l'État.

La République italienne se rappelle ainsi aux bons souvenirs des fidèles - néanmoins citoyens avant tout - sous diverses formes, la plus surprenante aux yeux d'un Français étant sans doute la lecture des articles du Code civil en pleine célébration matrimoniale, qu'elle soit catholique ou juive. L'Angleterre n'agit pas autrement quand, autre exemple, elle contrôle l'accès aux bâtiments susceptibles d'accueillir des mariages religieux, en leur octroyant – ou non - le statut privilégiés de *registered buildings*. L'Angleterre et l'Italie sont donc également à la recherche d'un équilibre, entre des Églises effectivement bien plus présentes qu'en France et un État qui tient, malgré tout, à préserver sa place hégémonique.

À l'instar de leur homologue français, les juges anglais et italiens, incarnations de cette autre forme d'équilibre, se garderont bien d'appréhender le fait religieux sous un angle théologique. Mais, comme lui, ils rechercheront une réponse juridique civile à une problématique religieuse.

**720.** C'est donc à un exercice d'équilibriste que doivent régulièrement se livrer ces trois États, en gérant au civil certains problèmes religieux de leurs ressortissants, dans le respect de la liberté de conscience et de religion, du principe de laïcité mais également de la suprématie de l'État.

Les solutions développées, parfois originales, s'articuleront ici sous deux angles, d'une part, au travers des systèmes matrimoniaux anglais et italien qui reconnaissent, outre le mariage civil, des effets civils aux mariages religieux, ce qu'accepte de faire également la France mais uniquement sous l'angle de son droit international privé (Chapitre 1), et d'autre part, au travers de l'influence que peuvent avoir certaines décisions des tribunaux religieux sur les tribunaux civils (Chapitre 2).

## Chapitre 1 : Des mariages religieux à effets civils

721. À l'instar de nombreux autres États européens<sup>1772</sup>, l'Angleterre et l'Italie ont opté pour un système matrimonial double.

En parallèle du mariage civil, ces deux États offrent en effet à leurs citoyens la possibilité de se marier selon le rite religieux de leur choix, sans avoir besoin de passer par la case « mariage civil obligatoire au préalable » tout en attribuant des effets civils à la cérémonie religieuse.

722. Ce mécanisme, dit du mariage religieux à effets civils, refusé par l'État français en son droit interne, est intéressant à analyser.

Il fait appel à des principes relativement méconnus et offrent des perspectives indéniables en termes de pluralisme religieux.

En outre, les fondements (Section 1) tout comme les institutions mises en place (Section 2) dans le cadre du dualisme des systèmes matrimoniaux anglo-italien prouvent qu'il est possible de décliner et de moduler cet instrument juridique selon une vaste palette de choix. Si la France a une place ici à part, ce n'est que sous son angle interne. En effet, la position de la France en droit international privé est proche de celle de ses voisines (Section 3).

### Section 1 : Fondements du système dualiste anglo-italien

723. L'Angleterre et l'Italie ont maintenu des liens plus étroits avec la religion chrétienne, tout en acceptant au fur et à mesure de laisser une certaine place aux autres religions. Le système qu'ils ont mis en place, s'il présente des similitudes, n'est pour autant pas identique dans les deux cas. La raison en est à la fois simple et complexe : en Angleterre, le modèle instauré est fondé sur l'*establishment* (§1), quand en Italie, il s'appuie sur un ensemble de concordat et d'ententes (§2).

---

<sup>1772</sup> Les pays suivants pratiquent également le dualisme matrimonial : Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, Grèce, Irlande, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Portugal, République tchèque, Slovaquie, Suède, soit dix-huit États membres de l'Union européenne, si l'on rajoute l'Angleterre et l'Italie. Suivent (plus ou moins) le modèle français : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Hongrie, Luxembourg, Pays-Bas, Roumanie, Slovénie, soit dix États membres de l'Union européenne.

## § 1 : Fondements anglais

724. Sans revenir sur les raisons ayant fait basculer le royaume chrétien d'Angleterre en une monarchie avec Église établie, il faut souligner l'importance de deux lois essentielles actant l'accord passé entre le royaume anglais et l'Église anglicane (A), avant de s'intéresser à la notion même d'*establishment*, c'est-à-dire aux conséquences qu'induit ce pacte (B). La place privilégiée ainsi accordée à l'Église anglicane pose évidemment la question de celle laissée aux autres religions (C).

### A/ Adoption de deux lois fondamentales

725. Avant la Réforme, l'Angleterre est chrétienne. Entre l'influence des Romains, des Celtes, des moines, en particulier bénédictins<sup>1773</sup>, puis des Normands, l'Église en Angleterre est pendant des siècles, tournée vers Rome, siège de la papauté. Il existe bien des tensions de part et d'autre<sup>1774</sup>, mais elles s'avèrent moins violentes que sur le Continent.

Au XVI<sup>e</sup> siècle, entre le désir d'un héritier mâle pour Henry VIII, le besoin d'asseoir les Tudor et la publication des thèses luthériennes, Londres en vient à refuser l'autorité papale. Au fur et à mesure, c'est un véritable « *catholixit* » qui se met en place, de manière douce avec la publication des Dix Articles en 1536, plus forte avec les Quarante-Deux Articles de 1553 : le droit canonique, tel qu'on le connaissait jusqu'alors, est transformé en profondeur<sup>1775</sup>. La Réforme s'encre durablement avec l'adoption, en 1559, de deux *Acts* fondamentaux, le deuxième *Act of Supremacy*<sup>1776</sup>, suivi de l'*Act of Uniformity*.

---

<sup>1773</sup> G. BEDOUELLE, *L'Église d'Angleterre dans la société politique britannique*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>1774</sup> Pour n'en citer que quelques unes : entre Guillaume le Conquérant et Grégoire VII (à partir de 1079), lorsque le roi refuse de prêter allégeance au pape; entre Henri II et Thomas Becket (et l'assassinat de ce dernier en 1170) à propos des constitutions de Clarendon; entre Édouard 1<sup>er</sup> et Boniface VIII (à partir de 1275), à propos du paiement de l'impôt du clergé, du droit d'asile des évêques, des legs et de l'envoi d'argent à l'étranger par les maisons religieuses (statut de Westminster 1275, statut de Main-morte 1279, statut de Carlisle 1307).

<sup>1775</sup> G. BEDOUELLE, *op. cit.*, p. 29.

<sup>1776</sup> Le premier *Act of Supremacy* est voté en 1534, sous Henry VIII, faisant de ce dernier le *Supreme Head* de l'*Ecclesia Anglicana*.

**726. Deuxième *Act of Supremacy*.** – En adoptant le deuxième *Act of Supremacy*<sup>1777</sup>, le Parlement, d'une part, réaffirme la mise à l'écart de la juridiction papale, et, d'autre part, fait d'Élisabeth 1<sup>re</sup> non plus la *Supreme Head* de l'Église d'Angleterre, mais la *Supreme Governor*<sup>1778</sup>, titre encore porté de nos jours par les souverains britanniques.

Ce changement n'est évidemment pas simplement lexical. Il a pour but de clarifier le lien établi entre le monarque et sa nouvelle religion.

En étant proclamé *Supreme Head*, il y avait en effet un risque réel de confusion des rôles, le terme de « Chef de l'Église » étant associé au Christ<sup>1779</sup> : il était alors tentant de déduire de cette qualification la volonté des monarques, au pire, d'instaurer une théocratie, au mieux de se réclamer d'une certaine forme de divinité. En changeant de titre, on éloignait donc tout risque d'amalgame politico-théologique.

Par ailleurs, si Élisabeth 1<sup>re</sup> n'était ni la première femme à monter sur le trône anglais, sa demi-sœur Marie l'ayant précédée, ni la dernière<sup>1780</sup>, la présence d'une femme à ce poste mettait mal à l'aise certains protestants comme certains catholiques romains.

Afin de couper court à toute critique, Élisabeth 1<sup>re</sup> montre, avec ce titre de *Supreme Governor*, qu'elle se place à la tête de l'État comme à celle de l'Église. Mais elle n'agit pas en tant que pape. Elle gouverne, en politicienne qu'elle est, et non en tant que théologienne.

**727. *Act of Uniformity*.** - Deuxième loi d'importance votée par le Parlement, celle instituant l'Uniformité<sup>1781</sup> : elle restaure l'importance du *Book of Common Prayer* et établit un nouvel ordre des prières au sein même du Livre de la Prière Commune. La nouvelle Église poursuit donc le travail entamé sous Henry VIII, visant à élaborer sa propre doctrine, et proclame trois ans plus, en 1562, les nouveaux Trente-Neuf Articles. Une fois cette tâche achevée, il lui est alors possible d'introduire ces *Articles* dans le *Book of Common Prayer*, ouvrage se voulant dorénavant moins anticatholique mais également capable de rallier à sa cause luthériens et calvinistes<sup>1782</sup>. C'est ainsi qu'est précisé le rôle du monarque : « *The Queen's Majesty hath the chief power in this Realm of England, and other her Dominions, unto whom the chief Government of all Estates of this Realm,*

---

<sup>1777</sup> *Act of Supremacy* de 1558 ou 1559, les deux dates étant retenues.

<sup>1778</sup> *Act of Supremacy* de 1559, S. 9.

<sup>1779</sup> Éphésiens 5, 23 : « (...) comme Christ est le chef de l'Église, qui est son corps, et dont il est le Sauveur ».

<sup>1780</sup> Suivront les reines Marie II (1662-1694), Anne (1665-1714), Victoria (1819-1901) et Élisabeth II (1926-...).

<sup>1781</sup> *Act of Uniformity* de 1558.

<sup>1782</sup> F. CHAMPION, *Les laïcités européennes au miroir du cas britannique*, op. cit., p. 27.

*whether they be Ecclesiastical or Civil, in all causes doth appertain, and is not, nor ought to be, subject to any foreign Jurisdiction. ...[W]e give not to our Princes the ministering either of God's Word, or of the Sacraments ... but only that prerogative, which we see to have been given always to all godly Princes in holy Scriptures by God himself; that is, that they should rule all estates and degrees committed to their charge by God, whether they be Ecclesiastical or Temporal, and restrain with the civil sword the stubborn and evildoers. The Bishop of Rome hath no jurisdiction in this Realm of England. »<sup>1783</sup>.*

Il est donc donné tout pouvoir au monarque sur le royaume d'Angleterre (et toutes ses autres possessions<sup>1784</sup>), tandis que l'évêque de Rome, autorité étrangère, n'y a aucune compétence.

Pour autant, le monarque anglais n'est pas voué à apporter la parole de Dieu ou à administrer les sacrements.

Ce que l'on lui demande, c'est de gérer le domaine qui lui a été confié par Dieu, que le domaine soit religieux ou civil. Et s'il le faut, de faire bon usage de l'épée civile pour contenir les obstinés et les scélérats.

**728. *Elizabethan Religious Settlement.*** - C'est cet ensemble de lois que l'on a pris l'habitude de désigner sous le nom d'*Elizabethan Religious Settlement*, en une sorte de pacte passé entre le monarque et la nouvelle Église, sous l'égide du Parlement.

Cette entente fera dire à l'historien Elton que « *in law and political theory the Elizabethan supremacy was essentially parliamentary, while Henry VIII's had been essentially personal* »<sup>1785</sup>. L'épée civile est ainsi mise au service de la religion et de l'État. Par la suite, la reine sera excommuniée par Pie V<sup>1786</sup> (1566-1572), les protestants comme les catholiques réprouveront la Réforme, le pays restera longtemps marqué par des troubles religieux assez sévères. Mais le pacte est noué et l'Église d'Angleterre fermement établie. D'autres lois seront votées par la suite<sup>1787</sup>, affinant le concept, sans jamais remettre en cause le principe ainsi posé, qu'il convient maintenant de définir.

---

<sup>1783</sup> *Thirty-Nine Articles*, art. 37.

<sup>1784</sup> Qui sont encore peu nombreuses à cette époque. Mais le pays est voué à devenir un grand Empire colonial. Ceci explique qu'aujourd'hui encore, Élisabeth II est *Supreme Governor* non seulement en Angleterre mais dans un certain nombre de pays.

<sup>1785</sup> G. R. ELTON (dir.), *The Tudor constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 344.

<sup>1786</sup> Par la bulle *Regnans in Excelsis* du 25 février 1570.

<sup>1787</sup> *Coronation Oath Act* de 1689 ; *Act of Settlement* de 1701 ; *Accession Declaration Act* de 1910.

## ***B/ The Established Church of England***

**729.** Il existe de nos jours deux définitions possibles du terme d'*establishment*, pris soit dans sa dimension sociologique, en tant que « liens omniprésents mais difficiles à définir existant dans un certain cercle de la société britannique »<sup>1788</sup>, soit dans sa dimension étatico-religieuse, en tant que « liens compliqués mais définissables unissant l'Église d'Angleterre à l'État »<sup>1789</sup>.

Si les deux notions d'*establishment* sont assez souvent confondues, « les membres seniors de l'Église d'Angleterre appartenant souvent à ce cercle exclusif »<sup>1790</sup>, il nous semble non seulement important de continuer à maintenir la distinction entre les deux concepts mais également de préciser que nous focaliserons notre attention sur cette relation spéciale unissant l'État et l'Église anglicane, ici restreinte à l'Angleterre<sup>1791</sup>.

Comme dans toute relation contractuelle, l'idée recherchée est celle d'un « *win-win* ». L'équilibre ici trouvé accorde indéniablement une place privilégiée à l'Église anglicane (1) mais il est important de souligner que ce privilège se fait au détriment d'une marge de manœuvre interne plus limitée qu'il n'y paraît (2).

### **1/ Une place privilégiée pour l'Église d'Angleterre**

**730.** La place spéciale accordée par l'État à l'Église anglicane confère indéniablement à cette dernière des droits et des privilèges.

**731. Au niveau parlementaire.** - Ainsi, vingt-six évêques de l'Église d'Angleterre<sup>1792</sup> ont le droit, droit automatique, de siéger à la *House of Lords*, en tant que *Lords spiritual*. S'il est régulièrement question d'augmenter ou de restreindre ce nombre, d'éventuellement

---

<sup>1788</sup> G. DAVIE, *Religion in Britain since 1945*, *op. cit.*, p. 139.

<sup>1789</sup> *Ibid.*

<sup>1790</sup> *Ibid.*

<sup>1791</sup> Depuis la fin des années 80, a été en effet instaurée une Communion anglicane traditionnelle, fédérant quinze Églises membres, indépendantes de la Communion anglicane. Si l'on en juge par certains articles, la Communion ne serait pas parfaite : E. AUVILLAIN, « L'Église anglicane menacée d'implosion », *Études*, vol. 407, n° 12, 2007, p. 641-652.

<sup>1792</sup> Plus exactement, deux archevêques et vingt-quatre évêques, depuis l'*Appointment of Bishops Act* de 1533.

intégrer les autres religions aux débats de la *House of Lords*<sup>1793</sup>, aucun changement n'est envisagé à ce jour. Quant à la Chambre des Communes, elle accueille le « *Second Church Estates Commissioner* », c'est-à-dire un parlementaire issu du gouvernement en place, faisant le lien entre l'Église d'Angleterre et les autres députés. Bien sûr, aujourd'hui, rien n'interdit à un député d'une autre confession de tenir séance à la Chambre des Lords ou de se présenter aux *Commons*, mais il ne pourra pas le faire au nom de sa religion<sup>1794</sup>.

Il existe en outre un moment un peu secret, interdit au public, où pouvoir et religion continuent de s'unir : lors des prières lues chaque semaine devant les représentants des deux Chambres<sup>1795</sup>, à la Chambre des Lords, par un évêque de l'Église établie ; à la Chambre des Communes, par l'aumônier du *Speaker*<sup>1796</sup>.

**732. Royals.** - Le faste religieux déployé lors d'événements impliquant la famille royale atteste également de la place spécifique accordée par l'État à l'Église d'Angleterre. Il suffit de penser aux mariages, baptêmes, enterrements et autres couronnements des *royals* pour s'en convaincre. Lors du *Christmas Speech* de la reine, seul moment où Élisabeth II peut s'exprimer librement, la monarque laisse toujours transparaître, sans ambiguïté aucune, l'importance qu'elle accorde à sa foi anglicane.

C'est là en effet un autre aspect du contrat passé entre l'État et l'Église anglicane : le monarque, « *in communion with the Church of England as by Law established* »<sup>1797</sup>, ne peut être qu'anglican<sup>1798</sup>, et en tout état de cause ne saurait être catholique<sup>1799</sup>. Si le

---

<sup>1793</sup> A. HARLOW, F. CRANMER & N. DOE, "Bishops in the House of Lords", *Public Law*, 2008, p. 492. Il a ainsi été proposé de réduire le nombre de *Lords spiritual* de 26 à 16 afin d'inclure des représentants des autres cultes.

<sup>1794</sup> *House of Commons (Clergy Disqualification) Act* de 1801, même si la loi a été assouplie par le *House of Commons (Removal of Clergy Disqualification) Act* de 2001, permettant ainsi à quelques figures religieuses de siéger à la *House of Lords* en tant que représentants religieux, comme, par exemple, *Chief Rabbi* Immanuel Jakobovits et son successeur, *Chief Rabbi* Jonathan Sacks, ainsi que Robin Eames, archevêque d'Armagh de la Church of Ireland.

<sup>1795</sup> D. MCLEAN, "The mutual roles of religion and state in the United Kingdom", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *The mutual roles of religion and state in Europe*, op. cit., p. 243.

<sup>1796</sup> A. PRESCOTT, « Laïcité et sécularisation en Grande-Bretagne », in A. DIERKENS (dir.), *Laïcité et sécularisation dans l'Union européenne*, op. cit., p. 137.

<sup>1797</sup> *Act of Settlement* de 1701, S. 3.

<sup>1798</sup> Ou plus exactement, il doit être un « *faithful Protestant* », aux termes de l'*Accession Declaration Act* de 1910, Schedule.

<sup>1799</sup> *Bill of Rights* de 1688, S. 1: « ... *whereas it hath been found by experience that it is inconsistent with the safety and welfare of this Protestant kingdom to be governed by a popish prince or by a king or queen marrying a papist, the said Lords Spiritual and Temporal and Common pray that it may be enacted that all and every person that is, are or shall be reconciled to or shall hold communion with the see or Church of Rome, or shall profess the popish religion or shall marry a papist, shall be excluded and be forever incapable to inherit, possess or enjoy the crown and government of this realm... or to have, use or exercise any regal power authority or jurisdiction within the same ...* ».

*Succession to the Crown Act* de 2013<sup>1800</sup> a assoupli un tant soit peu la règle pour les membres de la famille royale, il ne concerne pas le souverain lui-même. Depuis 2013, la loi prévoit ainsi 1) l'établissement de la primogéniture absolue, c'est-à-dire l'abolition du principe de la primogéniture masculine pour les descendants du prince Charles de Galles<sup>1801</sup>, 2) l'abolition de l'exclusion de l'ordre de succession des dynastes ayant épousé des personnes de religion catholique et de leurs descendants catholiques issus de tels mariages, 3) le maintien de la nécessité d'obtenir pour les six premières personnes concernées par l'ordre de succession le consentement du souverain en cas de projet de mariage.

733. La Présence de la *CofE* dans le paysage quotidien des Britanniques est donc visible.

## 2/ À la marge de manœuvre strictement régulée, voire limitée

734. Il y a cependant un revers non négligeable à cette apparente belle médaille, d'un point de vue législatif, l'intervention du Parlement s'avérant quasiment incontournable (a), ainsi qu'exécutif, le Premier Ministre jouant un rôle essentiel dans la nomination des évêques (b).

### a/ Limitation législative

735. **Hierarchie.** - La religion anglicane n'a pas tout aboli du catholicisme et a conservé, entre autres, l'idée d'une hiérarchie régissant l'ensemble du clergé.

Ainsi, en haut de sa pyramide, se tient le Synode Général de l'Église d'Angleterre<sup>1802</sup>, « le corps législatif central de l'Église »<sup>1803</sup>, précédemment connu sous le nom de *National Assembly of the Church of England*, dont les décisions doivent être approuvées en dernier ressort par le Parlement et le souverain, en distinguant les questions purement administratives de celles doctrinales et spirituelles.

---

<sup>1800</sup> Abrogeant ainsi le *Royal Marriages Act* de 1772. Cf. également C. HILL, "Succession to the Crown Act 2013", *Ecc LJ*, 15, 2013, p. 332 et s.

<sup>1801</sup> S'il devait arriver quoi que se soit au jeune prince George, sa sœur Charlotte pourrait monter sur le trône, et non son frère Louis, ce qui aurait été le cas avant 2013.

<sup>1802</sup> Il n'en a pas toujours été ainsi et l'on doit cette organisation au vote du *Church of England Assembly (Powers) Act* de 1919.

<sup>1803</sup> N. DOE « Aspects de la réglementation de l'Église d'Angleterre », *RDC*, 57, 2007, p. 33.



**736. Questions purement administratives.** - Quant à la première catégorie, elles doivent être votées par l'assemblée de l'Église puis soumises, comme n'importe quel autre *bill*, à l'approbation du « roi en Parlement », donc au vote des deux chambres parlementaires<sup>1804</sup>, plus exactement de l'*Ecclesiastical Committee of Parliament*. Particularité réservée à ces *bills* religieux, ils ne peuvent pas être amendés : le Parlement doit donc les accepter dans leur intégralité ou les refuser en bloc. Il arrive donc, même si le phénomène est rare, que certaines décisions présentées au Parlement soient rejetées. Ainsi, en 1927-1928, le souhait de l'Église d'Angleterre de réviser le livre des prières a été rejeté, le Parlement préférant s'en tenir au traditionnel livre de prières de 1662<sup>1805</sup>. En 1989, l'Église d'Angleterre avait proposé d'accorder aux personnes divorcées la possibilité soit d'être ordonnées, soit de pouvoir se remarier religieusement, mais la *Clergy Ordinance Measure*<sup>1806</sup> a été refusée par la *House of Lords*<sup>1807</sup>.

Un fois le projet de loi adopté par les parlementaires, il doit obtenir la sanction royale<sup>1808</sup>, conférant à la législation anglicane même « autorité » et « invulnérabilité »<sup>1809</sup> que n'importe quelle autre loi votée par le Parlement, tout en prenant le nom de « *measures* », selon les termes du *Church of England Assembly (Powers) Act* de 1919, pour plus facilement les distinguer des lois générales qui prendront le nom d'*Acts of Parliament*.

**737. Questions doctrinales.** - La législation doctrinale et spirituelle suppose d'être approuvée d'abord par les synodes provinciaux, puis par le « roi en conseil » : elle est donc assimilée aux décisions prises par le souverain en son Conseil privé<sup>1810</sup> et fait partie intégrante de la législation secondaire ou déléguée<sup>1811</sup> à partir du moment où elle ne contrevient ni à la *common law*, ni aux lois<sup>1812</sup>, selon la *Synodical Government Measure* de

---

<sup>1804</sup> G. ROBBERS, *State and Church in the European Union*, *op. cit.*, p. 560.

<sup>1805</sup> A. PRESCOTT, « Laïcité et sécularisation en Grande-Bretagne », in A. DIERKENS (dir.), *Laïcité et sécularisation dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 138.

<sup>1806</sup> Source : [https://hansard.parliament.uk/Lords/1989-07-03/debates/c498de59-fc20-4830-8684-a298a5a2c9ed/Clergy\(Ordination\)Measure](https://hansard.parliament.uk/Lords/1989-07-03/debates/c498de59-fc20-4830-8684-a298a5a2c9ed/Clergy(Ordination)Measure)

<sup>1807</sup> G. DAVIE, *Religion in Britain since 1945*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>1808</sup> G. BEDOUELLE, *L'Église d'Angleterre dans la société politique britannique*, *op. cit.*, p. 143.

<sup>1809</sup> N. DOE, *Law and religion in Europe*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>1810</sup> G. BEDOUELLE, *op. cit.*, p. 142.

<sup>1811</sup> N. DOE, « Aspects de la réglementation de l'Église d'Angleterre », *loc. cit.*, p. 34.

<sup>1812</sup> *Ibid.*, p. 33.

1969<sup>1813</sup>. En ce cas, le passage devant le Parlement n'est pas requis mais les canons doivent recevoir le *royal assent of the canons enacted*<sup>1814</sup>.

**738. Procédure.** - De manière générale, pour que le Synode puisse modifier quoi que se soit de son ordonnancement interne, qu'il s'agisse de ses canons, de son organisation ou de ses liens avec les autres Églises anglicanes pour ne citer que quelques exemples, il lui est donc souvent nécessaire de procéder, pour le même sujet, en deux temps :

- 1) obtenir du Parlement (avec *royal assent*) le vote d'une *Measure* et ainsi lever tout obstacle juridique au changement potentiel d'un canon, ce qui sous-entend sa conformité à la *common law*, aux divers *statutes* et autres *prerogatives*<sup>1815</sup>;
- 2) valider le canon en question en obtenant cette fois le *royal assent of the canons enacted*<sup>1816</sup>.

**739. Ecclesiastical law.** - Parce qu'il a suivi le même chemin que n'importe quel projet ou proposition de loi, le droit canonique de l'Église anglicane, dénommé *Ecclesiastical law*, fait donc partie intégrante du droit anglais<sup>1817</sup>, une *Measure* ayant même valeur qu'un *Act*<sup>1818</sup>.

C'est un privilège extraordinaire, exclusivement reconnu à cette Église. Mais, en échange, cette même Église ne peut pas décider unilatéralement de ses changements internes, y compris ceux théologiques.

**740. Lords spiritual.** – On signalera enfin que les vingt-six évêques nommés auprès de la *House of Lords* ne sont pas supposés se rendre tous en même temps aux sessions parlementaires de la Chambre des Lords, mais à tour de rôle<sup>1819</sup>. Exclue de la *House of Commons*, cette limitation supplémentaire pose la question de l'effectivité de leur droit de représentation.

---

<sup>1813</sup> *Synodical Government Measure* de 1969.

<sup>1814</sup> G. DAVIE, *op. cit.*, p. 144.

<sup>1815</sup> *Synodical Government Measure* de 1969.

<sup>1816</sup> G. ROBBERS, *State and Church in the European Union*, *op. cit.*, p. 561.

<sup>1817</sup> *Ibid.*, p. 560.

<sup>1818</sup> *Ratio decidendi* affirmé dans l'arrêt *Mackonochie v Lord Penzance* [1881] 6 App. Cas. 424.

<sup>1819</sup> R. CATTO, G. DAVIE & D. PERFECT, "State and Religion in Great Britain: Constitutional Foundations, Religious Minorities, the Law and Education", *loc. cit.*, p. 82.

## b/ Limitation gouvernementale

**741. Nomination du clergé.** - La liberté de manœuvre de l'Église d'Angleterre est également limitée en ce qui concerne la nomination des membres de son clergé.

Ce n'est évidemment pas de Rome que viennent les ordres visant à la désignation des archevêques et des évêques diocésains, mais de *Buckingham Palace*, et plus précisément, de la reine, sur conseil de son Premier ministre. Or, depuis 1977<sup>1820</sup>, le rôle du *PM* a été accru en la matière, de manière plus ou moins informelle : c'est à lui qu'il appartient désormais, à partir d'une liste de deux noms proposée par la Commission en charge des nominations épiscopales<sup>1821</sup>, la *Crown Nominations Commission*, de présenter ladite liste à la reine, censée accepter son avis.

Deux points peuvent ici susciter de potentielles controverses. Tout d'abord, selon la formulation de 1977, le Premier ministre a, semble-t-il, la possibilité de choisir entre les deux noms présentés et de n'en présenter qu'un seul au monarque. Il peut donc tenter ainsi de l'influencer. Par ailleurs, et dans la mesure où le *PM* est dorénavant davantage mis en avant, son affiliation religieuse peut devenir sujette à débat, même si, en pratique, la question ne s'est jamais encore posée.

L'origine de cette seconde potentielle polémique remonte à 1829, avec l'adoption du *Roman Catholic Relief Act*<sup>1822</sup>, qui vise à supprimer certaines restrictions imposées aux catholiques romains dans le cadre de leur vie publique. L'article 18 de la loi précise ainsi : « *It shall not be lawful for any person professing the Roman Catholic religion directly or indirectly to advise His Majesty, or any person or persons holding or exercising the office of guardians of the United Kingdom, or of regent of the United Kingdom, under whatever name, style or title such office may be constituted ... touching or concerning the appointment to or disposal of any office or preferment in the ... Church of England ... or in the Church of Scotland; and if such person shall offend in the premises, he shall, being thereof convicted by the due course of law, be deemed guilty of a high misdemeanour, and disabled for ever from holding any office, civil or military, under the Crown* ». Si cela devait être le cas, alors « *the right of presentation shall devolve upon and be exercised by*

---

<sup>1820</sup> G. ROBBERS, *State and Church in the European Union*, op. cit., p. 564.

<sup>1821</sup> Cette commission est constituée des deux archevêques, trois membres du clergé, trois laïcs élus par le Synode Général et six personnes nommées par le diocèse concerné.

<https://www.churchofengland.org/about/leadership-and-governance/crown-nominations-commission>

<sup>1822</sup> *Roman Catholic Relief Act* de 1829.

*the archbishop of Canterbury for the time being* »<sup>1823</sup>. Quelques années plus tard, en 1858, est adopté le *Jews Relief Act* qui reprend en des termes similaires la loi de 1829<sup>1824</sup>.

Or, dans le cas de ces deux *Acts*, certaines clauses législatives sont toujours en vigueur<sup>1825</sup>. Il en va ainsi de l'article 18 ci-dessus mentionné. Elles n'empêchent certes pas un catholique ou un juif de devenir Premier ministre, mais l'exposent à de potentielles sanctions pénales dans le cas où ledit *PM* s'aventurerait à nommer un évêque de l'Église d'Angleterre, contrairement à un Premier ministre non-anglican mais par ailleurs non-juif et non-catholique.

En pratique, la question n'a pas eu l'occasion d'être soulevée, la plupart des *PM* ayant été des membres d'Églises non concernées pas les deux *Acts*<sup>1826</sup>. Les seuls qui auraient pu être confrontés à cette difficulté l'ont contournée, dans un cas en se convertissant à l'anglicanisme très tôt (Disraeli, baptisé en 1817, à l'âge de douze ans), dans l'autre cas, en attendant la fin du mandat pour se convertir au catholicisme (Tony Blair). Monsieur Boris Johnson étant le premier catholique à devenir *PM*, il sera intéressant de suivre le processus de nomination des archevêques et des évêques diocésains si la question se pose durant son mandat.

À l'heure actuelle, dans un pays comme le Royaume-Uni, si sensible au multiculturalisme, il semble surprenant que soient maintenues en vigueur des dispositions témoignant d'un antipapisme et d'un antisémitisme d'une époque que l'on pourrait penser révolue.

**742.** Être une Église établie, c'est-à-dire officiellement privilégiée, ne signifie pas avoir tout pouvoir, loin de là, mais être à l'inverse encadré par l'État.

---

<sup>1823</sup> *Ibid.*, S. 17.

<sup>1824</sup> *Jews Relief Act* de 1858, art. IV : « *Where any Right of Presentation to any Ecclesiastical Benefice shall belong to any Office in the Gift or Appointment of Her Majesty, Her Heirs or Successors, and such Office shall be held by a Person professing the Jewish Religion, the Right of Presentation shall devolve upon and be exercised by the Archbishop of Canterbury for the Time being ; and it shall not be lawful for any Person professing the Jewish Religion, directly or indirectly, to advise Her Majesty, Her Heirs or Successors, or any Person or Persons holding or exercising the Office of Guardians of the United Kingdom, or of Regent of the United Kingdom, under whatever Name, Style, or Title such Office may be constituted, or the Lord Lieutenant or Lord Deputy, or any other Chief Governor or Governors of Ireland, touching or concerning the Appointment to or Disposal of any Office or Preferment in the United Church of England and Ireland or in the Church of Scotland; and if such Person shall offend in the Premises he shall, being thereof convicted by due Course of Law, be deemed guilty of a high Misdemeanour, and disabled for ever from holding any Office, Civil or Military, under the Crown* ».

<sup>1825</sup> Et cela, bien que le *Roman Catholic Relief Act* de 1926 soit revenu sur la plupart des interdictions anti-catholiques.

<sup>1826</sup> Jusqu'à présent, les *PM* ont été membres de l'Église d'Écosse, de l'Église épiscopale écossaise, de l'Église unitarienne, de l'Église congrégationaliste, de l'Église baptiste, de l'Église méthodiste.

Cet état des choses explique en partie la décision de l'Église anglicane d'Irlande de se désétablir en 1870<sup>1827</sup>. Elle a d'ailleurs été suivie dans cette voie par l'Église anglicane du Pays de Galles, à la suite de l'adoption du *Welsh Church Act* de 1914<sup>1828</sup>, entré en vigueur en 1920. Ce faisant, ces deux Églises tiraient un trait sur le faste des cérémonies religieuses liées à la royauté et sur leur représentativité au Parlement ; dans le même temps cependant, elles se réappropriaient leur fonctionnement interne. S'y seront certainement ajoutées des considérations plus politiques – se soustraire au pouvoir de Londres – mais il est certain que le système de l'*establishment*, examiné de plus près, ressemble davantage à une mise sous contrôle de la religion par l'État qu'à une pleine puissance de l'Église.

### C/ Les autres Églises

**743.** La notion d'*establishment* est un « *legal arrangement according to which a church (...) is given a different and privileged position by the state as against other religious organisations* »<sup>1829</sup>. Si l'accord passé entre l'État et l'Église d'Angleterre a placé et place toujours en effet cette dernière sur un piédestal, il pose également la question de la place des religions non anglicanes, donc non-établies, au sein de la société anglaise, depuis la période de la *Toleration*, à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle.

À défaut d'être établi, un culte doit opter pour un statut juridique (1) et se déclarer auprès de l'administration, un processus connu sous le nom d'enregistrement (2). Cette notion de *non-establishment* des cultes autres qu'anglican est apparemment bien accueillie par les diverses confessions présentes sur le sol anglais (3).

#### 1/ Statut juridique du culte non-établi

**744.** *Associations* - Les cultes non anglicans sont pour la plupart considérés comme des *voluntary associations*, plus précisément des *unincorporated associations*, n'ayant pas de personnalité différente de celle de ses membres, au même titre qu'un club de sport<sup>1830</sup>. On ne pourra donc pas leur intenter un procès et elles ne pourront poursuivre personne en justice. En outre, elles n'auront pas la possibilité de posséder un bien immobilier. Dans le

---

<sup>1827</sup> *Irish Church Act* de 1869.

<sup>1828</sup> *Welsh Church Act* de 1914.

<sup>1829</sup> C. SMITH, "Establishment and Human Rights in the English Constitution", in N. DOE & R. SANDBERG, *Law and religion, op. cit.*, p. 41.

<sup>1830</sup> R. SANDBERG, *Law and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 73.

cas où cela s'avérerait nécessaire, les membres de l'association pourront acquérir le bâtiment convoité soit en l'achetant conjointement, soit en établissant un *trust*.

**745. A compact.** - Le fait d'être une association signifie que les règles édictées par ladite association s'imposent aux adhérents, selon une doctrine désignée sous le nom de « *consensual compact* » : les membres de la religion « *may adopt rules for enforcing discipline within their body which will be binding on those who, expressly or by implication, have assented to it* »<sup>1831</sup>. En conséquence, « *the binding effect of the voluntary consensual compact (...) must have come from the share faith of the members of the Church* »<sup>1832</sup>. Il y a donc contrat à partir du moment où il y a volonté d'être lié du fait d'une croyance partagée. Ainsi, comme n'importe quel autre contrat de droit anglais, un accord entre deux individus, ici entre un croyant et une Église non-établie, peut faire l'objet d'une exécution forcée par les tribunaux ou donner lieu à des dommages-intérêts en cas de non-respect dudit accord. Pour ce faire, il appartiendra aux tribunaux d'analyser les termes du contrat d'association, ainsi que le consentement sous-jacent<sup>1833</sup>.

**746. Société.** - Rien n'interdit à un groupe religieux de se constituer en société, afin de posséder alors la personnalité morale permettant d'agir comme n'importe quelle autre entreprise<sup>1834</sup>. Cela facilitera indéniablement toute démarche bancaire visant, par exemple, à l'obtention d'un prêt, et de limiter les problèmes liés à la responsabilité offerte par l'écran juridique de la *corporate structure*. Bien souvent, c'est la forme de la *private company limited by guarantee* qui sera alors choisie, offrant une protection idéale en la matière.

**747. Variété de reconnaissance.** - Les Églises non-établies sont donc généralement soumises soit au droit des contrats, en vertu de leur « *consensual compact* », soit au droit des *trusts*, si elles préfèrent ce système, soit encore au droit des sociétés, si elles optent pour cette forme. À titre d'exemple, la *Roman Catholic Church* a choisi le statut d'association volontaire et contractuelle.

---

<sup>1831</sup> *Long v Bishop of Cape Town* PC 13 Feb 1863, [1863] 15 ER 756.

<sup>1832</sup> *Scandrett v Dowling* [1992] 27 NSWLR 483.

<sup>1833</sup> P. W. EDGE, *Legal responses to religious difference*, Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2002, p. 113.

<sup>1834</sup> R. SANDBERG, *Law and Religion*, *op. cit.*

Quelques rares religions bénéficient d'un statut à part, étant reconnues par *statute*. Il en va ainsi du *Methodist Church Act* de 1976<sup>1835</sup>, pour l'Église méthodiste ; du *Dawar-e-Hadiyat (England) Act* de 1993<sup>1836</sup>, pour l'islam en sa branche shiite dite *Fatimi Ismaili Tayyibi Dawoodi Bohras*, connue sous le nom de *communauté Dawoodi Bohra* ; et des *United Reformed Church Acts* 1972, 1981 et 2000<sup>1837</sup>. Cette reconnaissance législative ne leur confère pour autant aucune personnalité morale<sup>1838</sup> et les religions ci-dessus restent soumises au « *consensual compact* ».

À titre exceptionnel, une loi peut également accepter de reconnaître non pas un groupe religieux mais l'ensemble des règles afférentes à ce groupe religieux. Il en va cette fois ainsi du *Baptist and Congregational Trusts Act* de 1951<sup>1839</sup>, reconnaissant la constitution du *Handbook* baptiste, et du *Methodist Church Act* de 1976<sup>1840</sup>, approuvant la constitution interne de l'Église méthodiste<sup>1841</sup>. L'Église ainsi mise en avant y gagne en visibilité, mais cela ne change rien en termes de statut à choisir.

## 2/ Nécessité de s'enregistrer

**748.** Quelle que soit la formule retenue (contrat, *trust*, société, etc.), toute organisation religieuse non-établie, donc non-anglicane, est tenue de s'enregistrer<sup>1842</sup> afin que son lieu de culte soit reconnu « *a certified place of meeting* » et qu'elle puisse procéder à un certain nombre d'offices, dont celui de célébrer des mariages<sup>1843</sup>. La procédure requiert de s'adresser au *Registrar General for England and Wales*, équivalent de l'officier d'état civil. Cette démarche n'est pas purement administrative : il appartient en effet au *Registrar General* de s'assurer que l'endroit désigné « *is a place of religious worship, used by an identifiable, settled body* »<sup>1844</sup>, soit un lieu servant au culte religieux (a), utilisé par un groupe identifiable, établi (b).

---

<sup>1835</sup> *Methodist Church Act* de 1976.

<sup>1836</sup> *Dawar-e-Hadiyat (England) Act* de 1993.

<sup>1837</sup> *United Reformed Church Acts* de 1972, 1981 et 2000.

<sup>1838</sup> G. DOUGLAS, N. DOE, S. GILLIAT-RAY, R. SANDBERG, A. KHAN, "Social Cohesion and Civil Law : Marriage, Divorce and Religious Courts", *SSRN Electronic Journal*, 10.2139/ssrn.19400387, p. 9. <http://www.law.cf.ac.uk/clr/research/cohesion.html>

<sup>1839</sup> *Baptist and Congregational Trusts Act* de 1951.

<sup>1840</sup> *Methodist Church Act* de 1976.

<sup>1841</sup> R. SANDBERG, *Law and Religion*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>1842</sup> *Places of Worship Registration Act* de 1855.

<sup>1843</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 41.

<sup>1844</sup> P. W. EDGE, *Legal responses to religious difference*, *op. cit.*, p. 334.

a/ Un lieu servant au culte religieux

**749.** Les tribunaux anglais sont en général prudents, voire réticents à donner une définition précise de tout ce qui touche au religieux, le risque étant grand d'avoir à définir la religion elle-même, véritable boîte de Pandore. Ils ont cependant été amenés à se prononcer sur cette notion de lieu de culte et ont établi un *precedent* en la matière, en vigueur jusqu'à récemment.

**750. *Precedent.*** – Comme nous l'avons déjà précisé, le juge Lord Denning a établi un lien entre lieu de culte et Dieu, pas forcément le Dieu des chrétiens, mais une déité : « *It connotes to my mind a place of which the principal use is as a place where people come together or as a congregation or assembly to do reverence to God. It need not be the God that the Christians worship. It may be another God, or an unknown God, but it must be reverence to a deity. There may be exceptions. For instance, Buddhist temples are properly described as places of meeting for religious worship. But apart from exceptional cases of that kind ... it should be a place for the worship of God* »<sup>1845</sup>. Ainsi, à quelques exceptions près, tels les temples bouddhistes, devait être considéré comme lieu de culte religieux, l'endroit où l'on venait honorer le Dieu en question.

À ce titre, l'Église de Scientologie n'a pu, en 1970, être reconnue comme une religion ; en conséquence, elle n'a pas été autorisée à posséder un lieu de culte<sup>1846</sup>. Au cours du procès, elle a en effet insisté sur le fait qu'elle cherchait à instruire une philosophie laïque. Cette instruction, loin de satisfaire le critère de la déité, a été jugée insuffisante pour pouvoir lui accorder le statut d'Église exerçant dans un lieu de culte.

**751. *Charities Act.*** - Ce principe a été remis en cause en 2011 avec le *Charities Act*, aux termes duquel une religion peut inclure la croyance dans plus d'un dieu ou dans aucun dieu<sup>1847</sup>.

Lorsque deux concepts se contredisent, dont l'un émane des tribunaux quand l'autre est issu du Parlement, il appartient aux juges de revoir leur propre définition. En effet, un acte législatif est supérieur à la *Common law*, puisqu'émanant du Parlement, organe élu par le peuple, donc hautement souverain. Dans de telles circonstances, il faut

---

<sup>1845</sup> *R v Registrar General, ex parte Segerdal and Another* [1970] 2 All ER 886 (CA), at 889-90.

<sup>1846</sup> *Ibid.*

<sup>1847</sup> *Charities Act* de 2011, S. 3(2) a : « *Religion includes (i) a religion which involves beliefs in more than one god, and (ii) a religion which does not involve belief in a god* ».



s'attendre à un revirement de jurisprudence. Ce dernier ne manqua pas d'arriver en 2013<sup>1848</sup>. La Cour suprême a alors confirmé que « *the understanding of religion in today's society is broad* »<sup>1849</sup> et que la religion « *should not be confined to religions which recognize a supreme deity* »<sup>1850</sup>. Aujourd'hui, une religion peut donc être décrite « *as a spiritual or non-secular belief system, held by a group of adherents, which claims to explain mankind's place in the universe and relationship with the infinite, and to teach its adherents how to live their lives in conformity with the spiritual understanding associated with the belief system* »<sup>1851</sup>. C'est ainsi que le bouddhisme a pu être reconnu comme une religion<sup>1852</sup> et donc posséder un lieu servant à son culte. Désormais, le lieu de culte est celui offrant la possibilité de se recueillir en invoquant un Dieu, un groupe de Dieux ou pas de Dieu du tout.

#### b/ Un groupe identifiable

**752.** Au critère du lieu de culte peut venir éventuellement s'ajouter un autre élément, celui de l'organisation interne de la communauté religieuse. À titre d'exemple, plus la communauté établira une distinction entre laïcs et clercs, plus les tribunaux retiendront la qualification de confession religieuse<sup>1853</sup>. Si la confession arrive à attester en outre de principes, de doctrine, d'un clergé, etc., bien établis, elle a toutes les chances de se voir reconnue comme une « *religious denomination* », à l'instar du sikhisme, de l'islam, du judaïsme, mais aussi de l'Église chrétienne de *Plymouth Brethren*, de l'Église *Strict Baptist* ou encore de l'Église de Jésus-Christ des saints des derniers jours<sup>1854</sup>.

**753.** Une fois le *Registrar General* convaincu que l'endroit désigné est un lieu servant au culte religieux qui sera utilisé par un groupe identifiable, il peut alors le reconnaître comme « *a certified place of meeting* ». Il faut prendre garde toutefois à ne pas corrélér

---

<sup>1848</sup> *R (on the Application of Hodkin) v Registrar General of Births, Deaths and Marriages* [2013] UKSC 77.

<sup>1849</sup> *Ibid.*, § 34.

<sup>1850</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>1851</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>1852</sup> M. HILL, R. SANDBERG & N. DOE, *Religion and law in the United Kingdom*, Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2014, p. 71.

<sup>1853</sup> *Walsh v Lord Advocate* [1956] 3 All ER 129 HL.

<sup>1854</sup> N. DOE, "The legal position of religious minorities in the United Kingdom", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH (dir.), *The Legal status of religious minorities in the countries of the European Union*, Proceedings of the meeting, Thessaloniki, November 19-20 1993Milano, Giuffrè, 1994, p. 303-304.

reconnaissance d'une religion avec enregistrement du lieu de culte. L'un ne va pas forcément avec l'autre. Ainsi, si l'Église mormone a bien été reconnue comme une Église, son temple anglais, ouvert exclusivement à des mormons « *in good standing* », « de bonne réputation », n'a pas reçu la qualification de lieu de culte public<sup>1855</sup>.

### 3/ Un système accepté par les religions non-anglicanes

754. Les anglicans sont les premiers à reconnaître qu'une Église établie « *is a lesser evil rather than a positive good* », aux sonorités toutes churchilliennes<sup>1856</sup>. Les Églises non-établies, reconnues comme telles, avec lieux de culte dûment enregistrés, revendiquent-elles l'abolition du système, ou à tout le moins, son aménagement, afin de davantage participer elles aussi à la vie politique du pays ? Difficile de savoir ce qui se dit *in petto*, au sein des *religious denominations*. En revanche, officiellement, force est de constater que personne ne réclame de changement.

755. Du côté catholique, il est souvent dit que « *the establishment of the Church of England remains (...) somewhat anomalous –both in regard to English society and in regard to the Christian church elsewhere. But as both English society and the world church are full of anomalies, it is not to be rejected on account of that. It remains adequately but not overwhelmingly defensible on grounds of doing quite a lot of good and very little harm, on being part of the wider symbolic culture of the nation which we would be fools to dismantle, and of requiring for its termination a quite excessive amount of time and energy* »<sup>1857</sup>.

756. On retrouve ce même point de vue chez le Professeur Modood : « *I have to state as a brute fact that I have not come across a single article or speech or statement by any minority faith in favour of disestablishment. This is quite extraordinary given that secular*

---

<sup>1855</sup> *Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v Henning* [1963] 2 All ER 733 HL.

<sup>1856</sup> « *Many forms of Government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed it has been said that democracy is the worst form of Government except for all those other forms that have been tried from time to time...* » - Winston S. Churchill, 11 November 1947.

<sup>1857</sup> G. DAVIE, *Religion in Britain since 1945*, op. cit., p. 146.

*reformers make the desire to accommodate these minorities an important motive for reform* »<sup>1858</sup>.

**757.** Quant à Monsieur Jonathan Sacks, ancien grand rabbin de la communauté juive du Commonwealth, il est également d'avis que désétablir l'Église d'Angleterre symboliserait « *a significant retreat from the notion that we share any values and beliefs at all. And that would be a path to more, not a fewer, tensions* »<sup>1859</sup>.

**758. Conclusion § 1.** – Du fait de son histoire, l'Angleterre a établi son Église anglicane, lui offrant une position de premier plan dans le pays, même si cela implique pour cette dernière de ne pas pouvoir se passer, entre autres, de l'intervention du Parlement. Les autres cultes, par définition non-établis, doivent quant à eux adopter un statut juridique et se faire enregistrer auprès de l'officier d'état civil, une différence de statut qui ne semble pas les gêner.

Ce système de l'*establishment* n'est pas celui retenu par l'Italie.

## **§ 2 : Fondements italiens**

**759.** Pour diverses raisons liées à son histoire depuis son unité (A), l'Italie n'a pas choisi le modèle de l'*establishment* anglais, mais celui des concordats, qu'elle connaissait bien. Pour être exact, le pacte noué entre les diverses Églises et l'État italien se décline en un Concordat signé avec l'Église catholique (B), quand il implique des ententes avec les cultes non-catholiques (C), voire le statut de simple culte admis pour les cultes non-catholiques n'ayant pas signé d'entente avec l'État (D).

### **A/ Évolutions italiennes au lendemain de son unité**

**760.** L'histoire du droit des couples italien est à la fois beaucoup plus ancienne et bien plus récente que celle du droit anglais. D'un côté, Rome, puis son empire, est devenue chrétienne beaucoup plus tôt que l'Angleterre<sup>1860</sup>. La religion catholique s'est donc implantée très vite sur le territoire italien et ses nombreuses entités, royaumes, duchés,

---

<sup>1858</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>1859</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>1860</sup> Dès le 1<sup>er</sup> siècle pour Rome ; à partir des IV-V<sup>e</sup> siècles pour l'Angleterre.

républiques, etc., avec les répercussions précédemment évoquées en droit du mariage. De l'autre, l'unité italienne ne démarrant qu'entre 1860 et 1870, le droit italien n'a, en conséquence, été lui-même unifié qu'à la fin XIX<sup>e</sup> siècle. À partir de ce *Risorgimento*, les auteurs italiens distinguent de manière classique trois grandes périodes durant lesquelles les relations État – Église(s) ont évolué : l'âge libéral et le choix de l'État de réguler la religion (1) – la période fasciste et l'âge des Concordats (2) – la période postfasciste, démocratique et républicaine et l'option constitutionnelle d'un principe d'accords conclus avec les religions<sup>1861</sup> (3).

### **1/ L'âge libéral et le choix de l'État de réguler la religion**

**761.** Cette période, qualifiée parfois d'« unilatéralisme étatique »<sup>1862</sup>, commence en 1860 avec la deuxième guerre d'indépendance et le rattachement d'un certain nombre d'entités italiennes au Royaume de Sardaigne. Elle se confirme en 1861 avec la constitution officielle du Royaume d'Italie, indépendant et quasi unifié, et culmine en 1866 avec l'incorporation de la Vénétie au Royaume et surtout avec l'intégration de Rome en 1870, nouvelle capitale, pour s'achever en 1922, avec l'avènement du fascisme. Durant ces quelques soixante-deux années, le nouvel État italien instaure trois grands principes, autour des notions de souveraineté, de lois parlementaires et de séparation.

**762. Souveraineté.** - L'État est souverain. Il lui appartient de tout gérer, y compris les relations entre la sphère publique et la religion. En conséquence, l'État souhaite prendre en considération tous les citoyens, et non exclusivement certains croyants. À partir du 1<sup>er</sup> janvier 1866, le mariage acquiert ainsi un caractère civil, à l'instar du mariage français. Cependant, l'État respecte la liberté de religion et des religions : il est donc possible, après une cérémonie civile, de « compléter » son union par une cérémonie religieuse, n'ayant cependant aucune efficacité civile.

---

<sup>1861</sup> M. VENTURA, "Religion and law in dialogue : covenantal and non-covenantal cooperation of state and religion in Italy", in R. PUZA et N. DOE (dir.), *Religion and law in dialogue, op. cit.*, p. 115.

<sup>1862</sup> E. TAWIL, « Les relations conventionnelles entre l'État et les confessions religieuses en Italie », *CRDF*, 2005, 4, p. 139, § 2.

**763. Lois parlementaires.** - Tout accord précédemment conclu avec l'État et donc, notablement, tout système de concordat, est considéré comme une relique du passé<sup>1863</sup>. Symbole d'inégalité entre les diverses religions mais surtout d'atteinte à la souveraineté de l'État, ils doivent être non seulement combattus mais laisser place à des lois unilatéralement votées par le Parlement. D'où les *Legge delle Guarentigie* du 13 mai 1871<sup>1864</sup>, qui, unilatéralement, mettent fin au pouvoir temporel du pape sur la ville de Rome et décident des relations du pape et de l'Église catholique avec le nouvel État<sup>1865</sup>. D'où, en conséquence, la fermeture de la porte papale.

**764. Séparation.** - À partir de là, la priorité, c'est la séparation et toute coopération serait considérée comme « anachronique »<sup>1866</sup>.

## 2/ La période fasciste et l'âge des Concordats

**765.** Cette période courte mais dense débute en 1922 avec le putsch de Mussolini, sa Marche sur Rome et la capitulation du roi Victor-Emmanuel III, pour se terminer au choix, soit en 1943 avec la République de Salò, soit en 1945, avec la mort de Mussolini, soit en 1947, avec l'avènement de la République italienne, et donc la fin de la royauté, voire en 1948 avec l'adoption de la Constitution, selon l'angle privilégié. Du point de vue des relations État-Église(s), c'est une période intense, qui marque durablement le pays et les entités religieuses, même encore aujourd'hui, avec d'un côté, l'affirmation d'une approche bilatérale entre l'État et l'Église catholique et celle d'une approche unilatérale vis-à-vis des autres religions.

**766. L'approche bilatérale.** - Il faut résoudre la question romaine une fois pour toute. Il en va certes de l'unité politique et de la cohésion sociale du pays, des voix catholiques à

---

<sup>1863</sup> À titre d'exemples : Accord avec le Grand-Duché de Toscane du 4 décembre 1815 ; Concordat entre Pie VII et Ferdinand 1<sup>er</sup>, roi des Deux-Siciles, le 16 février 1818 ; Concordat entre Grégoire XVI et François IV, duc de Modène, le 30 avril 1841 ; etc.

<sup>1864</sup> L. 13 marzo 1871, n° 214, *per le guarentigie delle prerogative del Sommo Pontefice e della Santa Sede e per le relazioni della Chiesa con lo Stato*: d'un côté, reconnaissance du caractère sacré et inviolable de la personne du pontife – de la propriété des palais apostoliques – d'une rente annuelle, etc. ; de l'autre, abolition de la prestation de serment des évêques au roi – renoncement à toutes les *iura maiestatica sacra* – etc.

<sup>1865</sup> E. TAWIL, « Les relations conventionnelles entre l'État et les confessions religieuses en Italie », *loc. cit.*, p. 139, § 1.

<sup>1866</sup> M. VENTURA, "Religion and law in dialogue : covenantal and non-covenantal cooperation of state and religion in Italy", in R. PUZA & N. DOE (dir.), *Religion and law in dialogue*, *op. cit.*, p. 116.

recupérer mais également du prestige du *Duce*. Après près de soixante ans de conflits, les portes des négociations se rouvrent pour de bon, pour ne plus se refermer. Les Accords du Latran sont ainsi conclus en date du 11 février 1929, entre, Mussolini, président du Conseil, et Gasparri, secrétaire d'État du pape Pie XI, selon trois axes : le Traité de la Conciliation (vingt-sept articles), qui reconnaît le Saint-Siège comme une entité internationale indépendante et souveraine et rappelle l'article 1 du Statut albertin du 4 mars 1848 en réaffirmant la confessionnalité de l'État italien, en son article premier<sup>1867</sup>; la Convention Financière (trois articles), qui offre une compensation au Saint-Siège pour la perte de ses États pontificaux et, enfin, le Concordat (quarante-cinq articles), plus particulièrement axé sur les relations entre l'État italien et l'Église catholique. Si une telle approche reflète au départ une forte coopération entre l'Église catholique et l'État fasciste et une place privilégiée accordée à l'Église catholique, les relations deviennent vite par la suite conflictuelles entre les deux protagonistes.

**767. L'approche unilatérale.** - L'approche concordataire avec l'Église catholique ne signifie pas que l'État doive répéter la même formule pour les autres religions. Le statut des religions autres que catholique est donc régulé par l'État, aux termes de la loi de 1929 sur les cultes dits admis<sup>1868</sup>. À ce stade, aucune coopération n'est envisagée entre l'État et les divers cultes admis.

### **3/ La période postfasciste, démocratique et républicaine et l'option constitutionnelle d'un principe d'accords conclus avec les religions**

**768.** À la suite du référendum du 2 juin 1946, l'Italie recompose son échiquier institutionnel et s'érige, en 1947, en République, avec une nouvelle constitution entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1948. Il s'agit de tourner la page des années précédentes et donc de trouver des compromis qui satisfassent catholiques, libéraux, socialistes et communistes. Se pose alors la question de savoir si l'on repart sur des bases entièrement nouvelles ou si l'on maintient certains principes hérités de la période fasciste, donc si l'on conserve le Concordat. Les socialistes et les libéraux sont partisans d'un régime de séparation non-

---

<sup>1867</sup> *Trattato fra la Santa Sede e l'Italia*, art. 1 : « *L'Italia riconosce e riafferma il principio consacrato nell'articolo 1° dello Statuto del Regno 4 marzo 1848, pel quale la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato* ».

<sup>1868</sup> *L. 24 giugno 1929, n° 1159 - Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi, G.U. 16 luglio 1929 n° 164.*

concordataire<sup>1869</sup>. Étant cependant moins nombreux et moins puissants que les catholiques et les communistes réunis, ils s'inclinent finalement devant le nouveau système préconisé par ces derniers. Il en résulte un modèle encore valable de nos jours.

**769. Pluralisme confessionnel.** - Le principe confessionnel de l'État est implicitement aboli du fait des articles qui suivent, à savoir l'introduction du pluralisme confessionnel, la liberté religieuse et de conscience, l'égalité de tous sans distinction de religion.

**770. Article 7 Constitution.** - L'article 7 de la Constitution reconnaît que « l'État et l'Église catholique sont, chacun dans son ordre, indépendants et souverains ». Il confirme donc le principe des relations bilatérales établies entre l'État et l'Église catholique au travers des Accords du Latran et toute modification bilatérale ultérieure, sans qu'il y ait d'ailleurs nécessité de revoir la Constitution pour ce faire<sup>1870</sup>. En revanche, la Constitution ne mentionne plus, dans cet article ou ailleurs, le principe de la confessionnalité de l'État : la religion catholique en Italie n'est plus religion d'État.

**771. Article 8 Constitution.** - L'article 8 de la Constitution énonce que toutes les autres religions sont « également libres devant la loi » et qu'elles peuvent conclure des ententes avec l'État italien (*le intese*) afin de se voir accorder un statut juridique répondant à leurs besoins spécifiques<sup>1871</sup>. Le *principio pattizio*, le système de concordat, est donc en un sens étendu aux « confessions religieuses autres que catholique ». Très vite, la question va se poser de comprendre si, entre le Concordat et les ententes, il y a égalité réelle ou imparfaite.

**772. Articles 3 et 19 Constitution.** - Ces deux dispositions sont à articuler avec d'autres principes fondamentaux repris, parmi d'autres, dans les articles 3 et 19 de la Constitution, reconnaissant l'égalité des citoyens italiens, sans distinction, entre autres, de religion<sup>1872</sup> et

---

<sup>1869</sup> M. VENTURA, "Religion and law in dialogue : covenantal and non-covenantal cooperation of state and religion in Italy", in R. PUZA & N. DOE (dir.), *Religion and law in dialogue*, op. cit., p. 118.

<sup>1870</sup> *Costituzione del 1948*, art. 7 : « *Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale* ».

<sup>1871</sup> *Ibid.*, art. 8 : « *Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge. Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano. I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze* ».

<sup>1872</sup> *Ibid.*, art. 3 : « *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali* ».

octroyant le droit à tous de professer librement leur foi religieuse, sous condition de respect des bonnes mœurs<sup>1873</sup>.

Liberté religieuse, égalité religieuse, non discrimination pour motifs religieux, auxquelles on peut ajouter liberté de penser, de se réunir, de s'associer<sup>1874</sup> : la Constitution italienne élabore résolument une nouvelle façon de gérer le fait religieux.

## **B/ Les relations État – Église catholique : Concordat & article 7 de la Constitution**

**773. I Patti.** - Les Accords du Latran, connus en Italie sous le nom de Pactes, *i Patti Lateranensi*, de 1929, entérinés par la loi n° 810 de 1929<sup>1875</sup>, sont reconnus et protégés par l'article 7 de la Constitution. Pour un grand nombre d'auteurs, il ne fait pas de doute qu'il y a eu là une « véritable constitutionnalisation de toutes les dispositions du Pacte »<sup>1876</sup>. En conséquence, une loi contraire au Concordat serait nécessairement déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle.

Supérieur aux lois, le Concordat est-il pour autant supérieur à la Constitution elle-même ? Un arrêt du Conseil d'État italien l'a laissé entendre<sup>1877</sup>, en raison de la nature particulière des Accords de 1929. Cette position n'a cependant pas fait l'unanimité chez tous les auteurs et un arrêt de la Cour constitutionnelle de 1971 est venu préciser qu'il existe une hiérarchie au sein même des normes constitutionnelles : les normes constitutionnelles ordinaires et les principes suprêmes de l'ordonnement constitutionnel italien. Les premières, de moindre valeur, sont soumises aux secondes. En conséquence, si les Accords de 1929 « peuvent déroger aux normes constitutionnelles ordinaires, ils ne peuvent avoir la force de porter atteinte aux principes suprêmes de l'ordonnement constitutionnel de l'État »<sup>1878</sup>.

**774. Révision des Patti.** - Faut-il prévoir de réunir les deux Chambres afin que ces dernières approuvent une révision des Accords à la majorité absolue, voire d'organiser un

---

<sup>1873</sup> *Ibid.*, art. 19 : « Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume ».

<sup>1874</sup> Costituzione del 1948, art. 21, 17 et 18.

<sup>1875</sup> L. 27 maggio 1929, n° 810 – *Esecuzione dei quattro allegati annessi e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede et l'Italia, l'11 febbraio 1929, G.U. 5 giugno 1929, n° 130.*

<sup>1876</sup> E. TAWIL, « Les relations conventionnelles entre l'État et les confessions religieuses en Italie », *loc. cit.*, p. 143, § 14.

<sup>1877</sup> Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 1957, n° 507, *FI*, 1965, 88, 10, p. 513 et s.

<sup>1878</sup> Corte cost., 24 febbraio 1971, n° 30, établissant le principe dit de l'unité de juridiction de l'État.



référendum, selon les termes de l'article 138 de la Constitution<sup>1879</sup>? Cette option pourrait être effectivement suivie, mais l'article 7 de la Constitution précise bien que les normes des Accords de 1929 peuvent être tout simplement modifiées par l'intermédiaire d'un nouvel accord, sans révision constitutionnelle au sens strict. Tel a été le cas en 1984, lorsque le Concordat de 1929 a été modifié par l'*Accordo*<sup>1880</sup> de *Villa Madama*. Souvent qualifié de nouveau Concordat, on notera cependant que pour bénéficier de la protection de l'article 7 de la Constitution, il doit être officiellement considéré comme une modification des Accords de 1929.

**775. Accord de *Villa Madama*.** – La modification des Accords de 1929 était devenue nécessaire aux deux camps.

D'une part, l'Église catholique, à la suite du concile de Vatican II<sup>1881</sup>, cherchait à réorganiser en profondeur ses relations avec l'État italien, en s'orientant vers une séparation plus franche du monde politique, tout en instaurant une saine collaboration entre l'État et l'Église catholique<sup>1882-1883</sup>.

---

<sup>1879</sup> Costituzione del 1948, art. 138 : « Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione. Le leggi stesse sono sottoposte a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. La legge sottoposta a referendum non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi. Non si fa luogo a referendum se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere a maggioranza di due terzi dei suoi componenti ».

<sup>1880</sup> L. 25 marzo 1985, n° 121 – Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede, G.U. del 10 aprile 1985 n° 85.

<sup>1881</sup> 1962-1965, sous le pontificat des papes Jean XXIII et Paul VI.

<sup>1882</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Napoli, Edizione giuridiche Simone, 2018, p. 27. Conclusion de la Constitution pastorale *Gaudium et Spes* : « Certo le cose terrene e quelle che, nella condizione umana, superano questo mondo, sono strettamente unite, e la Chiesa stessa si serve delle cose temporali nella misura che la sua missione richiede. Tuttavia essa non pone la sua speranza nei privilegi offertigli dall'autorità civile. Anzi essa rinunzierà all'esercizio di certi diritto legittimamente acquisiti, ove constataste che il loro uso potesse far dubitare della sincerità della sua testimonianza o nuove condizioni di vita esigessero un altro ordinamento ».

<sup>1883</sup> L. TOSCANO, *La « laïcité française » et la laïcité « à l'italienne »*, op. cit., p. 161 : « Il 3 giugno 1985 l'allora Presidente del Consiglio B. Craxi ribadiva, nel discorso pronunciato in occasione della visita ufficiale al pontefice Giovanni Paolo II, che "il nuovo sistema di rapporti tra Stato e Chiesa (...) impegna al pieno rispetto della reciproca indipendenza e sovranità, segna la strada di una leale collaborazione per la promozione umana e per il bene del nostro Paese" (La revisione del Concordato. Un accordo di libertà (a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri), Roma, 1986, p. 406). Il pontefice dichiarava che il nuovo Accordo era uno "strumento di concordia e di collaborazione (...) in una società caratterizzata dalla libera competizione delle idee e dalla pluralistica articolazione delle diverse componenti sociali"; inoltre assicurava che "la Chiesa intende operare nel pieno rispetto dell'autonomia dell'ordine politico e della sovranità dello stato" e "la comunità ecclesiale è ben conscia de non poter essere la sola promotrice di valori nella società civile" (La revisione... p. 415-418) ».

En parallèle, depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1948, l'État italien avait également fait évoluer son arsenal juridique, en adoptant notamment la loi sur le divorce en 1970. Cette dernière, nous l'avons vu, heurtait de front non seulement le dogme catholique mais également les Accords de 1929, la nouvelle loi offrant à des époux la possibilité d'obtenir la cessation des effets civils de leur mariage religieux grâce à une procédure différente de celle prévue par le Concordat. Par cette même loi, l'État cessait également de reconnaître le caractère sacramentel du mariage. Il devenait urgent de remettre toutes ces normes en conformité, pour les uns, avec le dogme religieux, pour les autres, avec les normes constitutionnelles.

L'Accord de *Villa Madama*, ayant cet objectif, se présente en trois parties:

- le Préambule évoque les transformations de la société civile italienne depuis la Constitution italienne de 1948 et rappelle les principes du concile de Vatican II quant aux rapports, ayant évolué, entre l'État et l'Église catholique ;
- le corps du texte, c'est-à-dire ses quatorze articles, consacre les principes inspirés de ces nouveaux rapports Église – État, au vu de la Constitution républicaine ;
- le Protocole additionnel prévoit sept points visant à assurer une meilleure application des Accords du Latran et à éviter toute difficulté d'interprétation ultérieure<sup>1884</sup>. C'est ainsi qu'il est expressément mentionné que le principe de confessionnalité qui prévalait antérieurement est abrogé<sup>1885</sup>, disposition qui n'était qu'implicite depuis 1948.

### **C/ Les relations État – cultes non catholiques : *Intese* & article 8 de la Constitution**

**776.** L'article 8 de la Constitution prévoit des ententes à signer entre l'État italien et les cultes non catholiques<sup>1886</sup>, dans un contexte qualifié de « pluralisme confessionnel ouvert »<sup>1887</sup>, soulignant également cependant « l'extranéité d'une logique discrétionnaire visant à sélectionner les religions auxquelles il est concédé d'entrer dans l'espace public »<sup>1888</sup>.

---

<sup>1884</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 28.

<sup>1885</sup> L. 25 marzo 1985, n° 121 – *Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*, G.U. del 10 aprile 1985 n° 85 – *Protocollo addizionale*, art. 1 : « Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano ».

<sup>1886</sup> *Costituzione del 1948*, art. 138 : « I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze ».

<sup>1887</sup> M. MAIONI, « Intese: il caso dei Testimoni di Geova », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017,

p. 3.

<sup>1888</sup> *Ibid.*

Officiellement tous considérés comme égaux, aux termes de ce même article 8, les cultes autres que catholiques ne sont pas tous logés à la même enseigne, pour des raisons juridiques (1) mais également politiques (2). Malgré ces difficultés, de nombreux cultes ont désormais signé une entente avec l'État (3).

## 1/ Raisons juridiques

**777. De 1929 à 1984.** - On notera tout d'abord que les dispositions de l'article 8 de la Constitution sont restées lettre morte jusqu'en 1984, en dépit de l'insistance de plusieurs instances religieuses, notamment du Conseil fédératif des églises évangéliques italiennes et de l'Union des communautés israélites<sup>1889</sup>.

Il faut attendre la révision du Concordat de 1929 par l'Accord de *Villa Madama* du 18 février 1984 pour que soit signée la première entente entre l'État et une religion non-catholique. Il aurait en effet été sans aucun doute délicat de continuer à privilégier la collaboration avec l'Église catholique tout en niant le « principe de l'égalité de toutes les confessions religieuses »<sup>1890</sup>.

La dernière phase des négociations avec le Saint-Siège s'est donc accompagnée de négociations parallèles avec la Table vaudoise, aboutissant à la signature d'une première entente dès le 21 février de la même année<sup>1891</sup>, entente suivie de nombreuses autres depuis.

**778. Visibilité des cultes.** – Comme dans beaucoup d'autres États, il est difficile de trouver dans le système juridique italien une définition claire et précise de la notion de culte et donc de savoir qui a le droit de signer des ententes ou non.

À titre d'exemple, le culte hébraïque n'a eu aucune difficulté à être qualifié de culte reconnu puis admis, ce qui lui a permis de conclure une entente<sup>1892</sup>, quand les Témoins de Jéhovah et l'Église de scientologie sont exclus de la liste des ententes, au même titre que

---

<sup>1889</sup> M. VENTURA « Perspectives d'entente entre État et communautés islamiques. L'expérience italienne », *loc. cit.*, p. 107.

<sup>1890</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>1891</sup> L. 11 agosto 1984, n° 449 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese, G.U. del 13 agosto 1984, n° 222 – modificata dalla L. 8 giugno 2009, n° 68, G.U. del 19 giugno 2009, n° 140.

<sup>1892</sup> L. 8 marzo 1989, n° 101 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, G.U. del 23 marzo 1989, n° 69 – modificata dalla L. 20 dicembre 1996, n° 638, G.U. del 21 dicembre 1996, n° 299.

l'UAAR, l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti, réclamant cette reconnaissance depuis la fin des années 1990.

## 2/ Raisons politiques

**779. Hégémonie étatique.** - Une fois un groupe reconnu comme confessionnel, il peut espérer conclure une entente avec l'État, ce qui a de multiples avantages, tant au niveau fiscal que juridique.

La signature d'un tel accord ne va cependant pas de soi : il ne s'agit en effet nullement d'un droit appartenant à un groupe religieux quel qu'il soit, mais de la volonté de l'État de reconnaître telle ou telle religion non-catholique. La Cour constitutionnelle a confirmé qu'il s'agissait bien là d'une « faculté », et non d'une « obligation », qu'a l'État envers les cultes non-catholiques<sup>1893</sup>.

**780. Justifications.** - Le gouvernement n'a par ailleurs, pas à justifier son refus d'ouvrir ou de poursuivre les négociations avec telle ou telle religion. Le refus gouvernemental d'entamer des négociations avec un culte peut tenir à un aspect administratif. Ainsi, seule une association ayant été reconnue comme possédant la personnalité morale aux termes de l'article 2 de la loi de 1929<sup>1894</sup> peut espérer entamer des négociations en vue d'une entente. Or, toutes les religions régies par la loi de 1929 ne se voient pas accorder pas la personnalité morale.

Par ailleurs, l'article 8 de la Constitution, alinéa 2, permet de refuser une entente à partir du moment où les statuts de la confession religieuse concernée heurtent « *l'ordinamento giuridico italiano* », entendu comme *i « soli principi fondamentali dell'ordinamento »*<sup>1895</sup>, les seuls principes fondamentaux de l'ordre juridique italien. Les statuts du culte en question sont à mettre en rapport avec « *l'organizzazione e le finalità*

---

<sup>1893</sup> Corte cost., 24 novembre 1958, n° 59 : « *Le intese si riferiscono alla facoltà data alle confessioni di organizzarsi secondo propri statuti, facoltà, non obbligo (...)* ».

<sup>1894</sup> L. 24 giugno 1929, n° 1159 - *Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi*, G.U. 16 luglio 1929 n° 164, art. 2 : « *Gli istituti di culti diversi dalla religione dello Stato possono essere eretti in ente morale, con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell'Interno, uditi il Consiglio di Stato e il Consiglio dei ministri (essi sono soggetti alle leggi civili concernenti l'autorizzazione governativa per gli acquisti e per l'alienazione dei beni dei corpi morali, abolito con legge n° 127 del 1997 e dalla legge n° 191 del 1998). Norme speciali per l'esercizio della vigilanza e del controllo da parte dello Stato possono inoltre essere stabilite nel decreto di erezione in ente morale* ».

<sup>1895</sup> Corte cost., 14-21 gennaio 1988, n° 43.

dell'ente, non l'ideologia religiosa »<sup>1896</sup>, l'organisation et les finalités de l'organisme, non pas l'idéologie religieuse, en conformité avec le principe de laïcité de l'État italien<sup>1897</sup>.

**781. Intervention parlementaire.** – Si le gouvernement joue un rôle de premier ordre, on ne saurait nier celui du Parlement. Même s'il est généralement admis que la loi votée par le Parlement n'a pas la possibilité de modifier le contenu de l'entente conclue avec le gouvernement<sup>1898</sup>, les Chambres doivent accepter d'intégrer ladite entente signée dans l'ordre juridique italien. En effet, la loi ainsi votée sera reconnue en droit public interne italien, et non en droit international, à l'instar des *Patti Lateranensi*.

**782.** L'adoption d'une entente – comme son abrogation d'ailleurs<sup>1899</sup> - dépend donc de la bonne volonté non seulement d'un gouvernement mais également d'un corps électoral, plus ou moins acquis au culte, partie à l'entente.

**783. Conséquences pratiques.** - En conséquence, de très nombreuses configurations sont possibles.

Si les bouddhistes réunis au sein de l'*Unione Buddista italiana* (UBI) ont réussi à conclure une entente en date du 4 avril 2007, il leur a fallu attendre février 2013 pour que cette *intesa* soit reconnue par le Parlement<sup>1900</sup>.

La *Congregazione cristiana dei testimoni di Geova*, une fois son accord agréé avec le gouvernement le 18 novembre 1999 et approuvé en Conseil des ministres le 21 janvier 2000<sup>1901</sup>, s'est vue opposée un long silence, tant de la part de la Chambre des députés que du Sénat, qui dure depuis, respectivement, les 2 et 23 mai 2000<sup>1902</sup>.

---

<sup>1896</sup> Cons. Stato, parere 30 luglio 1986, n° 1390 – *Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova, Riconoscimento personalità giuridica e autorizzazione amministrativa ad accettare la donazione.*

<sup>1897</sup> P. CAVANA, « Prospettive di un'intesa con le comunità islamiche in Italia », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, p. 6.

<sup>1898</sup> F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, Zanichelli, 2015, p. 131.

<sup>1899</sup> J.-G. BOEGLIN, « Le statut des communautés religieuses autres que catholique en Italie », *RDC*, 48, 1998, p. 98.

<sup>1900</sup> L. 31 dicembre 2012, n° 245 - *Norme per la regolazione dei rapporti tra la Stato e l'Unione Buddista Italiana, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 17 gennaio 2013, n° 14.*

<sup>1901</sup> *Decreto del Presidente della Repubblica 31 ottobre 1986, n° 783 – Riconoscimento della personalità giuridica della Congregazione cristiana dei testimoni di Geova, in Roma, ed autorizzazione alla stessa ad accettare una donazione, G.U. del 26 novembre 1986, n° 275.*

<sup>1902</sup> M. MAIONI, « Intense : il caso dei Testimoni di Geova », *loc. cit.*, p. 7.

Le gouvernement italien n'a jusqu'ici pas conclu d'entente avec les musulmans<sup>1903</sup>. Un *Patto nazionale per un islam italiano* a cependant été signé le 1<sup>er</sup> février 2017, entre les membres du *Tavolo di confronto con i rappresentanti delle associazioni e comunità islamiche presenti in Italia*, réuni sous l'égide du Ministère de l'Intérieur<sup>1904</sup> : potentielles prémices à de futures négociations en vue de la signature d'une entente ou simple effet d'annonce, le temps le dira. On peut s'étonner que la religion musulmane ne fasse à ce jour l'objet d'aucune entente<sup>1905</sup>. Si l'on s'en tient en effet à quelques statistiques<sup>1906</sup>, le nombre de musulmans en Italie serait assez élevé, puisqu'estimé à deux millions six cent mille, représentant ainsi 4,3% de la population globale italienne. Pour Monsieur Alessandro Ferrari, qui se fonde sur diverses enquêtes dont celles menées par IPSOS-MORI<sup>1907</sup>, la vraie raison du silence de la classe politique réside dans « la perception distordue et négative de la présence musulmane en Italie »<sup>1908</sup>. Le chercheur souligne bien pourtant que « l'espace public est largement ouvert au religieux, notamment à l'Église catholique, qui défend depuis le concile Vatican II la liberté religieuse et l'ouverture envers les autres religions. L'Église n'est pas tombée dans le piège d'une religion civile et identitaire, marqueur de la nation, dans lequel un parti comme la Ligue du Nord aurait voulu l'emmener » ; pour autant, « L'État italien (...) est beaucoup moins fort qu'en France, où l'État estime de son devoir d'organiser la nation et d'assurer la cohésion sociale ». Monsieur Paolo Cavana invite cependant à ne pas rejeter la faute sur les seuls politiques. L'ensemble est plus complexe qu'il n'y paraît et c'est tout un ensemble certes politique mais également géo-politique, juridique et culturel qui intervient ici : « *Vi si oppongono tutta una serie di ostacoli, di carattere non solo politico, dipendenti dagli orientamenti di*

<sup>1903</sup> En 1992, un projet d'entente a été présenté à l'État italien par l'UCOII, *l'Unione delle Comunità e Organizzazioni Islamiche in Italia* ; il a été suivi d'un autre projet, en 1993, mis au point par le Centre culturel islamique d'Italie, puis, en 1994, par l'Association des musulmans italiens (AMI) et, en 1996, par la COREIS (*Comunità religiosa islamica italiana*).

<sup>1904</sup> Source : [https://www.interno.gov.it/sites/default/files/pubblicazione\\_patto\\_islam.pdf](https://www.interno.gov.it/sites/default/files/pubblicazione_patto_islam.pdf)

<sup>1905</sup> V. également sur ce sujet : M. VENTURA, « Perspectives d'entente entre État et communautés islamiques. L'expérience italienne », *loc. cit.* ; A. ANGELUCCI, « Una politica ecclesiastica per l'islam? », *Quaderni dir. pol. eccles.*, 2014. Sur la question des mosquées et des imams : G. MACRÌ, « La libertà religiosa, i diritti delle comunità islamiche. Alcune considerazioni critiche su due progetti di legge in materia di moschee e imam », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018 et S. BERLINGÒ, « A trent'anni dagli Accordi di Villa Madama : edifici di culto e legislazione civile », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n° 1, 2015.

<sup>1906</sup> F. CIOCCA, *L'Islam italiano*, Roma, Meltemi, 2019.

<sup>1907</sup> Source : [https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/publication/documents/2018-08/italyitfinal\\_digital.pdf](https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/publication/documents/2018-08/italyitfinal_digital.pdf)

<sup>1908</sup> Interview d'Alessandro Ferrari par le journal La Croix, en date du 3 mars 2018 : source : <https://paris-international.blogs.la-croix.com/lislam-en-italie-une-organisation-insuffisante-face-a-une-reticence-latente/2018/03/03/>

*alcune forze politiche e dal contesto internazionale e geo-politico complessivo, ma anche giuridico istituzionale e culturale »<sup>1909</sup>.*

### **3/ Les diverses ententes**

**784.** À ce jour, ont officiellement été signées les ententes suivantes - ce qui signifie que les groupes suivants sont reconnus comme des religions et que leurs ententes ont été approuvées par le Parlement (sauf une) :

- ✓ *La Table vaudoise* ; entente conclue et signée le 21 février 1984 ; loi d'approbation 449 / 1984 (modifiée par la suite)<sup>1910</sup>;
- ✓ *L'Assemblée de Dieu en Italie* ; entente conclue et signée le 29 décembre 1986 ; loi d'approbation 517 / 1988<sup>1911</sup> ;
- ✓ *L'Union des Églises Chrétiennes Adventistes du septième jour* ; entente conclue et signée le 29 décembre 1986 ; loi d'approbation 516 / 1988 (modifiée par la suite)<sup>1912</sup>;
- ✓ *L'Union de la Communauté Hébraïque en Italie* ; entente conclue et signée le 27 février 1987 ; loi d'approbation 101 / 1989 (modifiée par la suite)<sup>1913</sup>;
- ✓ *L'Union Chrétienne Évangélique Baptiste d'Italie* ; entente conclue et signée le 29 mars 1993 ; loi d'approbation 116 / 1995 (modifiée par la suite)<sup>1914</sup>;
- ✓ *L'Église Évangélique Luthérienne en Italie* ; entente conclue et signée le 20 avril 1993 ; loi d'approbation 520 / 1995<sup>1915</sup> ;
- ✓ *L'Archidiocèse Sacré Orthodoxe d'Italie et Exarchat pour l'Europe Méridionale* ; entente conclue et signée le 4 avril 2007 ; loi d'approbation 126 / 2012<sup>1916</sup> ;

---

<sup>1909</sup> P. CAVANA, « Prospettive di un'intensa con le comunità islamiche in Italia », *loc. cit.*, p. 1.

<sup>1910</sup> L. 11 agosto 1984, n° 449 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese, G.U. del 13 agosto 1984, n° 222 – modificata dalla L. 8 giugno 2009, n° 68, G.U. del 19 giugno 2009, n° 140.

<sup>1911</sup> L. 22 novembre 1988, n° 517 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Assemblea di Dio in Italia, G.U. del 2 dicembre 1988, n° 283.

<sup>1912</sup> L. 22 novembre 1988, n° 516 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno, G.U. del 2 dicembre 1988, n° 283 - modificata dalla L. 8 giugno 2009, n° 67, G.U. del 19 giugno 2009, n° 140.

<sup>1913</sup> L. 8 marzo 1989, n° 101 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, G.U. del 23 marzo 1989, n° 69 - modificata dalla L. 20 dicembre 1996, n° 638, G.U. del 21 dicembre 1996, n° 299.

<sup>1914</sup> L. 12 aprile 1995, n° 116 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia, G.U. del 23 marzo 1989, n° 69 - modificata con L. 12 marzo 2012, n° 34, G.U. del 4 aprile 2012, n° 80.

<sup>1915</sup> L. 29 novembre 1995, n° 520 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa Evangelica Luterana in Italia (CELI), G.U. del 7 dicembre 1995, n° 146.

- ✓ *L'Église de Jésus Christ des saints des derniers jours* ; entente conclue et signée le 4 avril 2007 ; loi d'approbation 127 / 2012<sup>1917</sup> ;
- ✓ *L'Église Apostolique en Italie* ; entente conclue et signée le 4 avril 2007 ; loi d'approbation 128 / 2012<sup>1918</sup> ;
- ✓ *L'Union Bouddhiste Italienne* ; entente conclue et signée le 4 avril 2007 ; loi d'approbation 245 / 2012<sup>1919</sup> ;
- ✓ *L'Union Hindouiste Italienne* ; entente conclue et signée le 4 avril 2007 ; loi d'approbation 246 / 2012<sup>1920</sup> ;
- ✓ *L'Institut Bouddhiste Italien Soka Gakkai* ; entente conclue et signée le 27 juin 2015 ; loi d'approbation 130 / 2016<sup>1921</sup> ;
- ✓ *L'association Église d'Angleterre* ; entente conclue et signée le 30 juillet 2019 ; à ce jour, pas de loi d'approbation<sup>1922</sup>.

**785.** Avec l'entrée en vigueur d'une entente, les dispositions des lois de 1929 et de 1930 cessent d'être applicables pour accorder valeur de loi au contenu de ladite entente.

Chaque *intesa* peut se vouloir originale, mais en pratique, elles « garantissent toutes les mêmes droits »<sup>1923</sup> et s'intéressent<sup>1924</sup> aux écoles confessionnelles, aux universités ou à la diffusion de la religion dans les écoles publiques ; au droit des militaires de participer à la vie religieuse ; au régime des personnes juridiques confessionnelles ; au régime

---

<sup>1916</sup> L. 30 luglio 2012, n° 126 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Sacra arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 7 luglio 2012, n° 168.

<sup>1917</sup> L. 30 luglio 2012, n° 127 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa di Gesù Cristo degli ultimi giorni, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 7 luglio 2012, n° 168.

<sup>1918</sup> L. 30 luglio 2012, n° 128 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa apostolica in Italia, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 7 luglio 2012, n° 168.

<sup>1919</sup> L. 31 dicembre 2012, n° 245 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Buddhista Italiana, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 17 gennaio 2013, n° 14.

<sup>1920</sup> L. 31 dicembre 2012, n° 246 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Induista Italiana, Sanatana Dharma Samgha, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 17 gennaio 2013, n° 14.

<sup>1921</sup> L. 28 giugno 2016, n° 130 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 15 luglio 2016, n° 164.

<sup>1922</sup> *Intesa tra la Repubblica italiana e l'Associazione « Chiesa d'Inghilterra » :*

[http://presidenza.governo.it/USRI/confessioni/intese2007/Intesa\\_ChiesaInghilterra.pdf](http://presidenza.governo.it/USRI/confessioni/intese2007/Intesa_ChiesaInghilterra.pdf)

Cf. égaleme nt P. C. CONIGLIO, "The Legal Status of the Church of England in Italy", *Ecc LJ*, 17, 2015, p. 53-57.

<sup>1923</sup> J.-G. BOEGLIN, « Le statut des communautés religieuses autres que catholique en Italie », *loc. cit.*, p. 102.

<sup>1924</sup> E. TAWIL, « Les relations conventionnelles entre l'État et les confessions religieuses en Italie », *loc. cit.*, p. 148, § 24 et s.



tributaire des organismes et des biens ; aux dons et à la quote-part de 1/8/1000<sup>1925</sup> ; aux biens artistiques, culturels et historiques, sans oublier, bien sûr, la question du mariage. Pour autant, les ententes ne sont pas de pâles copies les unes des autres et incorporent des spécificités propres à leur culte respectif.

#### **D/ Les relations État – cultes non catholiques sans *intese***

**786. Loi 1929.** - Reste le cas des cultes, reconnus comme religions, mais ne faisant pas l'objet d'une entente. Il faut alors revenir au droit commun, c'est-à-dire à la loi n° 1159 du 24 juin 1929 sur les cultes admis<sup>1926</sup>. Seule réelle condition à cette admission de ce culte non catholique sans entente : ne pas professer de principes et de rites contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs<sup>1927</sup>. Si tel est bien le cas, l'exercice du culte admis est libre.

**787. Personnalité morale.** - Un culte admis peut se voir érigé en personne morale<sup>1928</sup>, selon un décret présidentiel pris sur proposition du ministre de l'Intérieur, après approbation du Conseil d'État et du Conseil des ministres<sup>1929</sup>, ce qui ouvre des perspectives un peu plus vastes que la seule liberté de l'exercice du culte admis. Au lendemain de l'adoption de la loi de 1929, il a été précisé<sup>1930</sup> que les cultes admis sont

---

<sup>1925</sup> Créé à la suite de la révision du Concordat en 1984, l'1/8/1000 prévoit que les contribuables accordent chaque année une partie de leurs impôts (0,8%) à une religion en particulier ou à un programme d'aide sociale. Si le contribuable ne coche pas de case, la somme est automatiquement répartie entre ceux qui bénéficient habituellement de l'impôt en proportion des sommes déjà reçues. Il ne doit pas être confondu avec le 5/1000, impôt dédié aux organismes sociaux divers et variés.

<sup>1926</sup> L. 24 giugno 1929, n° 1159 - *Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi*, G.U. 16 luglio 1929 n° 164.

<sup>1927</sup> *Ibid.*, art. 1 : « Sono ammessi nello Stato culti diversi dalla religione cattolica apostolica e romana, purché non professino principi e non seguano riti contrari all'ordine pubblico o al buon costume. L'esercizio, anche pubblico di tali culti è libero ».

<sup>1928</sup> Les Témoins de Jéhovah ont ainsi acquis la personnalité morale, par décret du président de la République le 31 octobre 1986, après avis conforme du Conseil d'État. En conséquence, ils sont désormais désignés sous le nom de « Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah au sens de l'art. 2 de la loi n° 1159/1929 et de l'art. 10 RD n° 289/1930 ». En revanche, à ce jour, aucune instance de la communauté musulmane ne bénéficie ni d'une entente, ni de la personnalité morale, à l'exception notable du Centre culturel islamique d'Italie, qui gère la mosquée de Rome, mais qui, comme son nom l'indique, se qualifie d'entité culturelle, et non culturelle.

<sup>1929</sup> *Ibid.*, art. 2 : « Gli istituti di culti diversi dalla religione dello Stato possono essere eretti in ente morale, con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell'Interno, uditi il Consiglio di Stato e il Consiglio dei ministri (essi sono soggetti alle leggi civili concernenti l'autorizzazione governativa per gli acquisti e per l'alienazione dei beni dei corpi morali, abolito con legge n° 127 del 1997 e dalla legge n° 191 del 1998). Norme speciali per l'esercizio della vigilanza e del controllo da parte dello Stato possono inoltre essere stabilite nel decreto di erezione in ente morale ».

<sup>1930</sup> R. D. 28 febbraio 1930, n° 289, G.U. del 12 aprile 1930, n° 87.

soumis « à la vigilance et à la tutelle gouvernementale »<sup>1931</sup>. « Ce contrôle », nous précise Monsieur Jean-Georges Boeglin, « implique la faculté de faire des visites d'inspection, de nommer un administrateur civil des biens si de graves irrégularités sont découvertes et de déclarer nulles des délibérations ou décisions des organismes si les lois viennent à être violées »<sup>1932</sup>. Un culte peut donc être admis ; il n'en sera pas moins « surveillé ».

**788. Conclusion § 2.** – L'Italie a mis au point un système de reconnaissance des groupes religieux complexe. Ses relations avec l'Église catholique sont régies par un Concordat initialement signé en 1929 mais modifié en 1984, selon l'article 7 de la Constitution de 1947. Quant aux religions non-catholiques, certaines ont déjà pu signer une entente avec le gouvernement, accord intégré ensuite dans l'ordre interne italien par l'intermédiaire d'une loi d'approbation votée par le Parlement, aux termes de l'article 8 de la Constitution de 1947. Les religions non-catholiques n'ayant pas signé d'entente restent en revanche régies par la loi de 1929 sur les cultes admis et se voient accorder - ou non - la personnalité morale.

**789. Conclusion Section 2.** – L'Angleterre et l'Italie ont fait le choix de maintenir des relations avec les diverses Églises présentes sur leur territoire, selon un schéma complexe et hiérarchique n'accordant pas les mêmes droits à tous.

Outre-Manche, l'Église anglicane, parce qu'établie, domine clairement les autres dénominations religieuses, devant, à ce titre, être déclarées auprès des autorités civiles.

Outre-Alpes, l'Église catholique, longtemps dominante, s'est vue accorder un Concordat, quand les religions non-catholiques font soit l'objet d'une entente validée par le gouvernement et le parlement italiens, soit sont simplement admises.

Au regard de ce qui précède, on imagine volontiers que le mariage tel qu'envisagé par le système dualiste tant anglais qu'italien ne présente pas de visage uniforme. Il s'avère d'une rare complexité, extrêmement polymorphe mais assurément fascinant.

---

<sup>1931</sup> *Ibid.*, art. 13 : « Oltre alle norme speciali stabilite nel decreto di erezione in ente morale, gli istituti dei culti diversi dalla religione dello Stato sono soggetti alla vigilanza ed alla tutela governativa ».

<sup>1932</sup> J.-G. BOEGLIN, « Le statut des communautés religieuses autres que catholique en Italie », *loc. cit.*, p. 100.

## Section 2 : Le mariage selon le système dualiste anglo-italien

790. En parallèle du mariage strictement civil, l'Italie et l'Angleterre offrent aux couples de s'unir religieusement, tout en conférant des effets civils à de telles unions. Il s'agit bien là d'un choix, les citoyens tant italiens qu'anglais n'étant soumis à aucune obligation dans ce domaine. Libres à eux donc d'opter pour un mariage exclusivement civil ou pour une cérémonie religieuse conférant des effets civils. Voire de faire suivre une cérémonie civile par une célébration religieuse, auquel cas, seule la cérémonie civile comptera<sup>1933</sup>. En accordant des effets civils à un mariage religieux, les États anglais et italien n'ont donc pas pour autant sacrifié l'institution du mariage civil. Mais, contrairement à la situation française, d'un temps obligatoire, le mariage civil anglo-italien est devenu simplement facultatif<sup>1934</sup>.

791. En élaborant le système du dualisme matrimonial, l'Angleterre et l'Italie entendaient répondre, à leur manière, à des choix de société. Ce que le pouvoir politique a pu céder d'un côté, il l'a cependant récupéré de l'autre : un mariage pourra donc être à la fois religieux et civilement efficace, mais l'acquisition de tels effets civils présupposera un certain nombre d'étapes incontournables à franchir, dont le *modus operandi* est imposé par l'État.

Système de concordat, d'ententes ou d'*establishment*, si les Églises ont donc plus de poids dans ces deux États, il revient pourtant à l'État, et à lui seul, de déterminer les effets civils de leur mariage religieux.

792. En pratique, et pour les raisons historiques, politiques et culturelles mentionnées ci-dessus, le système dualiste mis en place outre-Manche et outre-Alpes opère une nette distinction entre les diverses Églises pouvant être présentes sur le territoire. C'est ainsi que l'Église catholique dans le cas italien et l'Église anglicane dans le cas anglais ont un statut nettement à part (§1). La hiérarchisation se poursuit parmi les religions restantes : du côté italien, entre religions ayant signé une entente avec l'État et celles simplement admises ; du

---

<sup>1933</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 46.

<sup>1934</sup> La période rendant le mariage civil obligatoire court, en Angleterre, de 1653 avec le *Marriage Act* imposé par Cromwell, jusqu'en 1660, avec le rétablissement du *Book of Common Prayer* et l'abolition du mariage dit « civil » par Charles II quand, en Italie, elle couvre les années 1866-1929, la signature des Accords du Latran mettant un terme à la parenthèse exclusivement civile.

côté anglais, entre les Églises reconnues et celles non reconnues (§2). En conséquence, en fonction de chaque situation, la façon de se marier va varier.

### **§ 1 : Église d'Angleterre, Église catholique en Italie : une place à part**

**793.** *Establishment* et Concordat obligent, l'Église d'Angleterre et l'Église catholique en Italie ont un statut à part. Les conséquences de l'octroi d'une telle primauté s'en ressentent à de multiples niveaux, y compris celui matrimonial. Elles signifient que les démarches à effectuer en vue d'un mariage dit anglican (A) et celles en vue d'un mariage dit concordataire (B) seront différentes de celles des mariages des autres religions.

#### **A/ Le mariage anglican**

**794.** Le statut à part de l'Église d'Angleterre est particulièrement évident en ce qui concerne le mariage dit anglican. En effet, alors que toutes les autres religions présentes sur le sol anglais doivent se conformer à un certain nombre de prescriptions civiles, l'Église anglicane « semble » y échapper totalement. Il faut cependant être précis : si les préliminaires habituellement déclarés « civils », c'est-à-dire normalement imposés par l'État, sont ici dictés par la seule Église d'Angleterre, ils doivent être conformes aux termes du *Marriage Act* de 1949. Par ailleurs, on se souviendra qu'une *Measure* anglicane a forcément reçu l'aval parlementaire. Il serait donc faux de dire que l'Église anglicane gère le mariage anglican selon ses seuls préceptes. Le va-et-vient incessant entre la loi anglaise et les canons anglicans en matière matrimoniale est ici particulièrement révélateur du lien très étroit liant l'Église d'Angleterre à l'État. Au-delà de ces renvois d'une institution à l'autre, on notera néanmoins un certain nombre de privilèges dont bénéficie seule la *CofE*. Afin d'illustrer au mieux ces spécificités, nous nous intéresserons aux préliminaires du mariage (1), à l'obligation hétérosexuelle (2), à la célébration du mariage (3) ainsi qu'à son enregistrement (4).

## 1/ Les Préliminaires

795. Les préliminaires visent la publicité de la future cérémonie du mariage, dont le principe a été posé dès 1753, lors de l'adoption du *Lord Hardwicke's Act*<sup>1935</sup>, afin d'empêcher les mariages clandestins (a), les liens des futurs mariés avec leur paroisse (b) et l'autorisation à se marier accordée par l'Église anglicane (c). Des projets de réforme en la matière sont parfois évoqués mais restent à ce jour, sans effet (d).

### a/ Les bans

796. De manière traditionnelle, les bans sont publiés par la paroisse de chacun des deux futurs époux<sup>1936</sup>. Il revient au prêtre<sup>1937</sup> de chaque paroisse d'annoncer, et ce trois dimanches de suite avant la célébration de ladite union, un texte plus ou moins similaire à celui-ci : « *I publish the banns of marriage between A.B., bachelor of this parish and C.D., spinster of the parish of Saint X, Y. If any of you know cause or just impediment why these persons should not be joined in holy matrimony, you are to declare it now. This is for the first (second, third) time of asking.* »<sup>1938</sup>.

### b/ Liens avec la paroisse

797. Toute personne ayant un lien avec une paroisse (i) peut y célébrer son mariage, qu'il soit anglican ou non (ii), selon le *precedent Argar*, confirmé encore récemment (iii).

#### *i. Liens avec la paroisse*

798. Comme on le constate à la lecture des bans, il est nécessaire que les futurs mariés aient un lien avec la paroisse où ils souhaitent se marier. Le *Church of England Marriage*

---

<sup>1935</sup> *Clandestine Marriages Act* de 1753.

<sup>1936</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 5(b) : « *A marriage according to the rites of the Church of England may be solemnized (a) after the publication of banns of matrimony* ».

<sup>1937</sup> Mais ce rôle peut être dévolu à un laïc. *Marriage Act* de 1949, S. 9.

<sup>1938</sup> D. MCLEAN, "Marriage in England", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, op. cit., p. 189.

*Measure* de 2008<sup>1939</sup> précise à cet effet qu'un couple aura le droit de se marier dans telle ou telle paroisse à partir du moment où l'un des époux y aura été baptisé, réside de manière habituelle dans sa circonscription depuis six mois au moins, vient régulièrement aux offices, a un parent qui réside de manière habituelle dans sa circonscription depuis six mois au moins ou un parent ou grand-parent qui s'y est marié<sup>1940</sup>.

*ii. Paroissien non obligatoirement anglican*

**799.** Le fait d'être un « *resident of the Parish* », c'est-à-dire d'habiter sur le territoire de la paroisse, n'implique pas automatiquement d'être anglican. L'Église d'Angleterre peut ainsi parfaitement célébrer un mariage en l'une de ses paroisses sans tenir compte de l'affiliation religieuse des parties qui le demandent<sup>1941</sup>, à l'instar des prêtres catholiques qui célébraient les mariages des protestants lors de la période d'exécution de l'édit de Versailles de 1787. Pendant longtemps, il se disait que non seulement l'Église le pouvait, mais aussi qu'elle le devait, selon un *precedent* bien établi<sup>1942</sup>.

*iii. Le precedent Argar*

**800. Licence civile.** - Pour bien comprendre la portée de l'arrêt Argar, revenons sur une possibilité offerte par la loi anglaise, celle d'obtenir une « *licence* » civile afin de se marier religieusement, une procédure connue aujourd'hui sous le nom de *marriage under superintendent registrar's certificate*<sup>1943</sup>. Dans le cas où une telle licence serait en bonne et

---

<sup>1939</sup> *Church of England Marriage Measure* de 2008.

<sup>1940</sup> *Ibid.*, S. 1(3) : « *For the purposes of this section a person has a qualifying connection with a parish in which the marriage is to be solemnized if (a) that person was baptised in that parish (unless the baptism took place in a combined rite which included baptism and confirmation) or is a person whose confirmation has been entered in the register book of confirmation for any church or chapel in that parish; (b) that person has at any time had his or her usual place of residence in that parish for a period of not less than six months; (c) that person has at any time habitually attended public worship in that parish for a period of not less than six months; (d) a parent of that person has during the lifetime of that person had his or her usual place of residence in that parish for a period of not less than six months or habitually attended public worship in that parish for that period; or (e) a parent or grandparent of that person has been married in that parish* ».

<sup>1941</sup> M. HILL, "Church, State and Civil Partners : Establishment and social mores in tension", in N. DOE & R. SANDBERG, *Law and religion*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>1942</sup> *Argar v Holdsworth* [1758] 161 ER 424.

<sup>1943</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 17 : « *A marriage according to the rites of the Church of England may be solemnized on the authority of certificates of a superintendent registrar in force under Part III of this Act in any church or chapel in which banns of matrimony may be published or in the case of a marriage in pursuance of section 26(1) (dd) of this Act the place specified in the notices of marriage and certificates as the place where the marriage is to be solemnized* ».

due forme accordée à des paroissiens désirant se marier, le ministre du culte supposé en charge de bénir l'union a-t-il le droit de refuser de le faire ? La réponse fut clairement exprimée à l'époque, soit cinq ans après l'entrée en vigueur du *Lord Hardwicke's Act*, en rappelant que tout ministre du culte est obligé de par la loi de marier ses paroissiens : « *every minister is obliged by law to marry such of his parishioners as have resided in his parish ; the parties named in the licence are his parishioners and have resided a month and have obtained a licence to be married together ; (...) Argar had a proper licence to marry How, and acquainted Holdsworth therewith, and desired him to marry them, but he refused* »<sup>1944</sup>. Refuser un tel mariage, de la part d'un ministre du culte, revient donc à un manquement aux devoirs de ce dernier : « *a minister was guilty of a breach of his duty who should refuse to marry pursuant to a proper licence from his ordinary* »<sup>1945</sup>.

**801. Critiques.** - L'autorité de ce *precedent* fait débat, un certain nombre d'auteurs remettant en cause la généralité de son *ratio decidendi*<sup>1946</sup>.

Ainsi, Monsieur Norman Doe rappelle que l'obligation de marier son paroissien relève exclusivement du cas de la « licence » civile, pas du projet de mariage annoncé par bans : « *it cannot be understood as authority for the proposition that a minister is under a duty to marry parishioners even against his wishes when the proposed form of marriage is by bans: it is related only to marriage by licence* »<sup>1947</sup>.

Selon Monsieur Michael G. Smith, le document original, lacunaire, ne permettrait pas d'imposer la lecture que l'on a faite d'*Argar v Holdsworth* : en conséquence, il y aurait eu, déjà à l'époque, beaucoup de « *judicial confusion* », ce qui aurait amené les commentateurs de l'arrêt à être « *misled into thinking that Sir George Lee (le juge) was endorsing a general legal principle affecting all parishioners no matter what form the legal preliminaries to their marriage took* »<sup>1948</sup>.

**802. Ouvrage, droit canon et *House of Lords*** - Le débat reste ouvert, mais ne semble pas affecter la plupart des ouvrages proposés au public, dans lesquels il y est le plus souvent clairement exprimé que les « *ministers of the Church of England are under the duty to conduct a marriage service according to the rites of the Church for any resident of*

---

<sup>1944</sup> J. HUMPHREYS, "The Right to Marry in the Parish Church", *Ecc LJ*, 7, 2004, p. 407.

<sup>1945</sup> *Ibid.*

<sup>1946</sup> Cette partie du jugement pose la règle de droit, contrairement aux *obiter dicta*.

<sup>1947</sup> J. HUMPHREYS, *loc. cit.*, p. 408.

<sup>1948</sup> *Ibid.*, p. 409.

*their Parish, regardless of religious affiliation* »<sup>1949</sup> ou encore « *Because of the special position of the Church of England, its clergy are under a legal obligation to marry any parishioners who present themselves and have legal capacity. This obligation applies even where the parties are not baptised (...)* »<sup>1950</sup>.

Selon le droit canonique anglican, il semble ne même pas y avoir débat, si l'on s'en tient au *Principle 71 (7)* qui stipule que « *A person, being a member of, associated with, or resident in a parish of, a church, is entitled*<sup>1951</sup> *to solemnisation of marriage in accordance with the rites of that church in the manner and to the extent provided by its law.* »<sup>1952</sup>

En 2008, la *House of Lords* a réitéré le *precedent* d'*Argar*, en précisant que « *the Church of England believes itself required to marry for the first time anyone in the parish regardless of faith or the lack of it* »<sup>1953</sup>.

**803. Espace économique européen.** - La question a retrouvé un regain d'intérêt depuis le 2 mars 2015<sup>1954</sup>, date à laquelle de nouvelles mesures visant les personnes en provenance d'États n'appartenant pas à l'Espace économique européen sont entrées en vigueur. Il appartient désormais au *Superintendent Registrar of a Civil Register Office* de délivrer l'autorisation de se marier dans une église anglicane, à condition que les futurs époux, non originaires d'un pays membre de l'EEE, habitent depuis sept jours au moins dans le *district* de l'église anglicane<sup>1955</sup>. Contrairement à ce qui précède, et dans ce cas très précis de personnes hors EEE, le *clergyman* n'est alors nullement tenu de marier le couple en question: il ne le fera que s'il l'estime opportun, « *if he sees fit* »<sup>1956</sup>.

#### c/ Autorisation de se marier

**804. Renseignements à communiquer.** - Une fois le lien paroisse/époux établi, il suffit de communiquer au ministre du culte anglican les noms et adresses des futurs époux, en

---

<sup>1949</sup> M. HILL, "Church, State and Civil Partners : Establishment and social mores in tension", in N. DOE & R. SANDBERG, *Law and religion*, op. cit., p. 59.

<sup>1950</sup> D. MCLEAN, "Marriage in England", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, op. cit., p. 192-193.

<sup>1951</sup> Nous soulignons.

<sup>1952</sup> *Principle of Canon Law 71(7) of the Anglican Communion*.

<sup>1953</sup> *R (Baiai, Trzcinska, Bigoku & Tilki) v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 53.

<sup>1954</sup> *Immigration Act* de 2014.

<sup>1955</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 27 E et s.

<sup>1956</sup> *Ibid.*, S. 46.



précisant depuis combien de temps ils résident aux lieux indiqués, un minimum de sept jours étant imposé avant que les bans puissent être publiés<sup>1957</sup>.

**805. Capacité à se marier.** - Il incombe ensuite au ministre anglican de s'assurer que les futurs mariés ont bien la capacité à se marier. Comme pour un mariage civil, cela implique d'être libres de tout lien matrimonial précédemment noué, d'avoir plus de seize ans et de ne pas être liés l'un à l'autre par un degré prohibé de consanguinité ou d'affinité<sup>1958</sup>. Il est intéressant de noter que cette exigence légale se retrouve aussi bien dans le *Marriage Act* de 1949 que dans les *Principles of Canon Law Common to the Churches of the Anglican Communion*<sup>1959</sup>, imposant en un sens au couple un double contrôle effectué par une seule et même personne, le ministre du culte, au nom des deux institutions, ecclésiastique et étatique.

**806. Âge.** - La seule potentielle pierre d'achoppement relative à l'autorisation que peut accorder un ministre du culte semble résider dans l'âge des demandeurs. En effet, là où l'officier d'état civil est censé vérifier que les conditions liées à l'âge sont bien remplies, et, entre autres, avoir obtenu l'accord des deux parents investis de l'autorité parentale si le jeune a entre seize et dix-huit ans<sup>1960</sup>, il s'avère qu'un ministre du culte ne saurait être tenu pour responsable en cas d'absence de consentement des parents au mariage de l'enfant n'ayant pas atteint les dix-huit ans<sup>1961</sup>. Cette mesure ne suscitait plus de réaction, les

---

<sup>1957</sup> *Ibid.*, S. 8 : « *No clergyman shall be obliged to publish banns of matrimony unless the persons to be married, at least seven days before the date on which they wish the banns to be published for the first time, deliver or cause to be delivered to him (a) a notice in writing, dated on the day on which it is so delivered, stating the christian name and surname and the place of residence of each of them, and the period during which each of them has resided at his or her place of residence, and (b) specified evidence that both of the persons are relevant nationals* ».

<sup>1958</sup> *Ibid.*, S. 1 et 2.

<sup>1959</sup> Les articles mentionnés ci-dessus sont à rapprocher du *Principle 71(3) of the Principles of Canon Law Common to the Churches of the Anglican Communion* :

« *Ministers must comply with civil law as to the formation of marriage and with church law as to the solemnisation of marriage according to ecclesiastical rites. 2. The parties to a marriage must satisfy the civil and ecclesiastical requirements for a valid marriage. Otherwise the minister should refuse solemnisation. 3. An ecclesiastical marriage is presumed valid if: (a) the parties have a right under civil law to contract a marriage; (b) both parties freely and knowingly consent to marry, without fraud, coercion, or mistake as to the identity of a partner or the mental condition of the other party; (c) the parties do not fall within the prohibited degrees of relationship; (d) the parties have attained the required age for marriage, and (e) where required in the case of minors, their parents or guardians have consented to it* ».

<sup>1960</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 2, 3 et 78.

<sup>1961</sup> *Ibid.*, S. 3 (1C) (4) : « *A clergyman shall not be liable to ecclesiastical censure for solemnizing the marriage of a child after the publication of banns without the consent of the parents or guardians of the child unless he had notice of the dissent of any person who is entitled to give notice of dissent under the last foregoing subsection* ».

couples se mariant de plus en plus tardivement<sup>1962</sup>. Le contexte actuel pourrait cependant raviver le débat, dans la lutte actuelle engagée contre les mariages arrangés. Il ne s'agirait plus alors d'obtenir le consentement des parents mais bien d'être certain de celui de l'enfant à marier.

**807. *Special licence.*** - Procéder à un mariage anglican en dehors de sa paroisse d'origine peut également s'envisager, mais il faut alors obtenir une « *special licence* » accordée par l'archevêque de Canterbury. Délivrée à titre exceptionnel (donc sans automacité) et, qui plus est, coûteuse<sup>1963</sup>, cette licence permet de faire célébrer son mariage anglican où bon semble, y compris dans des endroits qui ne sont pas habituellement conçus pour célébrer des unions, tels que la chapelle de son université<sup>1964</sup>. Réminiscence d'un passé catholique révolu, ce pouvoir, anciennement dévolu à l'archevêque en tant que légat du pape, a été préservé par l'*Ecclesiastical Licences Act* de 1533<sup>1965</sup> puis intégré dans le *Marriage Act* de 1949<sup>1966</sup>.

#### d/ Réforme oubliée

**808.** En 1973, la *Law Commission in a Report on Solemnisation of Marriage in England and Wales*<sup>1967</sup> avait proposé d'abolir les préliminaires ecclésiastiques et de transférer leur compétence au seul *superintendent registrar*, c'est-à-dire à l'officier d'état civil anglais, tout en préservant les pouvoirs spéciaux de l'archevêque de Canterbury. Les propositions de la *Law Commission* n'ont cependant pas trouvé écho à l'époque, pas plus qu'aujourd'hui<sup>1968</sup>. Les conclusions du rapport de la *Law Commission* allaient en effet bien plus loin que la simple abolition des préliminaires ecclésiastiques : elles préconisaient en

---

<sup>1962</sup> N. V. LOWE & G. DOUGLAS, *Bromley's family law*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>1963</sup> 325 £ depuis le 1er août 2018.

Source : <https://www.facultyoffice.org.uk/special-marriage-licences/couples/apply-for-a-special-licence/>

<sup>1964</sup> D. MCLEAN, "Marriage in England", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, *op. cit.*, p. 190.

<sup>1965</sup> *Ecclesiastical Licences Act* de 1533. La loi maintenait le système des dispenses, désormais octroyées non plus par le pape mais par l'archevêque de Canterbury.

<sup>1966</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 5(b) : « *A marriage according to the rites of the Church of England may be solemnized (b) on the authority of a special licence of marriage granted by the Archbishop of Canterbury or any other person by virtue of the Ecclesiastical Licences Act, 1533 (in this Act referred to as a "special licence")* ».

<sup>1967</sup> *Law Com. n° 53, Law Commission in a Report on Solemnisation of Marriage in England and Wales*, 8 May 1973.

<sup>1968</sup> D. MCLEAN, "Marriage in England", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, *op. cit.*, p. 190.

effet l'introduction d'une « procédure civile unique »<sup>1969</sup>, suivie ou non d'une cérémonie religieuse qui n'aurait pas eu d'effet juridique. De peur de la réaction publique, le rapport a été purement et simplement oublié.

## 2/ Mariage anglican obligatoirement hétérosexuel

**809.** Traditionnellement, le mariage vu sous l'angle anglican reprend le principe de l'union de l'homme et de la femme (a), principe grandement menacé lors de l'instauration du mariage pour tous (b). La solution du *quadruple lock* a alors été adoptée afin de préserver le dogme anglican dans son intégralité (c).

### a/ L'union d'un homme et d'une femme

**810. Principes fondamentaux.** – Le principe hétérosexuel<sup>1970</sup> du mariage anglican repose sur deux fondements, le droit canon de la *CofE* d'un côté et l'arrêt *Hyde v Hyde*<sup>1971</sup> de l'autre. Le *Principle 70*<sup>1972</sup> du droit canon anglican précise que le mariage « *an honourable estate instituted by God, is an exclusive lifelong union, signifying the mystical union that is between Christ and his Church, effected on the free exchange of consents between one man and one woman joined together by God as husband and wife and lasting until the death of one spouse* », non sans rappeler le dogme catholique. Cet élément de la doctrine anglicane a été intégré à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle dans le droit interne anglais, quand Lord Penzance, juge à la *Court of Probate and Divorce*, a lui aussi stipulé que le mariage était « *a voluntary union for one man and one woman to the exclusion of all others* »<sup>1973</sup>. *Canon law, common law* : le mariage est résolument hétérosexuel.

---

<sup>1969</sup> K. J. GRAY, « L'unité du couple », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF et INSTITUT DE DROIT COMPARÉ. LYON, *Mariage et famille en question*, op. cit.

<sup>1970</sup> Pour un point de vue américain sur la question du mariage et du genre : M. LYNDON SHANLEY, "Just Marriage", chapter 10, p. 179 et s., in D. ENGSTER & T. METZ, *Justice Politics, and the Family*, New-York, Routledge, 2015.

<sup>1971</sup> *Hyde v Hyde* [1868] LR 1 P&D 130-133.

<sup>1972</sup> *Principle 70 of the Anglican Communion*.

<sup>1973</sup> *Hyde v Hyde* [1868] LR 1 P&D 130-133.

b/ Same-sex marriage

**811.** L'introduction du mariage pour tous bousculait donc, à plus d'un titre, non seulement les divers protagonistes mais également les différentes lois, en particulier celles relevant de l'ordre ecclésiastique. L'Église d'Angleterre allait-elle donc se trouver dans l'obligation de célébrer des mariages de paroissiens de même sexe ? La réponse aurait pu être positive si seul le *precedent* d'*Argar v Holdsworth* avait été considéré, les ministres de culte anglican étant supposés ouvrir leur porte à tous les habitants de leur paroisse. Mais cela aurait supposé de modifier les canons anglicans. Or, nous l'avons vu, le droit ecclésiastique anglican fait partie intégrante du droit anglais et ne peut pas être amendé facilement. Il aurait fallu pour cela que l'Église modifie sa législation par l'intermédiaire d'une *Measure* adoptée par le Synode, ultérieurement approuvée par le Parlement et recevant le *Royal Assent*.

c/ La solution du *quadruple lock*

**812. *Quadruple lock.*** - Pour éviter de contrarier les cultes en général, l'Église anglicane en particulier<sup>1974</sup>, le gouvernement décida de répondre par ce que l'on a désigné le « *quadruple lock* », un ensemble de quatre provisions prises au nom de la « *religious protection* », titre de la section de la loi prévoyant le mariage pour les couples de même sexe, en ligne avec l'article 9 de la CEDH, garantissant la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Le procédé n'est pas nouveau et rappelle indéniablement l'année 1857 quand le clergé anglican s'était vu octroyer le droit de ne pas célébrer le mariage d'un couple dont l'un des conjoints était divorcé. L'idée est simple et consiste à s'assurer, d'une part, que les cultes opposés au mariage pour tous ne se sentent pas obligés d'y avoir recours. D'autre part, elle garantit que les ministres des cultes qui célèbrent un mariage homosexuel le font en plein accord avec leurs autorités. Enfin, elle permet d'éviter des procès contre les uns et les autres sur le fondement d'une potentielle rupture d'égalité<sup>1975</sup>. Les deux dernières

---

<sup>1974</sup> G. GODDARD, "The Church of England and Gay Marriage – What Went Wrong ? ", in N. BARKER & D. MONK, *From civil partnerships to same-sex marriage*, Abingdon, Routledge, 2016, p. 132.

<sup>1975</sup> N. SAGOVSKY, "Hooker, Warburton, Coleridge and the 'Quadruple Lock': State and Church in the Twenty-first Century", *Ecc LJ*, 16, 2014, p. 145.

provisions ne concernent que l'Église d'Angleterre ; les deux premières, les autres religions.

*i. Première mesure : de la non-obligation à célébrer un mariage homosexuel*

**813.** La première mesure prévue à l'article 2<sup>1976</sup> souligne que nul ne peut être contraint à célébrer des *same-sex marriages*. Il s'agit donc ici d'une « *express non-compulsion provision* »<sup>1977</sup>, d'une disposition expresse de non-obligation :

« (1) *A person may not be compelled by any means (including by the enforcement of a contract or a statutory or other legal requirement) to*

*(a) undertake an opt-in activity, or*

*(b) refrain from undertaking an opt-out activity.*

*(2) A person may not be compelled by any means (including by the enforcement of a contract or a statutory or other legal requirement)*

*(a) to conduct a relevant marriage,*

*(b) to be present at, carry out, or otherwise participate in, a relevant marriage, or*

*(c) to consent to a relevant marriage being conducted, where the reason for the person not doing that thing is that the relevant marriage concerns a same sex couple. »*

*ii. Deuxième mesure : de la possibilité de célébrer un mariage homosexuel*

**814. *Opt-in.*** - La loi prévoit en son article 2(3)<sup>1978</sup> un système de *opt-in* autorisant les religions ou les ministres de culte individuels à procéder aux mariages de couples homosexuels. Les personnes ou entités intéressées doivent alors entreprendre des démarches positives en ce sens, ainsi que le veut le principe même du *opt-in*. À défaut de telles démarches, le mariage alors célébré serait illégal.

---

<sup>1976</sup> *Marriage (Same Sex Couples) Act* de 2013, S. 2(1) et (2).

<sup>1977</sup> R. AHDAR, "Solemnisation of Same-sex Marriage and Religious Freedom", *loc. cit.*, p. 298.

<sup>1978</sup> *Marriage (Same Sex Couples) Act* de 2013, S. 2(3).

**815. Conséquences.** - Si une religion décide de ne pas opter pour la célébration du mariage homosexuel, aucun de ses ministres n'est autorisé à le faire. En revanche, quand bien même une religion opterait pour l'autorisation de la célébration des mariages homosexuels, elle ne pourrait l'imposer à ses ministres du culte, qui resteraient donc libres de procéder ou non à de telles célébrations. Ainsi donc, afin de célébrer un mariage unissant deux personnes de même sexe, l'organisation religieuse doit avoir expressément donné son consentement. Par la suite, les ministres religieux doivent également affirmer leur volonté expresse de vouloir célébrer ce mariage. Enfin, le mariage ainsi autorisé doit avoir lieu en un endroit habilité à accueillir les mariages de couples homosexuels<sup>1979</sup>.

À ce jour, ont opté pour le mariage religieux entre personnes de même sexe : la Société des Amis, le judaïsme, l'Église unie du Christ, l'Église communautaire métropolitaine, l'Église unie et l'Universalisme unitarien.

*iii. Troisième mesure : le dogme hétérosexuel anglican n'est pas contraire à la loi de 2013*

**816.** Afin de lever tout doute en la matière, la loi anglaise affirme ici que le droit ecclésiastique anglican n'est pas contraire à la loi anglaise quand il affirme que le mariage concerne un homme et une femme. L'article 1(3) de la loi sur le mariage pour les couples de même sexe<sup>1980</sup> précise donc : « *No Canon of the Church of England is contrary to section 3 of the Submission of the Clergy Act 1533*<sup>1981</sup> (which provides that no Canons shall be contrary to the Royal Prerogative or the customs, laws or statutes of this realm) by virtue of its making provision about marriage being the union of one man with one woman ».

---

<sup>1979</sup> P. JOHNSON, R. VANDERBECK & S. FALCETTA, "Religious Marriage of Same-Sex Couples", *SSRN Journal* 3076841, 2017, p. 4. 182 endroits en 2017, contre 22 799 endroits certifiés pour les couples de sexe opposé.

<sup>1980</sup> *Marriage (Same Sex Couples) Act* de 2013, S. 1(3).

<sup>1981</sup> *Act for Submission of the Clergy and Restraint of Appeals* de 1533.

*iv. Quatrième mesure : de l'interdiction de célébrer un mariage anglican homosexuel*

**817.** Enfin, il est expressément interdit à l'Église établie de célébrer des mariages entre personnes de même sexe : « *Any duty of a member of the clergy to solemnize marriages (and any corresponding right of persons to have their marriages solemnized by members of the clergy) is not extended by this Act to marriages of same sex couples.* »<sup>1982</sup>. Afin d'éviter de possibles actions en justice, l'*Equality Act* de 2010<sup>1983</sup> a été amendé<sup>1984</sup> en précisant que si une organisation religieuse ou un ministre du culte refuse de célébrer un mariage homosexuel, cela ne constitue pas en soi une discrimination illégale<sup>1985</sup>.

### **3/ Célébration du mariage anglican**

**818.** Une fois l'étape, essentielle mais relativement peu contraignante, des préliminaires ecclésiastiques franchie, le mariage peut alors être célébré par une personne consacrée, dans le respect des rites anglicans, au sein de la paroisse d'origine de l'un des deux époux, dans tout autre endroit prévu pour la célébration d'un mariage et autorisé à cet effet par l'évêque ou tout autre lieu agréé par l'archevêque de Canterbury aux termes de la licence spéciale, dans les trois mois de la publication des bans ou de l'octroi de la licence, ou dans les douze mois de l'inscription dans le registre d'état civil<sup>1986</sup>.

---

<sup>1982</sup> *Marriage (Same Sex Couples) Act* de 2013, S. 1(4).

<sup>1983</sup> *Equality Act* de 2010.

<sup>1984</sup> *Ibid.*, S. 110, en particulier S. 110 5(A), 5(B), 5(BA) : « *A does not contravene this section if A— (a) does not conduct a relevant marriage, (b) is not present at, does not carry out, or does not otherwise participate in, a relevant marriage, or (c) does not consent to a relevant marriage being conducted, for the reason that the marriage is the marriage of a same sex couple. (5B) Subsection (5A) applies to A only if A is within the meaning of “ person ” for the purposes of section 2 of the Marriage (Same Sex Couples) Act 2013; and other expressions used in subsection (5A) and section 2 of that Act have the same meanings in that subsection as in that section. (5BA) If A is a protected person, A does not contravene this section if A— (a) does not allow religious premises to be used as the place at which two people register as civil partners of each other under Part 2 of the Civil Partnership Act 2004 (“the 2004 Act”), or (b) does not provide, arrange, facilitate or participate in, or is not present at— (i) an occasion during which two people register as civil partners of each other on religious premises under Part 2 of the 2004 Act, or (ii) a ceremony or event in England or Wales to mark the formation of a civil partnership, for the reason that the person does not wish to do things of that sort in relation to civil partnerships generally, or those between two people of the same sex, or those between two people of the opposite sex (5BB) In subsection (5BA)—“protected person” has the meaning given by section 30ZA (2) of the 2004 Act; “religious premises” has the meaning given by section 6A(3C) of the 2004 Act. (5C) A does not contravene this section by refusing to solemnise a relevant Scottish marriage for the reason that the marriage is the marriage of two persons of the same sex ».*

<sup>1985</sup> R. AHDAR, "Solemnisation of Same-sex Marriage and Religious Freedom", loc. cit., p. 300.

<sup>1986</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 12(2), 16(3), 33.

#### 4/ Enregistrement du mariage

**819. Registres.** - À l'issue de la cérémonie religieuse, les époux, ainsi que deux témoins minimum, sans oublier le ministre du culte lui-même, étaient invités jusqu'à très récemment à signer les registres, fournis par l'état civil. Il appartenait ensuite au vicaire de chaque paroisse de rapporter, trimestriellement, lesdits registres à l'officier d'état civil, afin que ce dernier puisse constater par lui-même les mariages ainsi célébrés<sup>1987</sup>.

Depuis le 4 mai 2021 et l'entrée en vigueur du *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration Etc.) Act* de 2019<sup>1988</sup>, les couples, ainsi que leurs témoins et le membre du clergé doivent signer, le jour même de la cérémonie, non plus un registre, mais un document de mariage, un *marriage document*; il appartient en outre désormais au couple concerné, et non plus au célébrant, de retourner ce document à l'état civil du lieu de la célébration, dans un délai de vingt-et-un jours.

Registre ou document de mariage, Il s'agit là d'une simple constatation : le mariage religieux a en effet, déjà produit ses effets civils au moment de l'échange des consentements religieux des époux.

**820. Valeur civile et échange des consentements religieux.** - Comme le précise Monsieur Norman Doe, c'est « le rituel du mariage religieux qui génère un statut marital public »<sup>1989</sup> : le mariage religieux anglais est donc reconnu par l'État au moment de sa célébration, à condition que la loi civile soit respectée. Le mariage tel que pratiqué par et pour l'Église d'Angleterre acquiert donc valeur civile en étant reconnu par l'État britannique dès l'échange des consentements religieux des époux. Ce privilège est accordé à la seule Église établie, du fait de sa « position constitutionnelle »<sup>1990</sup> hors norme.

**821. Un seul mariage.** - Il est bon cependant de souligner que, si au vu de ce qui précède, le mariage anglican semble avoir une place à part au sein du système juridique anglais, les conséquences d'un tel mariage ne le placent pas sur un plan différent des autres types de mariage, comme cela a été rappelé avec l'arrêt *R v Dibdin*<sup>1991</sup> : « *marriage (...) is*

---

<sup>1987</sup> D. MCLEAN, "Marriage in England", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, op. cit., p. 191.

<sup>1988</sup> *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act* de 2019, S. 7 et 8.

<sup>1989</sup> N. DOE & R. SANDBERG, "Conclusion : new horizons", in N. DOE & R. SANDBERG, « *Law and religion*, op. cit., p. 216.

<sup>1990</sup> *Ibid.*

<sup>1991</sup> *R v Dibdin* (1910) P 57 CA, P. 109.



*one and the same thing whether the contract is made in church with religious vows superadded, or whether its is made in a nonconformist chapel with religious ceremonies, or whether it is made before a consul abroad, or before a registrar, without any religious ceremonies ».*

Il y a donc diverses façons de se marier ; mais en fin de compte, selon la loi anglaise, il n'y a qu'un mariage : « *The result is one and the same in every respect known to the law* »<sup>1992</sup>.

C'est pourquoi toute personne qui volontairement et en toute connaissance de cause célébrerait un mariage sans publication préalable des bans, en prétendant être ministre du culte, dans un endroit non autorisé, sans ensuite faire enregistrer le mariage ou en enregistrant n'importe quel mariage rendrait l'union *void*<sup>1993</sup>, au même titre que toute autre forme de mariage reconnue non valide.

**822.** Le rôle du ministre anglican est étonnant. De par la position spéciale de l'Église d'Angleterre au sein du royaume, son clergé a l'obligation (civile) de marier les paroissiens du diocèse qui en feraient la demande, ce qui inclut des paroissiens non-anglicans (mais non ceux issus de l'EEE).

Cependant, le ministre du culte anglican reste également soumis au droit canon anglican. À ce titre, il n'est en rien contraint de procéder à la célébration d'un mariage lorsque l'un des futurs conjoints s'avère avoir déjà été marié et a mis fin au précédent mariage par le biais d'un divorce, et ce d'autant plus si l'ancien mari/femme est toujours vivant<sup>1994</sup>. De même, il a le droit, en toute discrétion, de refuser de célébrer le mariage de personnes qu'il estime trop proches, d'un point de vue canonique, même si la loi civile peut le permettre<sup>1995</sup>. Qu'il le souhaite ou non, il n'a pas le droit de procéder à des unions

---

<sup>1992</sup> *Ibid.*, P. 114.

<sup>1993</sup> *Marriage Act* de 1949, Part II s. 75(1)(a)-(d) : « *Any person who knowingly and wilfully (b)solemnizes a marriage according to the rites of the Church of England without banns of matrimony having been duly published (not being a marriage solemnized on the authority of a special licence, a common licence or [certificates] of a superintendent registrar); (c) solemnizes a marriage according to the said rites (not being a marriage by special licence [F14or a marriage in pursuance of section 26(1)(dd) of this Act]) in any place other than a church or other building in which banns may be published; (d) solemnizes a marriage according to the said rites falsely pretending to be in Holy Orders; shall be guilty of felony and shall be liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years* ».

<sup>1994</sup> *Matrimonial Causes Act* de 1965, S. 8(2).

<sup>1995</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 5A, article ajouté lors de l'adoption de l'article 3 du *Marriage (Prohibited Degrees of Relationship) Act* 1986.

non-hétérosexuelles<sup>1996</sup>. Enfin, il avisera l'officier d'état civil du mariage religieux, dont les effets civils auront débuté dès l'échange des consentements anglicans.

## **B/ Le mariage concordataire**

**823. Une présence accrue de l'État.** - Si le mariage concordataire offre à l'Église catholique romaine une place certainement différente de celle des autres Églises réparties sur le territoire italien, il ne la met pas, dans ce domaine, sur le même pied d'égalité que l'Église anglicane. La présence de l'État italien est en effet, ici nettement plus marquée que celle de l'État britannique vis-à-vis de l'Église anglicane, en aval mais également et surtout, en amont. Toute Église « privilégiée » qu'elle soit ou qu'elle puisse sembler être, l'Église catholique romaine, contrairement à l'Église d'Angleterre, n'est en effet pas en mesure de s'arroger certains pouvoirs traditionnellement réservés à l'État italien en matière matrimoniale. Le mariage concordataire est même parfois qualifié de véritable « procédure administrative »<sup>1997</sup>, dont la particularité serait d'allier organes ecclésiastiques et institutions publiques de l'État.

**824. Dès 1929.** - Historiquement, l'efficacité civile du mariage religieux a été reconnue par l'article 34 du Concordat de 1929 : « *Lo Stato italiano, volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili* »<sup>1998</sup>, réconciliant ainsi citoyens et catholiques italiens. En accordant une telle faveur, l'État italien permettait à ceux qui le souhaitent de se marier selon le rite catholique, c'est-à-dire de procéder à un mariage sacramentel et d'éviter les affres du mariage naturel. Afin de pouvoir appliquer cet article, une autre loi a été adoptée la même année, dite « *legge matrimoniale* »<sup>1999</sup>, couramment désignée sous sa forme abrégée *L.m.*

**825. Toujours en vigueur.** - Ces deux lois sont à ce jour toujours en vigueur.

---

<sup>1996</sup> *Marriage (Same Sex Couples) Act* de 2013, S. 2(3).

<sup>1997</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 163.

<sup>1998</sup> L. 27 maggio 1929, n° 810 – *Esecuzione dei quattro allegati annessi e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede et l'Italia, l'11 febbraio 1929*, G.U. 5 giugno 1929, n° 130 : « *L'État Italie, désireux de redonner à l'institution du mariage, qui est la base de la famille, la dignité conforme aux traditions catholique de son peuple, reconnaît au sacrement du mariage, régi par le droit canonique, les effets civils* ».

<sup>1999</sup> L. 27 maggio 1929, n° 847 – *Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio*, G.U. 8 giugno 1929, n° 133.

Certains articles y afférents ont cependant été abrogés soit implicitement, comme lors de l'adoption de la Constitution de 1947 et en particulier de son article 8, soit explicitement, avec l'adoption de lois ultérieures.

Ainsi, l'article 8 de la loi de 1985 ratifiant les modifications du Concordat du Latran<sup>2000</sup> a remplacé l'article 34 du Concordat de 1929. Dans un style plus bureaucratique, moins lyrique, le nouvel article consacre la reconnaissance des effets civils du mariage contracté selon les normes du droit canonique. Dans le fond, ces deux articles, 34 de 1929 et 8 de 1985, sont très similaires, à un « détail » près : en 1985, signe évident de l'évolution du pays, de sa sécularisation, de l'acceptation du pluralisme religieux, de sa définition de la laïcité, toute référence au mariage en tant que sacrement a disparu. Les valeurs de dignité et de la famille, fondements de la société, sont cependant réaffirmées<sup>2001</sup>.

**826.** Le mariage concordataire italien se caractérise par un nombre relativement conséquent de procédures devant être impérativement effectuées aussi bien avant qu'après la célébration du mariage, non sans évoquer parfois celles du mariage civil. Il en va ainsi de la publicité (1), de la célébration du mariage (2), des formalités postérieures à la célébration (3) et de la transcription (4).

## 1/ Publicité

**827.** Tant la loi de 1985, modifiant les Accords du Latran de 1929, en son article 8<sup>2002</sup>, que celle dite *L.m.*, en son article 6, al. 2<sup>2003</sup>, précisent les modalités de publicité relative au mariage concordataire. Ces deux articles ne sont en aucun cas répétitifs l'un de l'autre. Ils soulignent à l'inverse, les rôles respectifs mais complémentaires de l'État italien et de l'Église catholique romaine en matière de déclaration tant auprès du prêtre que de l'officier

---

<sup>2000</sup> L. 25 marzo 1985, n° 121 – Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede, G.U. del 10 aprile 1985 n° 85.

<sup>2001</sup> *Ibid.*, art. 8, al. 3 : « Nell'accedere al presente regolamento della materia matrimoniale la Santa Sede sente l'esigenza di riaffermare il valore immutato della dottrina cattolica sul matrimonio e la sollecitudine della Chiesa per la dignità ed i valori della famiglia, fondamento della società ».

<sup>2002</sup> *Ibid.*, art. 8, al. 1 : « Sono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico (...) previa pubblicazioni nella casa comunale ».

<sup>2003</sup> L. 27 maggio 1929, n° 847 – Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio, G.U. 8 giugno 1929, n° 133, art. 6, al. 2 : « La richiesta delle pubblicazioni, oltre che dalle persone indicate nell'art. 73 del codice civile, deve esser fatta anche dal parroco, davanti al quale il matrimonio sarà celebrato ». Aujourd'hui, art. 96 du C. c. : « La richiesta della pubblicazione deve farsi da ambedue gli sposi o da persona che ne ha da essi ricevuto speciale incarico ».

d'état civil (a), d'acte de publication (b), d'opposition au mariage ou de certificat de *nulla osta* (c).

#### a/ Double déclaration

**828. Futurs époux, prêtre, officier d'état civil.** - Un couple désireux de se marier à l'Église catholique tout en souhaitant bénéficier d'effets civils sera tenu de faire part de sa volonté, commune aux deux parties, de faire célébrer son mariage selon le modèle concordataire non seulement auprès du prêtre qui doit les unir<sup>2004</sup> mais également auprès de l'officier d'état civil. Par la suite, il appartiendra au prêtre choisi pour célébrer le mariage religieux de se signaler auprès de l'officier d'état civil. La *casa comunale*, la mairie italienne, est donc doublement tenue au courant du futur mariage supposé se dérouler en une église, non seulement par les futurs conjoints mais également par le ministre du culte catholique, formellement identifié. C'est le début de la collaboration officielle (et contrôlée) entre l'Église et l'État, *via* leur intermédiaire missionné, le prêtre d'un côté, l'officier d'état civil de l'autre. À ce stade, l'officier d'état civil se doit de vérifier qu'il n'existe aucun empêchement tu par les fiancés, que les déclarations faites par ces derniers sont exactes, ceci afin d'offrir l'éventuelle possibilité à un tiers de s'opposer à ladite union.

#### b/ Acte de publication

**829. Acte de publication.** - Une fois cette première étape effectuée, l'officier d'état civil émet un *atto di pubblicazione* devant rester apposé à la porte de la mairie pendant huit jours minimum<sup>2005</sup>, délai pouvant être réduit en cas de « *gravi motivi* », voire totalement exclu en cas de « *cause gravissime* », décision qui, dans les deux cas, n'appartient ni à l'officier d'état civil en particulier, ni à la mairie en général, mais au seul tribunal saisi par les intéressés<sup>2006</sup>. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, aux termes d'une loi votée en 2009<sup>2007</sup>, les

---

<sup>2004</sup> CIC 1983, canon 1115 : « Les mariages seront célébrés dans la paroisse où l'un ou l'autre des contractants a domicile ou quasi-domicile ou résidence d'un mois, ou bien, s'il s'agit de *vagi*, dans la paroisse où ils résident de fait ; avec l'autorisation de l'Ordinaire propre ou du curé propre, ils peuvent être célébrés ailleurs ».

<sup>2005</sup> *Decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n° 396 - Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n° 127, G.U. del 30 dicembre 2000, n° 303, art. 55, al. 3* : « *L'atto di pubblicazione resta affisso presso la porta della casa comunale almeno per otto giorni* ».

<sup>2006</sup> C. c., art. 100.

administrations publiques sont supposées ne plus avoir recours à la publication papier et n'utiliser que l'*albo pretorio on line*, y compris en cas de publications matrimoniales.

**830. Rôle de l'officier d'état civil.** - Le rôle de l'officier d'état civil lors la déclaration des futurs conjoints en mairie est relativement limité, puisqu'il se contente d'uniquement vérifier l'exactitude de ladite déclaration. Son pouvoir n'est guère plus étendu au moment de la publication de l'acte. En effet, l'*ufficiale* se trouve dans l'obligation de procéder à ladite publication, à deux exceptions près : il existe un empêchement commun au droit civil et au droit canonique, ne pouvant donner lieu à une dispense de la part des autorités ecclésiastiques, ou, seconde possibilité, il existe un empêchement à la transcription de l'acte de mariage religieux. Si tel semble le cas, l'officier d'état civil, convaincu de ne pas pouvoir procéder à la publication, émet alors un certificat motivé<sup>2008</sup>, potentiellement contestable devant les tribunaux.

**831. Délai.** - Une fois la publication effectuée, il ne reste plus qu'à célébrer le mariage, dans un délai de cent quatre-vingt jours<sup>2009</sup>. Si ce délai venait à être dépassé, les futurs époux devraient répéter le processus depuis le début.

c/ Opposition au mariage ou certificat de *nulla osta*

**832. Opposition.** - Le but premier de l'étape de la publication est de s'assurer que tout un chacun est mis au courant de la future union. Le second objectif est d'offrir la possibilité de faire opposition. Cette opportunité n'est cependant pas ouverte à tous. Elle est en effet restreinte à un groupe de personnes que l'on considère intéressé par l'union potentielle du couple. Il s'agit en l'occurrence<sup>2010</sup> des parents de l'un des deux futurs conjoints ; de leur tuteur ou curateur ; du Ministère public ; du conjoint d'une union non encore dissoute ; des parents du précédent mari, dans le cas particulier d'un mariage

---

<sup>2007</sup> L. 18 giugno 2009, n° 69 - *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, G.U. del 19 giugno 2009, n° 140, art. 32 : « A far data dal 1° gennaio 2010, gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati ».

<sup>2008</sup> C. c., art. 98.

<sup>2009</sup> C. c., art. 99.

<sup>2010</sup> C. c., art. 102.

célébré malgré une interdiction temporaire de mariage mais par la suite dissout<sup>2011</sup> ou de la personne ayant contracté mariage ainsi que de ses parents, dans le cas où le mariage a été déclaré nul<sup>2012</sup>.

**833. Nulla osta.** - Si personne ne fait opposition dans le délai de huit jours, l'officier d'état civil est alors en mesure d'émettre un certificat de *nulla osta*, soit une autorisation à se marier, sorte de *nihil obstat*<sup>2013</sup> matrimonial<sup>2014</sup>.

En revanche, s'il y a eu opposition, non seulement l'officier d'état civil ne doit pas émettre de *nulla osta*, mais il doit en outre, avertir le prêtre, afin que celui-ci soit lui aussi averti de l'opposition<sup>2015</sup>, toujours dans un esprit de coopération entre l'Église et l'État.

**834. Intervention du tribunal civil.** - Pour autant, la célébration du mariage n'est pas automatiquement suspendue. En effet, à partir du refus d'émettre le *nulla osta*, le dossier est transféré au tribunal civil. Il appartient alors au président du tribunal de se positionner sur la suspension de la célébration ainsi que sur l'opposition.

Diverses options sont alors envisageables.

Si l'opposition est en lien avec l'âge de l'un des futurs époux, une infirmité mentale, l'existence d'un précédent lien de mariage, un cas d'affinité en ligne directe ou encore un délit, le tribunal pourra se prononcer sur le bien fondé de l'opposition, en rejetant cette dernière ou à l'inverse, en y faisant droit<sup>2016</sup>.

En revanche, en dehors des cas énumérés ci-avant, le tribunal devra prononcer une *sentenza di non luogo a deliberare*<sup>2017</sup>, c'est-à-dire un non-lieu, signifiant par là-même le désintérêt du tribunal vis-à-vis du mariage religieux. Le non-lieu à délibérer renvoie à la séparation des domaines de compétences des autorités étatiques et ecclésiastiques : à partir du moment où les cas relatifs à l'opposition concernent le droit canonique, ils relèvent de

---

<sup>2011</sup> C. c., art. 89.

<sup>2012</sup> *Ibid.*

<sup>2013</sup> « Rien ne s'oppose », en latin.

<sup>2014</sup> L. 27 maggio 1929, n° 847 – *Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio*, G.U. 8 giugno 1929, n° 133, art. 7, al. 1 : « *Trascorsi tre giorni successivi alla seconda ovvero all'unica pubblicazione, l'ufficiale dello stato civile, ove non gli sia stata notificata alcuna opposizione e nulla gli consti ostare al matrimonio, rilascia un certificato, in cui dichiara che non risulta l'esistenza di cause, le quali si oppongono alla celebrazione di un matrimonio valido agli effetti civili* ».

<sup>2015</sup> *Ibid.*, art. 7, al. 2: « *Qualora gli sia stata notificata opposizione a norma dell'art. 89 del codice civile, l'ufficiale dello stato civile non può rilasciare il certificato e deve comunicare al parroco la opposizione* ».

<sup>2016</sup> L. 25 marzo 1985, n° 121 – *Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*, G.U. del 10 aprile 1985 n° 85, art. 8 et Protocollo Addizionale.

<sup>2017</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 166.

la juridiction canonique, excluant *ipso facto* celle des tribunaux civils<sup>2018</sup>. En conséquence, si l'opposition est rejetée ou fait l'objet d'un non-lieu à délibérer, le tribunal renvoie l'affaire à l'officier d'état civil qui devra alors émettre le certificat de *nulla osta*<sup>2019</sup>, ouvrant droit à la célébration du mariage.

## 2/ Célébration du mariage

**835. Droit canonique.** - Après une série de formalités témoignant de la coopération État-Église, la célébration proprement dite du mariage concordataire peut avoir lieu. Cette étape, que les croyants considèrent *a priori* comme la plus importante du processus, est placée sous le seul sceau du droit canonique. Elle renvoie en effet, dans son intégralité aux canons 1108 et suivants du Code de droit canonique, relatifs à la forme de la célébration du mariage. Cependant, dès la fin de la célébration du mariage, c'est-à-dire dès l'échange des consentements des époux suivi de la bénédiction nuptiale, l'État se rappelle au bon souvenir des fidèles, mariés et prêtre inclus, d'une façon assez étonnante.

## 3/ Formalités postérieures à la célébration

**836. Le prêtre, sorte d'officier d'état civil.** - Une fois le mariage célébré, c'est-à-dire l'union consacrée, le rôle du prêtre (ou de son délégué) se transforme : de ministre de culte, il devient « une sorte » d'officier d'état civil à plusieurs titres. La formule « une sorte de » n'est guère heureuse, mais elle résume bien les circonvolutions de la doctrine et des tribunaux.

**837. Jurisprudence.** - La Cour de cassation<sup>2020</sup> a ainsi rappelé qu'à chacune des étapes qui suivent la célébration religieuse, le prêtre continue d'agir en tant que ministre du culte et de ministre du culte exclusivement.

---

<sup>2018</sup> E. VITALI, « Le mariage religieux et son efficacité civile dans le système juridique italien », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>2019</sup> L. 27 maggio 1929, n° 847 – *Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio*, G.U. 8 giugno 1929, n° 133, art. 7, al. 3 : « L'autorità giudiziaria decide sull'opposizione soltanto quando questa sia fondata su alcuna delle cause indicate negli articoli 56 e 61 prima parte del codice civile. In ogni altro caso pronuncia sentenza di non luogo a deliberare ».

<sup>2020</sup> Cass. pen., 8 febbraio 1963, *Giust. Pen.*, 1964, 2, 210.

Or, première remarque, ce terme est par essence une « *qualifica civilistica omnicomprendiva* » selon l'expression de Monsieur Raffaele Botta<sup>2021</sup>, désignant ainsi un statut civil exhaustif. Par ailleurs, l'arrêt de la Cour de cassation précise que, tout en étant exclusivement un ministre du culte au cours de la célébration d'un mariage, le prêtre exerce « *una pubblica funzione di certificazione* », une fonction publique de certification, lorsqu'il donne lecture des articles du Code civil italien (a), qu'il rédige l'acte de mariage (b) puis qu'il transmet ce dernier à l'officier d'état civil (c).

#### a/ Lecture des articles du Code civil italien

**838.** Ministre du culte et/ou officier ministériel, il appartient en tout cas à ce dernier d'attirer l'attention des nouveaux époux dûment unis par les lois canoniques sur les effets civils du mariage

Le prêtre, à l'instar d'un maire, va donc donner lecture des articles 143, 144 et 147 du Code civil italien, relatifs aux droits et devoirs civils des conjoints, comme précisé par l'article 8 de la loi de 1985 ratifiant les modifications du Concordat du Latran : « *Subito dopo la celebrazione, il parroco o il suo delegato spiegherà ai contraenti gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti ed i doveri dei coniugi* », ainsi que par l'article 8 L.m. « *Il Ministro del culto, davanti al quale è celebrato il matrimonio, deve spiegare agli sposi gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli 130, 131 e 132 del codice civile*<sup>2022</sup> ».

En cas d'omission de la lecture des articles rappelant les droits et les devoirs des époux, il sera néanmoins possible de transcrire le mariage ainsi célébré, à condition que la forme prévue pour la transcription soit cette fois bien respectée et si possible<sup>2023</sup>, en donnant à cette occasion lecture des articles oubliés aux époux<sup>2024</sup>.

---

<sup>2021</sup> R. BOTTA, *Tutela del sentimento religioso ed appartenenza confessionale nella società globale*, Torino, G. Giappichelli, 2002, p. 197.

<sup>2022</sup> Ancienne numérotation.

<sup>2023</sup> P. DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario*, op. cit., p. 43.

<sup>2024</sup> Circolare *Grazia e Giustizia*, n° 1/54/FG/1 (86) 256 del 26 febbraio 1986, § XIII.



## b/ Rédaction de l'acte de mariage

**839.** Après avoir lu les articles du Code civil se rapportant aux droits et devoirs civils des époux, le ministre du culte doit rédiger, en deux originaux, l'acte de mariage<sup>2025</sup>. Cet acte, rédigé en langue italienne, doit comporter un certain nombre de mentions que nous qualifierons de classiques, telles que les noms, prénoms, âge, adresse et profession des époux, de leurs parents, du prêtre, sans oublier la date et le lieu de la cérémonie<sup>2026</sup>. Il doit cependant également faire mention de la lecture des articles du Code civil<sup>2027</sup>. L'un des actes restera dans les archives paroissiales, tandis que l'autre sera transmis à la mairie.

## c/ Transmission de l'acte de mariage

**840. Transmission.** - Dernière mission du ministre du culte – *pubblico ufficiale*, l'un des deux actes de mariage originaux devra être transmis, dans les cinq jours de la célébration, à l'officier d'état civil de la ville où a eu lieu le mariage, afin que ce dernier puisse effectuer la transcription de l'acte sur son propre registre civil<sup>2028</sup>.

**841. Sanction.** – Le prêtre omettant d'effectuer cette dernière démarche est-il passible des peines de prison prévues à l'article 328 du Code pénal envers les *pubblici ufficiali* en charge d'un service public<sup>2029</sup>? Une majorité d'auteurs semble être d'avis que cet article ne

---

<sup>2025</sup> L. 25 marzo 1985, n° 121 – *Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense e dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*, G.U. del 10 aprile 1985 n° 85, article 8 : « (...) redigerà quindi, in doppio originale, l'atto di matrimonio, nel quale potranno essere inserite le dichiarazioni dei coniugi consentite secondo la legge civile ».

<sup>2026</sup> L. 27 maggio 1929, n° 847 – *Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio*, G.U. 8 giugno 1929, n° 133, art. 9 : « (...) il nome e cognome, l'età e la professione, il luogo di nascita, il domicilio o la residenza degli sposi; il nome e cognome, il domicilio o la residenza dei loro genitori; la data delle eseguite pubblicazioni o il decreto di dispensa; il luogo e la data in cui seguì la celebrazione del matrimonio; il nome e cognome del parroco o di chi altri per lui abbia assistito alla celebrazione del matrimonio (...) ».

<sup>2027</sup> *Ibid.*, art. 10 : « Se l'atto di matrimonio non sia stato trasmesso in originale, ovvero se questo non contenga le indicazioni prescritte dall'art. 9 e la menzione dell'eseguita lettura degli articoli 130, 131 e 132 del codice civile prescritta dall'art. 8, l'ufficiale dello stato civile sospende la trascrizione e rinvia l'atto per la sua regolarizzazione ».

<sup>2028</sup> L. 25 marzo 1985, n° 121, *op. cit.*, art. 8 : « La richiesta di trascrizione è fatta, per iscritto, dal parroco del luogo dove il matrimonio è stato celebrato, non oltre i cinque giorni dalla celebrazione ». L. 27 maggio 1929, n° 847, *op. cit.*, art. 8 : « Uno di questi viene subito trasmesso all'ufficiale dello stato civile del comune in cui il matrimonio è stato celebrato e, in ogni caso, non oltre cinque, giorni dalla celebrazione ».

<sup>2029</sup> C. p., art. 328 : « Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. Fuori dei casi

doit pas s'appliquer à un ministre du culte<sup>2030</sup>. En effet, en cas de non-transmission de l'acte par le prêtre, aucune sanction disciplinaire ne saurait être prise à son encontre, aucune nullité du mariage ou de l'acte de mariage ne serait déclarée : preuve que le rapport existant entre le prêtre et les autorités civiles est de nature « spéciale »<sup>2031</sup> et que l'omission évoquée ne saurait entraîner l'application de la loi pénale. En revanche, un tel comportement pourrait avoir des conséquences canoniques importantes<sup>2032</sup> et des répercussions civiles<sup>2033</sup>, en ouvrant la possibilité d'un recours en dommages et intérêts.

#### 4/ La transcription

**842.** Dans les cinq jours suivant la célébration du mariage, le prêtre doit remettre l'un des deux actes de mariage rédigés le jour de la célébration à l'officier d'état civil, afin que ce dernier puisse, à son tour, enregistrer l'acte de mariage dans ses propres registres. Cette dernière phase, primordiale, constitue ce que l'on appelle la transcription, *la trascrizione del matrimonio*, et est prévue aussi bien par l'article 8 de la loi de 1985<sup>2034</sup> que par les articles 5 et 10 *L.m.*<sup>2035</sup>. Ce faisant, le législateur a cherché une réponse à la délicate

---

*previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1.032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa ».*

<sup>2030</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico, op. cit.*, p. 167.

<sup>2031</sup> *Ibid.*

<sup>2032</sup> CIC 1983, canon 1389 : « § 1. Qui abuse d'un pouvoir ou d'une charge ecclésiastique sera puni selon la gravité de l'acte ou de l'omission, y compris de la privation de l'office, à moins que contre cet abus une peine n'ait déjà été prévue par la loi ou par un précepte. § 2. De plus, qui par une négligence coupable pose ou omet illégitimement au détriment d'autrui un acte relevant d'un pouvoir, d'un ministère ou d'une charge ecclésiastique, sera puni d'une juste peine ».

<sup>2033</sup> L. 27 maggio 1929, n° 847 – *Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio*, G.U. 8 giugno 1929, n° 133, art. 14, al. 3 : « Qualora la trascrizione sia richiesta trascorsi i cinque giorni dalla celebrazione, essa non pregiudica i diritti legittimamente acquisiti dai terzi ».

<sup>2034</sup> L. 25 marzo 1985, n° 121 – *Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*, G.U. del 10 aprile 1985 n° 85, art. 8 : « L'ufficiale dello stato civile, ove sussistano le condizioni per la trascrizione, l'effettua entro ventiquattro ore dal ricevimento dell'atto e ne dà notizia al parroco. Il matrimonio ha effetti civili dal momento della celebrazione, anche se l'ufficiale dello Stato civile, per qualsiasi ragione, abbia effettuato la trascrizione oltre il termine prescritto ».

<sup>2035</sup> L. 24 giugno 1929, n° 1159 - *Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi*, G.U. 16 luglio 1929 n° 164, art. 5 : « Il matrimonio celebrato davanti un ministro del culto cattolico, secondo le norme del diritto canonico, produce, dal giorno della celebrazione, gli stessi effetti del matrimonio civile, quando sia trascritto nei registri dello stato civile secondo le disposizioni degli articoli 9 e seguenti ». *Ibid.*, art. 10 : « Quando l'atto sia regolare, la trascrizione deve essere eseguita entro ventiquattro ore dal ricevimento, e nelle successive ventiquattro ore deve esserne trasmessa notizia al parroco, con l'indicazione della data, in cui è stata effettuata ».

question du moment exact de l'acquisition des effets civils (a). La loi précise en outre que l'officier d'état a vingt-quatre heures pour effectuer la transcription de l'acte de mariage (b), mais prévoit la possibilité d'une transcription tardive (c).

#### a/ Effets civils du mariage catholique

**843.** Le moment de l'acquisition des effets civils du mariage catholique est un sujet délicat, certains le déclarant à la lecture des articles du Code civil (i), d'autres à la transcription de l'acte de mariage auprès de l'officier d'état civil (ii). Les tribunaux ont tranché, en évoquant la naissance des effets civils dès la célébration à condition que l'acte de mariage soit incorporé au registre d'état civil (iii).

##### *i. Effets civils à la lecture des articles du Code civil*

**844.** Est-ce la lecture du Code civil qui confère au mariage à peine célébré sa connotation civile ? C'est ce que soutiennent certains auteurs en s'appuyant sur l'article 10 *L.m.*, qui précise que le défaut de la mention, dans l'acte de mariage, de la lecture des articles du Code civil entraîne la suspension de la transcription de l'acte de mariage dans les registres civils. Sous cet angle, les effets civils sont conférés au mariage religieux à la lecture du Code civil<sup>2036</sup>.

##### *ii. Effets civils à la transcription de l'acte de mariage*

**845.** Les contestataires de la thèse de l'octroi des effets civils à la lecture des articles du Code civil s'appuient quant à eux, non pas sur l'article 10 *L.m.*, mais sur deux autres articles de loi. Ils évoquent tout d'abord l'article 8 de cette même loi *L.m.*, qui précise que l'acte de mariage doit être rempli « *dopo la celebrazione* », après la célébration. Ils citent ensuite l'article 8 du nouveau Concordat, utilisant également les termes « *subito dopo la celebrazione* », immédiatement après la célébration, équivalent, sur ce point, à l'ancien article 34 du Concordat de 1929, qui utilisait déjà « *dopo* ». En ce sens, le mariage est déjà contracté quand arrive le moment de la lecture des articles du Code ; ladite lecture n'ajoute

---

<sup>2036</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico, op. cit.*, p. 166.

rien d'autre qu'un vernis civil<sup>2037</sup> et il faut attendre la transcription de l'acte de mariage sur les registres civils, donc sa publication civile, pour qu'il acquiert efficacité civile.

*iii. Effets civils dès la célébration à condition que l'acte de mariage soit incorporé au registre d'état civil*

**846.** Les tribunaux ont affinée les diverses approches en présence : le mariage concordataire produit des effets civils dès la célébration – c'est-à-dire dès l'échange des consentements suivi de la bénédiction nuptiale, donc dès le mariage religieux, et non pas à la lecture des articles du Code civil - à partir du moment où<sup>2038</sup> l'acte de mariage est incorporé au registre d'état civil. L'efficacité juridique civile du mariage religieux est donc rétroactive mais elle n'est acquise de manière définitive, qu'avec la transcription civile. À défaut de transcription dans les registres d'état civil, le mariage catholique, même accompagné de la lecture d'articles de Code civil, n'en reste pas moins un simple acte religieux dépourvu de tout effet civil, *civilmente irrivelante*. Ce principe a été répété de manière unanime et constante par les diverses hautes juridictions italiennes<sup>2039</sup>. L'étape de la transcription constitue donc, pour reprendre les mots de Monsieur Enrico Vitali, la « preuve de l'accomplissement du mariage et de ses effets civils »<sup>2040</sup>.

b/ Transcription immédiate

**847. Enregistrement.** - À partir du moment où l'officier d'état civil reçoit l'acte de mariage des mains du prêtre, dans les cinq jours de la célébration du mariage, il a officiellement vingt-quatre heures pour enregistrer le document. Au cours de ce laps de temps assez court, il lui appartient de vérifier la régularité de l'acte en question, c'est-à-dire de s'assurer que toutes les indications prescrites aux articles 9 et 10 *L.m.*<sup>2041</sup> y figurent

---

<sup>2037</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>2038</sup> Nous soulignons.

<sup>2039</sup> Cass., sez. lav., 21 aprile 2010, n° 9464, FI, 2010, I, 1762 – Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per la regione Lazio, 14 giugno 1997, n° 2328, *Riv. Corte conti* 1997, f, 5, 260.

<sup>2040</sup> E. VITALI, « Le mariage religieux et son efficacité civile dans le système juridique italien », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>2041</sup> Pour rappel : nom et prénoms, âge et profession, lieu de naissance, domicile ou résidence des époux ; lieu et date de la célébration du mariage ; nom et prénom du prêtre ou de celui qui a assisté à la célébration en plus de lui.

bien. Si le document est régulier, l'officier peut alors procéder à la transcription de l'acte de mariage dans ses propres registres. Il a ensuite un nouveau délai de vingt-quatre heures pour informer le ministre du culte de la date de la transcription. C'est ce que l'on appelle la transcription immédiate, *la trascrizione tempestiva*.

**848. Refus d'enregistrement.** - Dans le cas où l'original n'est pas transmis (si une simple photocopie est transmise en lieu et place de l'original), si l'une des indications (voire plusieurs) prescrite(s) à l'article 9 *L.m.* vient/viennent à manquer ou si la mention de la lecture des articles du Code civil ne figure pas sur l'acte de mariage, l'officier d'état civil a alors l'obligation de suspendre la transcription et de renvoyer le document défectueux au ministre du culte afin que ce dernier le régularise en bonne et due forme<sup>2042</sup>.

Seuls ces trois cas sont prévus par la loi. L'officier d'état civil, face à une situation autre, devra enregistrer l'acte de mariage. En revanche, s'il lui vient un doute, et tout en intégrant l'acte de mariage au registre d'état civil, il pourra saisir le procureur de la République<sup>2043</sup>.

#### c/ Transcription tardive

**849. Principe.** - La loi italienne, aux termes de l'article 8 de la loi de 1985<sup>2044</sup> et de l'article 14 *L.m.*<sup>2045</sup>, a prévu une mesure originale, celle de la transcription *tardiva*,

---

<sup>2042</sup> L. 27 maggio 1929, n° 847 – *Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio*, G.U. 8 giugno 1929, n° 133, art. 10 : « Se l'atto di matrimonio non sia stato trasmesso in originale, ovvero se questo non contenga le indicazioni prescritte dall'art. 9 e la menzione dell'eseguita lettura degli articoli 130, 131 e 132 del codice civile prescritta dall'art. 8, l'ufficiale dello stato civile sospende la trascrizione e rinvia l'atto per la sua regolarizzazione ».

<sup>2043</sup> *Ibid.*, art. 11 : « La trascrizione dell'atto riconosciuto regolare deve essere eseguita, quando sia stato rilasciato il certificato di cui all'art. 7, anche se l'ufficiale dello stato civile abbia notizia di qualcuna delle circostanze indicate nell'art. seguente, ma in tal caso egli deve prontamente informarne il procuratore del Re, il quale, ove occorra, provveda a norma dell'art. 16 ».

<sup>2044</sup> L. 25 marzo 1985, n° 121 – *Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*, G.U. del 10 aprile 1985 n° 85, art. 8 : « La trascrizione può essere effettuata anche posteriormente su richiesta dei due contraenti, o anche di uno di essi, con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro, sempre che entrambi abbiano conservato ininterrottamente lo stato libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione, e senza pregiudizio dei diritti legittimamente acquisiti dai terzi ».

<sup>2045</sup> L. 27 maggio 1929, n° 847 – *Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio*, G.U. 8 giugno 1929, n° 133, art. 14 : « La trascrizione dell'atto di matrimonio che per qualsiasi causa sia stata omessa può essere richiesta in ogni tempo da chiunque vi abbia interesse, quando le condizioni stabilite dalla legge sussistevano al momento della celebrazione del matrimonio e non siano venute meno successivamente. La trascrizione può essere richiesta anche nel caso preveduto nel n. 3 dell'art. 12, se la coabitazione continuò per tre mesi dopo

retardée. Il est en effet possible d'effectuer la transcription de l'acte de mariage dans les registres de l'état civil au-delà du délai de cinq jours normalement imposé au ministre du culte. La situation est cependant différente de la transcription immédiate puisque la demande de transcription ne provient pas du ministre du culte mais des parties elles-mêmes, voire même d'une seule d'entre elles.

**850. Conditions.** - Il est nécessaire que les époux soient tous deux consentants. Si seule l'une des deux parties souhaite la transcription, l'autre partie doit avoir eu préalablement connaissance de la démarche et ne pas s'y être opposée. Pour la Cour de cassation, cela implique que les époux soient toujours vivants au moment de la demande de transcription tardive, même si la partie décédée avait donné son accord de son vivant<sup>2046</sup>.

Par ailleurs, il est impératif que les deux parties, et non pas une seule, aient conservé de manière ininterrompue leur *stato libero* depuis la célébration du mariage. Ce qui revient à dire que le couple, bien que marié uniquement sous la forme religieuse, a agi comme des époux depuis ledit mariage, que personne n'a par ailleurs convolé en noces civiles, concubiné avec un(e) autre, etc.

Enfin, et parce que cette transcription peut intervenir à tout moment, ce qui lui confère un caractère imprescriptible, il est bon de souligner que les droits légitimement acquis par des tiers ne sauraient être remis en cause à cette occasion.

**851.** Toutes ces démarches effectuées, le couple est officiellement uni selon un mariage religieux reconnu par l'État.

**852. Conclusion § 1.** – Le mariage religieux tel que pratiqué par l'Église anglicane atteste de la prépondérance de cette dernière au sein du système juridique anglais. L'intervention de l'État est en effet relativement discrète tant au niveau des préliminaires, de la célébration du mariage ou de l'enregistrement postérieur. Cependant, en amont, il appartient au seul Parlement d'adopter *Acts* et *Measures* régissant plus ou moins fortement certains aspects de l'institution matrimoniale anglicane, le principe du *quadruple lock* en étant une parfaite illustration.

---

*revocata l'interdizione. Qualora la trascrizione sia richiesta trascorsi i cinque giorni dalla celebrazione, essa non pregiudica i diritti legittimamente acquisiti dai terzi ».*

<sup>2046</sup> Cass. civ., sez. II, 4 maggio 2010, n° 10734, *Fam. pers. succ.*, 2010, 544.

L'Italie a, à l'inverse, choisi d'agir en aval et de rappeler à chaque étape majeure du processus matrimonial (publicité, célébration ou encore transcription) que la forme du mariage concordataire est avant tout une collaboration entre les pouvoirs catholique et étatique, comme l'atteste la lecture des articles du Code civil au cours de la messe nuptiale, sans que l'on puisse parler clairement d'une puissance plus hégémonique qu'une autre.

## **§ 2 : Les mariages des autres religions**

**853.** Les fidèles non-anglicans en Angleterre (A) et non-catholiques en Italie (B) ont également la possibilité de se marier selon les rites de leur propre religion. Les conditions sont cependant différentes des procédures évoquées à l'occasion des mariages anglicans ou concordataires. Elles impliquent en effet, d'une part une plus forte intervention de l'État. Elles requièrent également de faire une distinction entre les diverses religions non-anglicanes ou entre les confessions non-catholiques ayant ou non signé des ententes. Il en ressort un système pyramidal complexe.

### **A/ Le mariage non-anglican**

**854.** Si l'histoire de l'Angleterre a permis à l'Église anglicane d'acquérir une place de premier plan au sein du système juridique, politique, voire culturel, anglais, position préservée à ce jour, elle a en parallèle développé un système différent pour les autres religions. Ainsi, le rôle de l'officier d'état civil, discret s'il en est lors du mariage anglican, est réhabilité à l'occasion de tout mariage non-anglican, conférant à l'État plus de visibilité (1). Le schéma non-anglican suppose en outre d'identifier la religion dont va dépendre le mariage, et d'appréhender les mariages juifs et quakers d'une part, ceux des autres religions d'autre part (2).

#### **1/ Rôle de l'officier d'état civil**

**855. Intervention de l'officier d'état civil lors d'un mariage anglican.** - Lors d'un mariage anglican, le rôle du ministre du culte est primordial : c'est lui qui reçoit le futur couple souhaitant se marier ; c'est lui qui est en charge de vérifier les informations fournies par les fiancés ; c'est encore lui qui procède à la publication des bans. Jusqu'à une date

récente, c'était lui qui complétait également les registres. Depuis peu, l'officier d'état civil a cependant retrouvé des attributions en matière d'enregistrement de mariages, le couple marié selon le rite anglican devant désormais lui remettre le *marriage document*, là où auparavant il ne s'agissait que de récupérer, et encore trimestriellement, les registres paroissiaux et d'en contrôler la teneur.

**856. Intervention de l'officier d'état civil lors d'un mariage non-anglican.** - Ce rôle, pour le moins effacé, du *superintendent registrar* reprend du galon dans le cas d'un mariage religieux non-anglican. La procédure à suivre, non sans rappeler celle d'un mariage civil anglais, voire d'un mariage concordataire italien, est alors la suivante : une fois les futurs époux ayant décidé de convoler en justes noces religieuses, ils font part de leur décision non seulement au ministre du culte dont ils dépendent mais également au *superintendent registrar*. Il appartient alors à ce dernier, tout comme pour une cérémonie civile, de vérifier si les conditions de fond sont réunies. Ce dernier point validé, il pourra alors afficher la publication des bans à la mairie du domicile de chacun des fiancés, à condition qu'ils y habitent depuis sept jours au moins, ainsi qu'à la mairie de la ville où doit avoir lieu la cérémonie religieuse<sup>2047</sup> et remettre aux futurs époux le *certificate*, rebaptisé *marriage schedule*<sup>2048</sup>, ce précieux sésame autorisant le mariage religieux - ou, plus exactement, permettant que le mariage religieux soit reconnu par l'État. Ainsi, si un couple, qui plus est délibérément, s'affranchit des dispositions du *Marriage Act* de 1949, il ne pourra profiter de la présomption de mariage : « *The presumption of marriage did not apply in this case as the evidence clearly established that the requirements of the Marriage Act 1949 were not fulfilled and the presumption could not be relied upon to establish that they were* »<sup>2049</sup>.

**857.** La balance, après avoir penché d'un côté, rebascule donc de l'autre, au détriment cette fois du ministre du culte non-anglican dont les attributions se retrouvent exclusivement cantonnées à l'aspect religieux. À cette description généraliste, il nous faut cependant introduire un bémol en fonction des diverses religions non-anglicanes en

---

<sup>2047</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 27.

<sup>2048</sup> Depuis l'entrée en vigueur du *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act* de 2019, S. 2 et s.

<sup>2049</sup> *R v Bham* [1966] 1 QB 159. La cour a cependant reconnu un mariage en l'occurrence, car la cérémonie était « *in its character 'of the kind' contemplated by the Marriage Act 1949* ». V. également *R v Ali Mohammed* [1964] 1 All ER 653.



présence, les religions juive et quaker ne recevant pas le même traitement que les autres religions non-anglicanes.

## **2/ De l'importance de la religion en question**

**858.** Afin de bien appréhender la situation prévalant encore aujourd'hui en matière de pluralisme matrimonial anglais, il est nécessaire de revenir à l'année 1753, date à laquelle fut adopté le *Lord Hardwicke's Act*. Dans le but de lutter contre les mariages clandestins, il fut imposé de procéder à la lecture des bans dans l'église de la paroisse où devait se tenir le futur mariage, et ce, trois dimanches de suite. Il fut par ailleurs prescrit d'enregistrer chaque mariage sur le registre de la paroisse. Un procédé en tout point semblable à ce qui se passe encore aujourd'hui chez les anglicans. La loi de 1753 ne visait cependant ni l'Écosse, excluant cette nation de sa compétence territoriale (*ratione loci*), ni les juifs et les quakers, les privant de tout *locus standi*. En conséquence, à l'exception notable des mariages juifs et des mariages quakers, un mariage religieux non-anglican ne pouvait être à l'époque reconnu par l'État que s'il s'était tenu dans une église de l'Église d'Angleterre.

Moins d'un siècle plus tard, en 1836, une nouvelle loi s'ouvrait à la *toleration* entre autres matrimoniale en adoptant le *Marriage Act* qui offraient aux catholiques romains et aux *dissenters* protestants de nouvelles dispositions relatives à leur propre lieu de culte.

De nos jours, de nouvelles lois, les fameux *Marriage Acts* qui ont pu être votés depuis 1949, sont venues harmoniser la matière. Le dispositif initial reste néanmoins le même : en haut de la pyramide religieuse anglaise se tient l'Église d'Angleterre ; viennent ensuite les cultes juif et quaker puis toutes les autres religions à la base de la structure.

En conséquence, en fonction de la religion en jeu, les règles matrimoniales vont varier. Il importe donc de distinguer les mariages juifs et quakers (a) des autres mariages non-anglicans (b).

### a/ Mariages juifs et mariages quakers

**859. Principe.** - Lorsque le *Lord Hardwicke's Act* est adopté en 1753, il exclut d'office les juifs et les quakers de son champ d'application : « *Provided likewise that nothing in this Act shall extend to the part of Great Britain called Scotland, nor to any marriages among the people called Quakers, or among the persons professing the Jewish religion,*

*where both the parties to any such marriage shall be of the people called Quakers, or persons professing the Jewish religion respectively, nor to any marriage solemnised beyond the seas* »<sup>2050</sup>, énumération à laquelle il faut ajouter une autre exclusion, celle concernant les membres de la famille royale, les Hanovre.

On peut légitimement se demander pourquoi la loi de 1753 a prévu de telles exceptions (i), avant d'examiner plus en avant la façon de se marier chez les quakers (ii) et les juifs anglais (iii).

### *i. Exclusion législative*

**860.** La loi de 1753 a donc ôté de son champ de compétence la famille royale, les juifs et les quakers.

**861. Exclusion royale.** - Il semble que la raison à une telle exclusion soit à mettre en relation avec le but premier de la loi de 1753 : empêcher les mariages clandestins. Or, qui pouvait être tenté de procéder à de tels mariages ? Certainement pas la famille royale. Aujourd'hui comme au XVIII<sup>e</sup> siècle, et même à une époque privée de télévision et de réseaux sociaux, les unions des Hanovre donnaient lieu à des cérémonies fortement médiatisées. Difficile, dans ces conditions, de concevoir un *royal wedding* dans la clandestinité.

**862. Exclusion des juifs et des quakers.** – Selon la thèse développée par Monsieur John P. Henderson et Monsieur John B. Davis<sup>2051</sup>, l'exclusion législative des juifs et des quakers repose, d'une part, sur le principe d'appartenance propre à ces deux religions et, d'autre part, sur le fait que ces confessions n'étaient pas concernées par la lutte anti-catholique menée par l'État à l'époque.

La première articulation de la théorie est liée à un principe fondateur commun aux deux religions, principe qui a évolué récemment mais qui était encore appliqué *stricto sensu* à l'époque : pour se marier en suivant le rite soit quaker soit juif, il fallait que les deux parties soient de religion quaker ou hébraïque. Il n'était pas question de mariage mixte. En un sens, l'entre-soi limitait les vellétés de clandestinité.

---

<sup>2050</sup> G. MONGER, *Marriage customs of the world*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2004, p. 72.

<sup>2051</sup> J. P. HENDERSON & J. B. DAVIS, "The taming of tradition", in J. P. HENDERSON, J. B. DAVIS, W. J. SAMUELS *et a.*, *The life and economics of David Ricardo*, Boston, Kluwer Academic, 2017, p. 165.

Selon les auteurs, il faut par ailleurs voir dans le *Lord Hardwicke's Act* de 1753 une sorte de prolongation matrimoniale du premier des *Test Acts*<sup>2052</sup>, dont le but non dissimulé était de « *prevent dangers which may happen from popish recusants* », de « remédier aux dangers que présentent les protestants catholiques », ces papistes qui refusent de se conformer aux principes de l'Église d'Angleterre. Il serait difficile de taxer les quakers, même s'ils se disent chrétiens, et les juifs d'être des *popish recusants*. Autrement dit, si les *Test Acts* ne sont pas franchement favorables aux juifs et aux quakers sur un plan professionnel, on ne les voit pas pour autant comme des menaces en termes matrimoniaux. Le pouvoir anglais va donc faire en sorte, d'un côté, de leur retirer certains avantages, tout en leur en accordant d'autres, de l'autre. Les *Test Acts* vont ainsi empêcher les quakers et les juifs de pouvoir intégrer le gouvernement et de s'impliquer de près ou de loin dans le secteur agricole, afin d'éloigner tout risque de voir ces derniers devenir propriétaires terriens. Ce faisant, juifs et quakers n'ont d'autre choix que de se tourner vers le commerce et la finance. Quelques années plus tard, on leur accorde, en échange, une pleine liberté dans la façon de se marier. En conclusion, « *Jews and Quakers, as well as the royal family (Hanoverian), were excluded because it was unlikely that members of these two sects would be parties to clandestine marriages, the practice which the Marriage Act was designed to prevent. The members of the two sects could be married according to their own rituals, and in their own congregations, and neither sect would permit a mixed marriage, of course* »<sup>2053</sup>.

Quelle que soit la raison, la solution ainsi trouvée consiste à admettre un mariage religieux juif ou quaker, en y imposant un minimum de conditions légales. Aujourd'hui, de manière concrète, cela signifie le respect de certaines exigences civiles imposées par la loi, en l'occurrence le *Marriage Act* de 1949<sup>2054</sup>.

## ii. Le mariage quaker

**863. Certificat préalable.** - La Société des Amis a le droit de procéder à des mariages selon ses propres rites. La cérémonie religieuse quaker ne peut cependant avoir lieu que si et seulement si le *registering officer*, sorte de greffier quaker, a bien reçu des mains du

---

<sup>2052</sup> *Tests Acts* de 1661. Les *Test Acts* sont en réalité constitués de trois lois différentes : le *Corporation Act* de 1661, le *Test Act* de 1673 et l'*Act* de 1678.

<sup>2053</sup> J. P. HENDERSON & J. B. DAVIS, "The taming of tradition", in J.P HENDERSON, J. B. DAVIS, W. J. SAMUELS *et al.*, *The life and economics of David Ricardo*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>2054</sup> Pour les quakers : *Marriage Act* de 1949, S. 47 ; pour les juifs : *Marriage Act* de 1949, S. 26 (1) (d).

futur couple le certificat émis par l'officier d'état civil. Ce certificat, valable douze mois à compter de son émission, constitue la preuve que le mariage est, d'un point de vue étatique, autorisé, attestant du respect par les parties des mesures exigées lors d'un mariage civil. Ces diverses prescriptions sont rappelées tant par la loi civile que par le *Book of Christian discipline of the Yearly meeting of the Religious Society of Friends (Quakers) in Britain*<sup>2055</sup>.

Une fois effectués les préliminaires civils, le mariage peut avoir lieu, un mariage qui se veut 100% religieux, comme le rappelle l'article 16.14 du *Book of Christian discipline* : « *We think it right to remind our members of the ancient testimony of our Society, that marriage is not a mere civil contract, but a religious act* », non sans rappeler le *precedent* de Lord Penzance, qui déclarait qu'un mariage, c'est quelque chose de plus qu'un simple contrat, qu'il soit religieux ou civil (« *more than a contract, either religious or civil* »), et en faisait alors « *an Institution* »<sup>2056</sup>, position réitérée depuis<sup>2057</sup>.

**864. Cérémonie religieuse.** - À l'origine, les deux futurs conjoints devaient tous deux être membres de la Société des Amis. Il est cependant désormais possible d'accorder une dispense à l'un ou l'autre des conjoints, voire même aux deux, dans le cas contraire<sup>2058</sup>.

La cérémonie aura lieu dans une maison quaker, non soumise à l'exigence d'être un *registered building*, contrairement à ce qui se passe pour les autres religions non-anglicanes, sans ministre de culte, étant donné qu'il n'y a pas de clergé chez les quakers, en présence de l'assemblée des invités qui constituent des témoins.

L'union est consacrée lorsque le couple prononce la formule suivante : « *In the presence of God (or In the fear of the Lord and in the presence of this assembly), Friends, I take this my friend NAME to be my spouse, promising, through divine assistance (or with*

---

<sup>2055</sup> *Book of Christian discipline of the Yearly meeting of the Religious Society of Friends (Quakers) in Britain*, art. 16.33 (a) « *Each of the couple intending to marry must give notice of the intended marriage, in person, to the superintendent registrar of the district in which he or she resides, and has resided for the period required by law, accompanied by the documentary evidence required* » - art. 16.34 « *The civil certificates or marriage schedules should be delivered to the registering officer as soon as possible after they are obtained. (...) In no case can a marriage be solemnised without the production of the correct documents* » - Source : <https://qfp.quaker.org.uk/chapter/16/>

<sup>2056</sup> *Hyde v Hyde* [1866] LR 1 PD 130.

<sup>2057</sup> *Bellinger v Bellinger* [2003] UKHL 21 : le mariage est « *an institution or a relationship deeply embedded in the religious and social culture of this country* ».

<sup>2058</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 47 (1) : « *No person who is not a member of the Society of Friends shall be married according to the usages of that Society unless he or she is authorised to be so married under or in pursuance of a general rule of the said Society in England* ».

*God's help), to be unto him/her a loving and faithful spouse, so long as we both on earth shall live (or until it shall please the Lord by death to separate us) »<sup>2059</sup>.*

**865. Mariage religieux pour tous.** - L'attachement à la religion chrétienne des quakers n'a pas empêché ces derniers d'ouvrir leurs portes aux unions de même sexe, ainsi que le déclare l'article 16.07 du *Book of Christian discipline of the Yearly meeting of the Religious Society of Friends (Quakers) in Britain*<sup>2060</sup> : « *The discernment of Yearly Meeting in 2009 was that love and truth compel Friends to solemnise the marriage of same-sex couples equally with opposite-sex couples. The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 in England and Wales and Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014 have enabled Quakers in these jurisdictions to follow the discernment of Yearly Meeting 2009 that the quality of the relationship of the couple is crucial, not whether they are opposite sex or same sex. It is, therefore, expected that our registering officers, on appointment, understand that they will be required to officiate at all marriages authorised by that area meeting* ». Aux termes de la loi de 2013 ouvrant la voie aux mariages pour tous, une religion peut décider d'autoriser la célébration des mariages homosexuels, tout en ne pouvant pas l'imposer à ses ministres du culte, qui restent libres de procéder ou non à de telles célébrations<sup>2061</sup>. Les quakers, « ceux qui tremblent devant Dieu », n'ont pas saisi la possibilité qui leur était offerte par le *Quadruple lock*. Le fait est suffisamment rare pour qu'il soit souligné.

### *iii. Le mariage juif*

**866.** La communauté juive se voit reconnaître le même statut que les quakers. La même procédure est donc appliquée au futur couple israélite en ce qui concerne le certificat à obtenir de la part de l'officier d'état civil. La seule réelle différence est que, cette fois, les parties doivent être toutes deux de confession juive, ainsi que le précise la loi de 1949 : « *a marriage between a man and a woman professing the Jewish religion according to the*

---

<sup>2059</sup> Source : <https://www.quaker.org.uk/about-quakers/our-faith/marriages-funerals>

<sup>2060</sup> *Book of Christian discipline of the Yearly meeting of the Religious Society of Friends (Quakers) in Britain*, art. 16.07.

<sup>2061</sup> *Marriage (Same Sex Couples) Act* de 2013, S. 2 (3).

*usages of the Jews* »<sup>2062</sup>. Ce fait validé et les préliminaires civils accomplis, le mariage peut avoir lieu en suivant les rites juifs dans leur intégralité.

#### b/ Tous les autres mariages

**867. Principes communs.** - Les mariages des religions non-anglicane, non-juive et non-quaker sont également soumis à des exigences civiles. Tout comme pour les quakers et les juifs, les croyants des autres confessions doivent se faire connaître auprès du *superintendent registrar*. Ce dernier doit ensuite afficher la publication des bans du mariage pendant vingt-et-un jours puis remettre au futur couple un certificat, valable douze mois à compter de son édition. La cérémonie devra également s'effectuer en présence de deux témoins minimum. Mais là s'arrêtent les ressemblances.

**868. Des exigences supplémentaires.** - En effet, pour toutes les autres religions autres que anglicane, juive et quaker, la loi<sup>2063</sup> rajoute deux éléments de poids.

Tout d'abord, la cérémonie de mariage de ces confessions ne peut se tenir n'importe où. Il faut que le lieu de la cérémonie soit considéré comme une « *place of religious worship* »<sup>2064</sup>, ce qui permet alors d'enregistrer le bâtiment auprès du *Registrar General* (i).

Par ailleurs, le mariage qui a lieu dans un *registered building* doit se dérouler en présence d'un *registrar of marriages* ou d'une *authorised person*, soit en général le ministre du culte de telle ou telle religion (ii).

#### *i. Registered buildings*

**869. Principe.** - L'État britannique accepte volontiers de reconnaître une cérémonie de mariage entre croyants d'une religion autre qu'anglicane, quaker ou juive. Il est cependant impératif que la cérémonie matrimoniale religieuse autre qu'anglicane, quaker ou juive se

---

<sup>2062</sup> *Marriage Act* de 1949, S. 26 (1) (d).

<sup>2063</sup> C'est-à-dire le *Marriage Act* de 1949 (en particulier l'art. 41 et ss.), le *Places of Worship Registration Act* de 1855 ainsi que le *Marriage (Registration of Buildings) Act* de 1990.

<sup>2064</sup> À ne pas confondre avec les *approved premises* : un mariage civil anglais peut se dérouler, de manière traditionnelle, en mairie, c'est-à-dire dans un *register office*, en présence du *superintendent registrar*, donc de l'officier d'état civil. Mais il peut également avoir lieu dans un *approved premises*, un endroit approuvé aux termes du *Marriage Act* de 1949, qui ne peuvent héberger que des cérémonies de mariage civils.

déroule dans un bâtiment certifié, ce qui ne sera le cas que s'il constitue « *a place of meeting for religious worship* »<sup>2065</sup>. En outre, il faut que le bâtiment certifié lieu de culte soit enregistré pour la *solemnization of marriages*, pour la célébration des mariages hétérosexuels et éventuellement homosexuels.

**870. Par étapes.** - La définition du lieu de rassemblement destiné au culte revêt une importance fondamentale puisqu'elle va engendrer un certain nombre de conséquences, dont celle de pouvoir qualifier un bâtiment de « *certified as a place of worship* » puis celle de qualifier ce même bâtiment de « *registered for the solemnisation of marriages* ». Un bâtiment peut donc être *certified* mais pas *registered*. En revanche, s'il est *registered*, c'est qu'il a été précédemment *certified*<sup>2066</sup>.

Un bâtiment devra être immatriculé deux fois pour un mariage religieux de personnes de sexe opposé, trois fois pour un mariage religieux entre personnes de même sexe :

- une première fois en tant que lieu dédié au culte - il sera alors *certified*,
- une deuxième fois aux termes de l'article 41 de la loi de 1949 - il sera alors *registered for the solemnization of marriages*,
- une troisième fois aux termes de l'article 43A de la même loi<sup>2067</sup> - il sera alors *registered for the solemnization of same-sex marriages*.

---

<sup>2065</sup> *Places of Worship Registration Act* de 1855, S. 2 : « *Every place of meeting for religious worship of Protestant Dissenters or other Protestants, and of persons professing the Roman Catholic religion, . . . not heretofore certified and registered or recorded in manner required by law, and every place of meeting for religious worship of persons professing the Jewish religion, not heretofore certified and registered or recorded as aforesaid, and every place of meeting for religious worship of any other body or denomination of persons, may be certified in writing to the Registrar General of Births, Deaths, and Marriages in England, through the superintendent registrar of births, deaths, and marriages of the district in which such place may be situate (...)* ». V. également le *Marriage Act* de 1949, S. 41 et s.

<sup>2066</sup> Pour aller plus loin d'un point de vue administratif :

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/783379/How\\_to\\_certify\\_a\\_building\\_for\\_religious\\_D0550\\_F78L.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/783379/How_to_certify_a_building_for_religious_D0550_F78L.pdf)

Formulaires :

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/291276/F76.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/291276/F76.pdf) (pour la certification)

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/303751/B0626\\_F78.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/303751/B0626_F78.pdf) (pour l'enregistrement des mariages hétérosexuels)

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/281246/D0546\\_F78A.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/281246/D0546_F78A.pdf) (pour l'enregistrement des mariages homosexuels).

<sup>2067</sup> W. KENNETT, "The place of worship in solemnization of a marriage", *JLR*, 30, 2015, p. 272.

**871. Rôle de l'officier d'état civil.** - L'officier d'état civil, le *Registrar General for England and Wales*, joue ici un rôle extrêmement important. Il lui incombe en effet de garder une liste de ces endroits certifiés et/ou enregistrés et d'ouvrir cette liste au public.

Il doit surtout procéder à toutes les diverses certifications mentionnées, dont celle de déclarer un lieu dédié au culte. Dans un arrêt célèbre de 2013, la *Supreme Court*<sup>2068</sup> a rappelé qu'il appartient bien au seul officier d'état civil de mener une enquête permettant de conclure si le lieu envisagé relève ou non d'un lieu dédié à un culte.

Si la réponse à l'enquête est négative, l'officier d'état civil n'a alors aucune obligation de procéder à la certification, il a même le devoir de ne pas y procéder : « *In Segerdal*<sup>2069</sup>, the Court of Appeal was correct to rule that the function of the Registrar-General is to record a place certified to her only if it is a place of religious worship. It follows that she has the right to investigate whether a place is one of religious worship and that, if she concludes that a place is not one of religious worship, then, subject to judicial review ... she has a duty not to record it. Whether she chooses, in depth or at all, to investigate an assertion that a place certified to her is one of religious worship is a matter for her discretion »<sup>2070</sup>. L'arrêt *Hodkin* de 2013 réitère donc le principe d'enregistrement, pour lequel l'officier d'état civil garde un pouvoir discrétionnaire, bien que soumis à *judicial review*.

**872. Un lieu dédié au culte.** – L'officier d'état civil, procédant par étapes, doit donc vérifier que le lieu dit de culte peut en effet être reconnu comme tel.

La loi n'offrant pas de précision en la matière, ce sont les tribunaux, et dans un premier temps la Cour d'appel, qui ont permis de comprendre ce qui relève du lieu dédié au culte ou pas.

En 1970<sup>2071</sup>, la Cour a ainsi précisé qu'un lieu dédié au culte se doit d'offrir la possibilité de se rassembler pour y révéler un Dieu, quel qu'il soit : « *a place of which the principal use is as a place where people come together as a congregation or assembly to do reverence to God* ». À l'époque, l'Église de scientologie n'étant pas considérée comme une religion, la chapelle ayant servi de lieu de mariage à deux de ses adeptes ne peut donc

---

<sup>2068</sup> *Hodkin and Another, Regina (On The Application Of) v Registrar-General of Births, Deaths and Marriages* SC 11 DEC 2013 [2013] UKSC 77.

<sup>2069</sup> *R v Registrar General, ex parte Segerdal and Another* [1970] 2 QB 697 [1970] 3 All ER 886 (CA).

<sup>2070</sup> *Hodkin and Another, Regina (On The Application Of) v Registrar-General of Births, Deaths and Marriages* SC 11 DEC 2013 [2013] UKSC 77, § 68.

<sup>2071</sup> *R v Registrar General ex parte Segerdal* [1970] 2 QB 697.



pas être qualifiée de lieu dédié au culte. Le mariage qui s’y est tenu ne peut donc pas être reconnu par l’État.

En 2013, l’arrêt Hodkin précédemment mentionné opère un spectaculaire revirement de jurisprudence quant à la définition de la religion, devant être entendue non pas comme « (...) *confined to religions which recognise a supreme deity* (...) » mais comme « *a spiritual or non-secular belief system* (...) »<sup>2072</sup>. En ouvrant la notion de lieu de rassemblement dédié au culte à toutes les religions, avec divinité suprême ou non, les *Justices* ont cherché à transcender tous les potentiels enjeux juridiques gravitant autour de la définition même de religion. La Cour suprême est très claire : non seulement le langage de la loi de 1855<sup>2073</sup> montre une reconnaissance intentionnellement large vis-à-vis de toutes les religions, « *an intentionally broad sweep* »<sup>2074</sup>, mais il n’appartient pas en outre à l’officier d’état civil ni même aux tribunaux *secular* de s’engager dans des « *fine theological or liturgical niceties* »<sup>2075</sup>, dans de délicates subtilités théologiques ou liturgiques, relatives à l’enregistrement du lieu dédié au culte.

Aujourd’hui, un bâtiment, pour être enregistré, doit donc être dédié à un culte, pris au sens le plus large possible.

**873. Un lieu ouvert au public.** – En plus d’être dédié au culte, le bâtiment doit être ouvert au public. Le terme « *public* » suppose qu’il réunisse des croyants, qu’il soit accessible, qu’il ne soit pas privé.

**874. Public comme commun.** - Il faut tout d’abord comprendre le terme « *public* » comme quelque chose de commun à un groupe, en l’occurrence, de croyants.

Parce qu’ils partagent quelque chose, ce groupe de personnes se retrouve réuni en un même endroit<sup>2076</sup> « *which is open to all properly disposed persons who wish to be present* »<sup>2077</sup>. Ce groupe de personnes se rassemble en outre dans un but précis, celui de vénérer un être, une force, selon des préceptes établis : « *those members of the public* (...) »

---

<sup>2072</sup> *Hodkin and Another, Regina (On The Application Of) v Registrar-General of Births, Deaths and Marriages*, *op. cit.*, § 51 et 57.

<sup>2073</sup> *Places of Worship Registration Act* de 1855.

<sup>2074</sup> *Ibid.*, § 56.

<sup>2075</sup> *Ibid.*, § 63.

<sup>2076</sup> A. BRADNEY, *Law and faith in a sceptical age*, Abingdon, New York, Routledge-Cavendish, 2011, p. 106.

<sup>2077</sup> *Church of Jesus Christ and the Latter Day Saints v Henning (Valuation Officer)* [1964] AC 420.

*who come in reverence, not mockery, and who are prepared to behave in reasonable conformity with the requirements of the religion they are visiting* »<sup>2078</sup>.

« *Public* » est donc à ici corrélée à un lieu permettant de rassembler un groupe de croyants partageant les mêmes principes.

**875. Public comme accessible.** - « *Public* » signifie aussi que l'endroit doit être accessible à tous, ce qui induit que l'on puisse y entrer et en sortir en toute liberté. Ainsi, un temple mormon qui requiert d'obtenir l'autorisation, « *a recommend* », préalable d'un ministre du culte pour y entrer, voire prier, ne saurait être désigné comme lieu de culte<sup>2079</sup>. Au-delà de cet aspect en lien avec la plus élémentaire des libertés individuelles, celle de la liberté de mouvement, le bâtiment doit être « visiblement » ouvert au public : « *it must somehow declare itself open to the public* »<sup>2080</sup>. Si l'architecture du bâtiment ne permet pas d'identifier que lieu de culte il y a, une signalisation doit alors être apposée, précisant que le bâtiment est ouvert au culte public<sup>2081</sup>.

Le fait que le bâtiment puisse être identifié en tant que lieu de culte ne signifie pas, ou plus exactement, ne signifie plus que le bâtiment soit exclusivement dédié au culte, ce qui était encore le cas avant 1990 et posait un problème aux musulmans. Selon la tradition musulmane, un bâtiment peut avoir diverses fonctions, une mosquée pouvant également servir d'école. C'est pour offrir une réponse à ce genre d'interrogations que le *Marriage (Registration of Buildings) Act* de 1990 a aboli le « *separate building requirement* »<sup>2082</sup>.

**876. Public, pas privé.** - Enfin, le terme « *public* » doit être opposé, tout simplement, à celui de « *privé* » : une habitation résidentielle à usage privé n'a pas vocation à être un lieu de culte, comme l'ont déjà précisé les tribunaux<sup>2083</sup>.

En l'occurrence, le propriétaire d'une maison de banlieue avait accueilli chez lui un responsable religieux très en vue de la communauté sikh. Ce dernier n'était pas supposé rester sur place longtemps mais un problème de santé l'obligea à changer son programme. Au cours de sa convalescence, il reçut la visite de certains de ses coreligionnaires. Très

---

<sup>2078</sup> A. BRADNEY, *op. cit.*, p. 107.

<sup>2079</sup> *Ibid.*

<sup>2080</sup> *Broxtowe Borough Council v Birch* [1983] 1 WLR 314, p.326.

<sup>2081</sup> A. BRADNEY, *op. cit.*, p. 107

<sup>2082</sup> N. DOE, "The legal position of religious minorities in the United Kingdom", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *The Legal status of religious minorities in the countries of the European Union*, *op. cit.*, p. 308. Cf. également I. YILMAZ, *Muslim laws, politics and society in modern nations states*, Aldershot, Ashgate, 2005, p. 71.

<sup>2083</sup> *Ex parte Sarvan Singh Seera* [1986] 53 PCR 281.

rapidement, ce furent des groupes de plus de quarante personnes pendant la semaine, de plus de cent personnes le dimanche, qui commencèrent à se relayer, en chantant, au sens figuré mais surtout au sens propre, les louanges du saint homme. Le conseil municipal estima que l'usage résidentiel de l'habitation avait été modifié en un usage mixte résidentiel/religieux et qu'il y avait là non respect des règles d'aménagement local : il émit à cet effet un *enforcement notice*, un avis d'exécution. À la suite du départ du leader religieux, le propriétaire chercha à faire annuler ledit avis, ce que refusa le juge. Ce dernier rappela qu'il existe une nette frontière entre le privé et le public, qui interdit tout rassemblement religieux, tout service religieux, autre qu'accessoire à la jouissance de l'habitation : « *religious meetings and services (...) any religious devotion otherwise than incidental to the enjoyment of the dwelling house as such* »<sup>2084</sup>.

Ce qui est valable pour une maison l'est également pour un abri de jardin<sup>2085</sup>. Un ménage hindouiste utilisait la remise de son jardin comme temple familial. Au fur et à mesure, le couple agrandit le temple/remise, afin de pouvoir inviter leurs amis à venir prier avec eux. En conséquence, tous les vendredis, quelques quinze-vingt personnes se réunissaient chez les défendeurs ; une fois par mois, le chiffre montait à quarante-cinquante personnes ; une fois par an, il atteignait cent vingt à cent cinquante personnes. L'inspecteur en charge de l'affaire jugea qu'ici aussi, un tel usage n'était pas « *incidental to the enjoyment of the dwelling house* ».

**877. Conséquences.** - Pour qu'un bâtiment soit *certified*, il doit donc être un lieu de culte, pris dans le sens le plus large possible, ouvert au public, c'est-à-dire à un groupe de croyants réunis en même endroit au nom d'une même foi, visible comme tel par tous, dans un contexte non privé.

Au vu de la complexité de la procédure ainsi décrite, un certain nombre d'auteurs suggère « *a radical simplification* » des conditions de mariage au législateur<sup>2086</sup>. En attendant, on comprend bien que tous les bâtiments religieux n'obtiendront pas le précieux sceau de la certification, encore moins celui de l'enregistrement<sup>2087</sup>. À titre d'exemple, en 2008, sur sept cent quatre-vingt-cinq mosquées certifiées lieux de culte, seules cent cinquante-deux étaient enregistrées, c'est-à-dire que seules cent cinquante-deux mosquées

---

<sup>2084</sup> P. W. EDGE, *Legal responses to religious difference*, *op. cit.*, p. 323.

<sup>2085</sup> *Cherwell District Council v Vadivale* [1991] 6 P.A.D. 433.

<sup>2086</sup> W. KENNETT, "The place of worship in solemnization of a marriage", *loc. cit.*, p. 294.

<sup>2087</sup> La liste complète des *places of worship registered for marriage* peut être consultée sur <https://www.gov.uk/government/publications/places-of-worship-registered-for-marriage>

avaient le droit d'ouvrir leurs portes à l'occasion d'un mariage<sup>2088</sup>. Sur ces cent cinquante-deux *registered mosques as places of worship*, seules trente-cinq d'entre elles pouvaient se targuer de pouvoir présenter une *registered authorised person*, c'est-à-dire une personne devant laquelle un mariage religieux peut être enregistré en cas d'absence de l'officier d'état civil. Car, deuxième spécificité de la loi anglaise en la matière, ne peut pas procéder au mariage religieux qui veut.

*ii. En présence d'un registrar of marriages ou d'une authorised person*

**878.** Un mariage religieux, autre qu'anglican, quaker ou juif, se tiendra dans un bâtiment dûment enregistré, donc préalablement certifié, en présence soit de l'officier d'état civil, soit d'une *authorised person*<sup>2089</sup>.

Même si la personne autorisée est normalement le ministre du culte rattaché au bâtiment, il faut bien distinguer les statuts de personne autorisée et de ministre du culte : il peut s'agir de la même et unique personne, mais il n'y a rien là d'automatique. Dans le cas, par exemple, d'un bâtiment catholique romain dûment certifié et enregistré, la personne autorisée sera de droit l'évêque ou le vicaire général du diocèse. Si le mariage catholique est effectivement célébré par l'évêque du diocèse, ce sera à lui de remplir les certificats de mariage. Mais si le mariage est célébré par un « simple » curé ou un évêque d'un autre diocèse, ce dernier n'aura pas le droit de remplir lesdits certificats. Dans ce cas, il faudra alors impérativement s'assurer de la présence d'un *registrar*, d'un officier d'état civil, ce qui arrive dans environ 25% des cas<sup>2090</sup>. Alors, mais seulement alors, le mariage pourra être reconnu valable aux yeux de la loi civile anglaise<sup>2091</sup>.

**879.** Un couple souhaitant se marier selon un rite religieux autre qu'anglican, quaker ou juif, ne réalise sans doute pas le processus ainsi décrit. Les groupes religieux, eux, en ont forcément conscience. Ils savent que le bâtiment où aura lieu la cérémonie doit être certifié et enregistré et que ladite cérémonie doit être conduite sous le contrôle d'une personne autorisée ou d'un officier d'état civil. Indéniablement, il s'agit là d'un poids réel pesant sur les épaules des confessions non-anglicane, non-quaker et non-juive. Une *Law*

<sup>2088</sup> *Hansard* 29.02.2008 col. 1985w.

<sup>2089</sup> *Marriages Act* de 1949, S. 43 et 44.

<sup>2090</sup> D. MCLEAN, "Marriage in England", in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, op. cit., p. 192.

<sup>2091</sup> *Marriages Act* de 1949, S. 45.

*Commission*<sup>2092</sup> a récemment suggéré de revoir totalement le système actuel, afin de le rendre plus souple, plus ouvert, plus simple. Ainsi, et à titre d'exemple, il pourrait devenir possible dans le futur de se marier en n'importe quel type de lieux, de célébrer son mariage sous n'importe quelle forme, d'autoriser n'importe quel célébrant à procéder à des unions reconnues valables par la loi. À ce stade, ni le gouvernement britannique ni le Parlement n'ont encore émis d'avis en la matière.

## **B/ Le mariage *acattolico*, non-concordataire**

**880.** Le mariage célébré devant un ministre du culte non-catholique avec ou sans *intesa* ressemble, à première vue, à la version catholique. Pourtant, de nombreux « détails » l'en distinguant, il est impossible de les déclarer strictement identiques. Non seulement le mariage religieux des non-catholiques est considéré par la loi comme un mariage civil, célébré devant un ministre du culte agréé et autorisé (1), mais l'officier d'état civil est amené ici à intervenir de manière bien plus prééminente que lors du mariage concordataire (2). Nous proposons de présenter quelques exemples d'ententes pour mieux illustrer nos propos (3).

### **1/ Un mariage religieux comme un autre ?**

**881. Principe.** - La loi de 1929<sup>2093</sup> a longtemps régi le domaine du mariage non-concordataire, jusqu'à la révision du Concordat en 1984. Le changement opéré en 1984 a voulu attester de la volonté de l'État de non seulement conférer autonomie et légitimité aux religions signant des ententes<sup>2094</sup> mais également de mieux reconnaître le droit de tout individu d'exercer sa liberté religieuse<sup>2095</sup>, à condition que la religion en question ne soit pas contraire au *buon costume*<sup>2096</sup>, aux bonnes mœurs. Un principe fondamental demeure : en dehors du rite spécifique que chaque religion va suivre à un moment ou à un autre de la

---

<sup>2092</sup> Law Com. n° 247 on Weddings, 4 January 2021: <https://www.lawcom.gov.uk/project/weddings/>

<sup>2093</sup> L. 24 giugno 1929, n° 1159 - Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi, G.U. 16 luglio 1929 n° 164.

<sup>2094</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile 2.1 La famiglia*, op. cit., p. 39.

<sup>2095</sup> A. FUCCILLO, *Giustizia e religione*, op. cit., p. 135.

<sup>2096</sup> Costituzione del 1948, art. 19 : « Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume ».

cérémonie, laissé « entièrement à la liberté des systèmes confessionnels »<sup>2097</sup>, le mariage non-concordataire reste lié à l'État.

**882. Un mariage civil.** – À l'instar de son homologue catholique, le mariage non-concordataire produit des effets civils au jour de sa célébration et à raison de son inscription ultérieure dans les registres d'état civil<sup>2098</sup>. Pour autant, ce type de mariage – bien que la majorité de la doctrine récuse l'idée même d'une catégorisation<sup>2099</sup> – est régi par l'article 83 du Code civil, qui est très clair en la matière : « *Il matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti ammessi nello Stato è regolato dalle disposizioni del capo seguente (...)* ». Nous sommes donc ici en présence non pas d'un mariage religieux avec effets civils, mais d'un mariage civil de forme particulière, « *di matrimoni civili celebrati in forma speciale* »<sup>2100</sup>.

De manière majoritaire, la doctrine retient en effet que le seul mariage religieux à effets civils en Italie est celui établi par le Concordat, à l'aune de l'alliance entre l'ordre juridique étatique italien et l'ordre canonique catholique. Les mariages célébrés en suivant les préceptes de confessions autres ne sont que des mariages civils, l'ordre juridique de chaque religion, quand il en existe un, n'étant pas amené à jouer un rôle.

Quelques auteurs, et non des moindres, tel Arturo Carlo Jemolo, considèrent à l'inverse que les mariages des non-catholiques sont des mariages religieux à effets civils analogues aux mariages concordataires<sup>2101</sup>. Il s'appuie sur l'exemple, se répétant dans d'autres ententes, de l'article 11 de l'*intesa*<sup>2102</sup> signée avec la Table vaudoise par lequel l'État italien reconnaît les effets civils aux mariages célébrés selon le rite vaudois.

---

<sup>2097</sup> E. VITALI, « Le mariage religieux et son efficacité civile dans le système juridique italien », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, op. cit., p. 93.

<sup>2098</sup> V. par exemple L. 8 marzo 1989, n° 101 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, G.U. del 23 marzo 1989, n° 69 - modificata dalla L. 20 dicembre 1996, n° 638, G.U. del 21 dicembre 1996, n° 299, art. 14 : « *Il matrimonio ha effetti civili dal momento della celebrazione, anche se l'ufficiale dello stato civile che ha ricevuto l'atto abbia omesso di effettuare la trascrizione nel termine prescritto* » - Les religions sans entente sont régies par l'article 7 de la loi n° 1159 de 1929, op. cit. : « *Il matrimonio celebrato davanti ad alcuno dei ministri di culto indicati nel precedente art.3 produce dal giorno della celebrazione gli stessi effetti del matrimonio celebrato davanti l'ufficiale dello stato civile, quando siano osservate le disposizioni degli articolo seguenti* ».

<sup>2099</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 189.

<sup>2100</sup> A. FUCCILLO, op. cit., p. 163.

<sup>2101</sup> P. DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario*, op. cit., p. 243.

<sup>2102</sup> L. 11 agosto 1984, n° 449 – Norme per la regolazione dei rapporti tra la Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese, G.U. del 13 agosto 1984, n° 222 – modificata dalla L. 8 giugno 2009, n° 68, G.U. del 19 giugno 2009, n° 140, art. 11 : « *La Repubblica italiana (...) riconosce gli effetti civili ai matrimoni celebrati secondo le norme dell'ordinamento valdese* ».

Si le débat reste officiellement ouvert, il est certainement davantage d'actualité en ce qui concerne les mariages de confessions non-catholiques dépourvues d'entente, pour être relativement atténué avec les mariages de confessions non-catholiques dotées d'entente.

**883. Conséquences.** - Pour qu'un mariage non-concordataire soit valable, il faut donc qu'il suive les normes civiles et cela, de manière exclusive. Il ne sera donc pas possible, pour telle ou telle religion autre que catholique, de déroger aux conditions imposées par la loi civile italienne en termes de capacité des contractants, de cas d'empêchements, de dispenses, etc. Les formalités préliminaires administratives italiennes devront être respectées en tout point. Dans le même ordre d'idée, les actions en nullité, en divorce<sup>2103</sup> ou autre seront portées devant les tribunaux civils, seuls compétents, qui agiront comme si le mariage était purement civil. Ce ne sont donc pas les normes du culte qui devront être respectées, mais les normes de l'État italien, une tendance encore accrue depuis 1984<sup>2104</sup>, le nouveau Concordat tendant également à l'uniformisation du système matrimonial en prenant le mariage civil comme modèle.

**884. Exceptions.** - L'article 83 du Code civil précise cependant que si le mariage célébré devant un ministre du culte admis par l'État doit suivre les normes civiles, il peut y avoir des exceptions : « (...) *salvo quanto è stabilito nella legge speciale concernente tale matrimonio* », exceptions à retrouver dans les ententes elles-mêmes. En fonction donc de chaque *intesa*, certains éléments différeront ou, à l'inverse, se retrouveront. On notera dès à présent le cas particulier de l'Union bouddhiste italienne qui ne prévoit aucune disposition spécifique au mariage, en droite ligne de son désintérêt pour le sujet<sup>2105</sup>.

---

<sup>2103</sup> L. 1 dicembre 1970, n° 898 – *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, G.U. 3 dicembre 1970 n° 306.

<sup>2104</sup> E. VITALI, « Le mariage religieux et son efficacité civile dans le système juridique italien », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>2105</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, *op. cit.*, p. 190. On pourra consulter à cet effet l'entente elle-même, entérinée par la L. 28 giugno 2016, n° 130 – *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai*, in *attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione*, G.U. del 15 luglio 2016, n° 164.

Source : <https://www.altalex.com/documents/leggi/2016/08/16/intesa-stato-e-istituto-buddista-italiano-soka-gakkai>

## 2/ L'acquisition des effets civils lors d'un mariage non-concordataire

**885.** Afin qu'un mariage religieux non-concordataire puisse être qualifié de mariage civil, la loi italienne<sup>2106</sup> impose de suivre un certain processus, basé sur la loi civile, non sans rappeler le mariage concordataire, tant en ce qui concerne les démarches administratives préliminaires (a), la cérémonie (b) que la transcription (c)

### a/ Démarches administratives préliminaires

**886. Formalités.** - Il appartient aux futurs époux de déclarer à l'officier d'état civil leur volonté commune de se marier devant un ministre du culte non-catholique<sup>2107</sup>. Lors de cette démarche, si les futurs époux relèvent d'une religion n'ayant pas signé d'entente, il leur sera également demandé de bien vouloir communiquer le nom du ministre du culte en question. *A contrario*, si entente il y a, les fiancés n'auront pas à préciser le nom de leur futur officiant<sup>2108</sup>.

Entente ou non, l'officier d'état civil vérifiera également à ce stade la nationalité du futur ministre du culte : en effet, tous les ministres du culte non-catholiques doivent non seulement savoir parler italien<sup>2109</sup> mais au-delà, avoir la nationalité italienne, exception faite des ministres du culte vaudois, non assujettis à cet impératif<sup>2110</sup>.

Afin de s'assurer que rien ne s'oppose à la célébration de ce mariage, l'officier d'état civil vérifiera également, qu'une entente ait été signée ou non, que les futurs contractants remplissent bien toutes les formalités prévues dans le Code civil.

---

<sup>2106</sup> L. 24 giugno 1929, n° 1159 - *Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi*, G.U. 16 luglio 1929 n° 164, art. 7 à 12 – R. D. 28 febbraio 1930, n° 289, G.U. del 12 aprile 1930, n° 87, art. 25 à 28.

<sup>2107</sup> Les religions sans entente sont régies par l'article 8, al. 1 de la loi n° 1159 de 1929, *op. cit.* : « *Chi intende celebrare il matrimonio davanti alcuno dei ministri di culto, indicati nel precedente art. 3, deve dichiararlo all'ufficiale di stato civile, che sarebbe competente a celebrare il matrimonio* » - À titre d'exemple, L. 22 novembre 1988, n° 516 – *Norme per la regolazione dei rapporti tra la Stato e l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno*, G.U. del 2 dicembre 1988, n° 283 - *modificata dalla L. 8 giugno 2009, n° 67, G.U. del 19 giugno 2009, n° 140, art. 18, al. 2* : « *Coloro i quali intendono celebrare il matrimonio secondo le previsioni del comma 1 comunicano tale intento all'ufficiale dello stato civile al quale richiedono le pubblicazioni* ».

<sup>2108</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>2109</sup> R. D. 28 febbraio 1930, n° 289, *op. cit.*, art. 21 : « *Nel caso in cui i seguaci del culto, cui appartiene il ministro di culto che chiede l'approvazione della propria nomina, siano nella maggioranza cittadini italiani oppure nel caso in cui al ministro del culto spetti la facoltà di celebrare matrimoni religiosi dei propri fedeli con effetti civili, a termini dell'art. 7 della legge, il ministro del culto deve avere la cittadinanza italiana e saper parlare la lingua italiana* ».

<sup>2110</sup> F. DEL GIUDICE, *op. cit.*



Si, d'un point de vue civil, rien ne s'oppose à ladite union, l'officier d'état civil émettra alors une *autorizzazione*, une autorisation écrite précisant le nom du ministre du culte non-catholique amené à célébrer le mariage si aucune entente entre l'État et la religion des fiancés n'a été signée<sup>2111</sup>, et remettra ensuite aux futurs époux le précieux *nulla osta* en deux exemplaires originaux.

**887. *Autorizzazione.*** - L'autorisation constitue une étape essentielle. Elle signifie que l'on considère que rien ni personne, selon la loi civile italienne, ne s'oppose à la future union<sup>2112</sup>. *Idem* pour le ministre du culte censé célébrer le mariage : l'autorisation constitue la preuve que rien ni personne, selon la loi civile italienne, ne s'oppose à ce qu'il intervienne lors de la célébration de la future union. Accessoirement, l'autorisation permet au ministre du culte ainsi autorisé de déléguer, par écrit, la tâche à mener à un autre ministre du culte pourvu que ce dernier soit lui aussi agréé<sup>2113</sup>.

Grâce à cette autorisation, l'officiant se voit habilité à procéder à la célébration d'un mariage religieux civilement valable. Ce faisant, il acquiert la qualification d'officier public autorisé à exercer un pouvoir de certification<sup>2114</sup>. À ce titre, il encourt des sanctions pénales dans le cas où il se rendrait responsable, par exemple, de crime de faux en écriture de l'acte de mariage<sup>2115</sup>. Les ministres de culte avec ententes, parce qu'ils dépendent d'un culte reconnu par l'État, échappent à cette approbation et se voient automatiquement investis de cette fonction publique certificative<sup>2116</sup>.

---

<sup>2111</sup> *Ibid.*

<sup>2112</sup> L. 24 giugno 1929, n° 1159 - *Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi*, G.U. 16 luglio 1929 n° 164, art. 8, al. 2 : « L'ufficiale dello stato civile, dopo che siano state adempiute tutte le formalità preliminari e, dopo avere accertato che nulla si oppone alla celebrazione del matrimonio secondo le norme del codice civile, rilascia autorizzazione scritta con indicazione del ministro del culto davanti al quale la celebrazione deve aver luogo e della data del provvedimento, con cui la nomina di questi venne approvata a termini dell'art. 3 » - À titre d'exemple, L. 22 novembre 1988, n° 516 – *Norme per la regolazione dei rapporti tra la Stato e l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno*, G.U. del 2 dicembre 1988, n° 283 - *modificata dalla L. 8 giugno 2009, n° 67*, G.U. del 19 giugno 2009, n° 140, art. 18, al. 3 : « L'ufficiale dello stato civile, dopo aver proceduto alle pubblicazioni e aver accertato che nulla si oppone alla celebrazione del matrimonio secondo le vigenti norme di legge, ne dà attestazione in un nulla osta rilasciato in duplice originale ai nubendi ».

<sup>2113</sup> E. VITALI, « Le mariage religieux et son efficacité civile dans le système juridique italien », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>2114</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>2115</sup> C. p., art. 357 : « Nozione del pubblico ufficiale. Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi ».

<sup>2116</sup> P. DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario*, *op. cit.*, p. 272.

Enfin, l'officier d'état civil, lors de la remise du *nulla osta*, poursuivra son rôle de représentant de l'État en expliquant les futurs droits et devoirs qui incomberont aux fiancés une fois mariés et leur donnera lecture préalable des articles du Code civil, exception faite des fidèles de confessions ayant obtenu une dérogation sur ce point lors de la conclusion de leur entente.

**888. Ministre du culte non-catholique.** - Dans le cas des confessions sans entente, le ministre du culte doit donc être désigné deux fois, une première fois lors de la déclaration des époux à l'officier d'état civil de leur volonté de se marier ; dans un deuxième temps, lorsque l'officier d'état civil émet l'autorisation. Mais il doit surtout être approuvé. D'où la nécessité de le nommer, afin de s'assurer que l'officiant concerné bénéficie d'une autorisation du Ministère de l'Intérieur, plus précisément d'un décret d'approbation<sup>2117</sup>, obligation légale validée par la Cour constitutionnelle<sup>2118</sup>, qui n'a été ni annulé ni suspendu par la suite par l'État. L'octroi de l'approbation dépend du bon vouloir de l'administration ; mais s'il est totalement discrétionnaire<sup>2119</sup>, cela ne signifie pas qu'il soit arbitraire : en effet, comme tout acte administratif, le refus de l'octroi de l'approbation de tel ministre du culte doit être motivé par l'autorité étatique<sup>2120</sup>. En tout état de cause, le mariage conclu par un ministre du culte non approuvé ne saurait se voir reconnaître d'effet civil.

L'approbation gouvernementale du ministre du culte n'est en revanche pas requise dans le cas de religions ayant signé des ententes : les religions non-catholiques avec entente étant autorisées à gérer leurs ministres du culte, l'État estime qu'il n'a plus à s'immiscer sur ce point.

---

<sup>2117</sup> L. 24 giugno 1929, n° 1159 - *Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi*, G.U. 16 luglio 1929 n° 164, art. 3 : « Le nomine dei ministri dei culti diversi dalla religione dello Stato debbono essere notificate al Ministero dell'Interno per l'approvazione. Nessun effetto civile può essere riconosciuto agli atti del proprio ministero compiuti da tali ministri di culto, se la loro nomina non abbia ottenuto l'approvazione governativa ».

<sup>2118</sup> Corte cost., 24 novembre 1958, n° 59.

<sup>2119</sup> *Contra* G. BONILINI (dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, op. cit., p. 523.

<sup>2120</sup> P. DI MARZIO, op. cit., p. 225. Il a ainsi été refusé à un ministre du culte non-catholique condamné pénalement et à un autre suspecté d'approuver et de propager des doctrines incitant au terrorisme.

## b/ La cérémonie

**889. Lecture des articles du Code civil.** - La célébration elle-même est moins détaillée par la loi que ne l'est la célébration du mariage concordataire. Un seul point est expressément souligné : le jour de la célébration, le ministre du culte non-catholique est tenu de donner lecture des articles 143, 144 et 147 du Code civil<sup>2121</sup>. Il est à nouveau bon, à ce stade, de distinguer entre religions non-catholiques avec ou sans entente.

Dans le cas d'un culte non-catholique et non pourvu d'une entente, la lecture des articles du Code civil se fait deux fois : une première fois devant l'officier d'état civil ; une seconde fois, lors de la célébration religieuse.

En ce qui concerne les cultes non-catholiques pourvus d'une entente, tout dépend de ce qui a été négocié dans l'entente. D'une manière générale, on retrouve le principe de la double lecture, comme par exemple dans l'entente conclue entre l'État et le culte juif<sup>2122</sup>. En revanche, les cultes de la Table vaudoise, de l'Assemblée de Dieu, de l'Église évangélique luthérienne en Italie, de l'Union chrétienne évangélique baptiste d'Italie ainsi que l'Union des Églises chrétiennes adventistes du 7<sup>e</sup> jour ont obtenu le droit de faire lire les articles du Code civil par le seul officier d'état civil, et non pas également par leurs ministres du culte<sup>2123</sup>, ceci afin de clairement distinguer lecture profane et lecture sacrée.

Que le ministre du culte non-catholique lise ou non les articles du Code civil ne modifie cependant en rien la fonction publique qu'il endosse au cours de la cérémonie religieuse<sup>2124</sup>.

Le ministre du culte non-catholique doit également recevoir, en présence de deux témoins (ces derniers étant également soumis à la loi civile), la déclaration expresse des deux époux, faite l'une après l'autre, qu'ils entendent bien se prendre respectivement pour mari et pour femme<sup>2125</sup>.

---

<sup>2121</sup> Dans le cadre d'un mariage juif, en conformité avec la *L. 8 marzo 1989, n° 101 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, G.U. del 23 marzo 1989, n° 69 - modificata dalla L. 20 dicembre 1996, n° 638, G.U. del 21 dicembre 1996, n° 299*, la lecture des articles du Code civil se fait immédiatement après la célébration : art. 14, al. 4 : « *Subito dopo la celebrazione il ministro di culto spiega ai coniugi gli effetti civili del matrimonio dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi. I coniugi potranno altresì rendere le dichiarazioni che la legge consente siano rese nell'atto di matrimonio* ».

<sup>2122</sup> P. DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario*, op. cit., p. 274.

<sup>2123</sup> *Ibid.*

<sup>2124</sup> G. BONILINI (dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, op. cit., p. 525.

<sup>2125</sup> C. c., art. 108 : « *La dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e in moglie non può essere sottoposta né a termine né a condizione. Se le parti aggiungono un termine o una condizione, l'ufficiale dello stato civile non può procedere alla celebrazione del matrimonio. Se ciò nonostante il matrimonio è celebrato, il termine e la condizione si hanno per non apposti* » - Auquel s'ajoute l'article 9, al.

**890. Acte de mariage.** - Immédiatement après la célébration du mariage, le ministre du culte rédigerà, en un acte unique ou double<sup>2126</sup> et en langue italienne, l'acte de mariage, en n'omettant aucun des points mentionnés à l'article 10 de la loi de 1929<sup>2127</sup>. À la différence du ministre du culte catholique ou de celui non-catholique avec entente, il n'appartient pas au ministre du culte non-catholique sans entente de rédiger deux actes de mariage, afin d'un conserver un dans ses propres archives<sup>2128</sup>.

### c/ La transcription

**891.** L'acte ainsi rédigé doit être immédiatement transmis, et ce dans un délai maximum de cinq jours à compter de la célébration, par le ministre du culte autorisé à l'officier d'état civil<sup>2129</sup>. À charge pour ce dernier, dans les vingt-quatre heures qui suivent la transmission

---

1 de L. 24 giugno 1929, n° 1159 - *Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi*, G.U. 16 luglio 1929 n° 164 : « Il ministro del culto, davanti al quale avviene la celebrazione, deve dare lettura agli sposi degli artt. 130, 131 e 132 del codice civile e ricevere, alla presenza di due testimoni idonei, la dichiarazione espressa di entrambi gli sposi, l'uno dopo l'altro, di volersi prendere rispettivamente in marito e moglie, osservata la disposizione dell'art. 95 del codice civile ».

<sup>2126</sup> Selon la religion. Acte unique pour les confessions sans entente : L. 24 giugno 1929, n° 1159, *op. cit.*, art. 9, où l'on ne mentionne qu'un acte de mariage : « L'atto di matrimonio dev'essere compilato immediatamente dopo la celebrazione, redatto in lingua italiana nelle forme stabilite dagli artt. 352 e 353 del codice civile per gli atti dello stato civile e deve contenere le indicazioni richieste nell'art. 10 della presente legge. L'atto, così compilato, sarà subito trasmesso in originale all'ufficiale dello stato civile e, in ogni caso, non oltre cinque giorni dalla celebrazione ». Acte double pour les religions avec ententes. À titre d'exemple, dans le cadre d'un mariage juif, en conformité avec la L. 8 marzo 1989, n° 101 – *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane*, G.U. del 23 marzo 1989, n° 69 - modificata dalla L. 20 dicembre 1996, n° 638, G.U. del 21 dicembre 1996, n° 299, art. 14, al. 5 : « Il ministro di culto davanti al quale ha luogo la celebrazione nuziale allega il nulla osta, rilasciato dall'ufficiale di stato civile, all'atto di matrimonio che egli redige in duplice originale subito dopo la celebrazione ».

<sup>2127</sup> L. 24 giugno 1929, n° 1159, *op. cit.*, art. 10 : « L'ufficiale dello stato civile, ricevuto l'atto di matrimonio, ne cura, entro le ventiquattro ore, la trascrizione nei registri dello stato civile, in modo che risultino le seguenti indicazioni: il nome e cognome, l'età e la professione, il luogo di nascita, il domicilio o la residenza degli sposi; il nome e cognome, il domicilio o la residenza dei loro genitori; la data delle eseguite pubblicazioni o il decreto di dispensa; la data del decreto di dispensa, ove sia stata concessa, da alcuno degli impedimenti di legge; il luogo e la data in cui seguì la celebrazione del matrimonio; il nome e cognome del ministro del culto dinanzi al quale seguì la celebrazione del matrimonio. L'ufficiale dello stato civile deve dare avviso al procuratore della Repubblica, nei casi e per gli effetti indicati nell'art. 104 del R.D. 15 novembre 1865, n° 2602, per l'ordinamento dello stato civile ».

<sup>2128</sup> E. VITALI, « Le mariage religieux et son efficacité civile dans le système juridique italien », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>2129</sup> L. 24 giugno 1929, n° 1159, *op. cit.*, art. 9, al. 2 et 3 : « L'atto di matrimonio dev'essere compilato immediatamente dopo la celebrazione, redatto in lingua italiana nelle forme stabilite dagli artt. 352 e 353 del codice civile per gli atti dello stato civile e deve contenere le indicazioni richieste nell'art. 10 della presente legge. L'atto, così compilato, sarà subito trasmesso in originale all'ufficiale dello stato civile e, in ogni caso, non oltre cinque giorni dalla celebrazione. » - À titre d'exemple, L. 22 novembre 1988, n° 516 – *Norme per la regolazione dei rapporti tra la Stato e l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno*, G.U. del 2 dicembre 1988, n° 283 - modificata dalla L. 8 giugno 2009, n° 67, G.U. del 19 giugno 2009, n° 140, art. 18 : al. 6 « La trasmissione di un originale dell'atto di matrimonio per la trascrizione è

de l'acte de mariage, de le transcrire dans les registres d'état civil. Une fois cette transcription effectuée, l'officier d'état civil est tenu d'avertir le ministre du culte de la transcription effectuée. L'étape de la transcription est évidemment fondamentale : ayant un effet rétroactif au jour de la célébration<sup>2130</sup>, elle permet de consolider le mariage, non pas à la date de l'enregistrement, mais à la date de la cérémonie elle-même.

On notera que l'option de procéder à une transcription tardive, si elle n'est pas interdite *stricto sensu*, n'est pas ici envisagée<sup>2131</sup>, ce que regrettent certains auteurs<sup>2132</sup>.

### 3/ Quelques exemples d'ententes

**892.** L'article 11 de l'entente signée entre l'État italien et la Table vaudoise<sup>2133</sup> et l'article 12 de l'entente signée entre l'État italien et l'Assemblée de Dieu<sup>2134</sup> illustrent la manière dont le droit du mariage est envisagé pour ces deux confessions.

#### **893. Article 11 - Entente signée entre l'État italien et la Table vaudoise. -**

*« La Repubblica italiana, attesa la pluralità dei sistemi di celebrazione cui si ispira il suo ordinamento, riconosce gli effetti civili ai matrimoni celebrati secondo le norme dell'ordinamento valdese, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previe pubblicazioni alla casa comunale. Coloro che intendono celebrare il matrimonio secondo le norme dell'ordinamento valdese debbono comunicare tale intenzione all'ufficiale dello stato civile al quale richiedono le pubblicazioni.*

*L'ufficiale dello stato civile, il quale abbia proceduto alle pubblicazioni richieste dai nubendi, accerta che nulla si oppone alla celebrazione del matrimonio secondo le vigenti*

---

*fatta dal ministro di culto, davanti al quale è avvenuta la celebrazione, all'ufficiale dello stato civile del Comune del luogo non oltre i cinque giorni dalla celebrazione » ; al. 7 « L'ufficiale dello stato civile, constatata la regolarità dell'atto e l'autenticità del nulla osta allegato, effettua la trascrizione entro le ventiquattro ore successive al ricevimento e ne dà notizia al ministro di culto ».*

<sup>2130</sup> E. VITALI, « Le mariage religieux et son efficacité civile dans le système juridique italien », in EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.), *Marriage and religion in Europe*, *op. cit.*, p. 108.

<sup>2131</sup> Cass. civ., sez. I, 24 marzo 1994, n° 2893, *FI*, Rep. 1994.

<sup>2132</sup> P. DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>2133</sup> L. 11 agosto 1984, n° 449 – Norme per la regolazione dei rapporti tra la Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese, *G.U. del 13 agosto 1984*, n° 222 – modificata dalla L. 8 giugno 2009, n° 68, *G.U. del 19 giugno 2009*, n° 140.

<sup>2134</sup> L. 22 novembre 1988, n° 517 – Norme per la regolazione dei rapporti tra la Stato e l'Assemblee di Dio in Italia, *G.U. del 2 dicembre 1988*, n° 283.

*norme di legge e ne dà attestazione in un nulla osta che rilascia ai nubendi in duplice originale. Il nulla osta, oltre a precisare che la celebrazione nuziale seguirà secondo le norme dell'ordinamento valdese e nel comune indicato dai nubendi, deve altresì attestare che ad essi sono stati spiegati, dal predetto ufficiale, i diritti e i doveri dei coniugi, dando ad essi lettura degli articoli del codice civile al riguardo.*

*Il ministro di culto, davanti al quale ha luogo la celebrazione nuziale, allega il nulla osta rilasciato dall'ufficiale dello stato civile all'atto di matrimonio che egli redige in duplice originale subito dopo la celebrazione.*

*La trasmissione di un originale dell'atto di matrimonio per la trascrizione è fatta dal ministro di culto, davanti al quale è avvenuta la celebrazione, all'ufficiale dello stato civile del comune del luogo non oltre i cinque giorni dalla celebrazione. L'ufficiale dello stato civile, constatata la regolarità dell'atto e l'autenticità del nulla osta allegatovi, effettua la trascrizione entro le ventiquattro ore dal ricevimento dell'atto e ne dà notizia al ministro di culto.*

*Il matrimonio ha effetti civili dal momento della celebrazione anche se l'ufficiale dello stato civile, che ha ricevuto l'atto, abbia omissso di effettuare la trascrizione nel termine prescritto. »<sup>2135</sup>*

#### **894. Article 12 - Entente signée entre l'État italien et l'Assemblée de Dieu. -**

*« 1. La Repubblica italiana riconosce gli effetti civili ai matrimoni celebrati di fronte ai ministri di culto delle ADI aventi la cittadinanza italiana, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previa pubblicazioni nella casa comunale.*

*2. Coloro i quali intendono celebrare il matrimonio ai sensi del comma 1 comunicano tale intenzione all'ufficiale dello stato civile al quale richiedono le pubblicazioni, indicando allo stesso il nominativo del ministro di culto certificato per tali funzioni dal presidente delle ADI.*

---

<sup>2135</sup> Source : [https://www.chiesavaldese.org/documents/discipline/01\\_int84.pdf](https://www.chiesavaldese.org/documents/discipline/01_int84.pdf)

3. *L'ufficiale dello stato civile, il quale abbia proceduto alle pubblicazioni richieste dai nubendi, accerta che nulla si oppone alla celebrazione del matrimonio secondo le vigenti norme di legge e ne dà attestazione in un nulla osta che rilascia ai nubendi in duplice originale.*

4. *Il nulla osta, oltre a indicare che la celebrazione nuziale seguirà secondo la previsione del comma 1 e nel comune indicato dai nubendi, deve attestare che ad essi sono stati spiegati, dal predetto ufficiale, i diritti e i doveri dei coniugi, dando ad essi lettura degli articoli del codice civile al riguardo.*

5. *Il ministro di culto davanti al quale ha luogo la celebrazione nuziale allega il nulla osta rilasciato dall'ufficiale dello stato civile all'atto di matrimonio, che egli redige in duplice originale subito dopo la celebrazione.*

6. *La trasmissione di un originale dell'atto di matrimonio per la trascrizione è fatta dal ministro di culto, davanti al quale è avvenuta la celebrazione, all'ufficiale dello stato civile del comune del luogo non oltre i cinque giorni dalla celebrazione.*

7. *L'ufficiale dello stato civile, constatata la regolarità dell'atto e l'autenticità del nulla osta allegato, effettua la trascrizione entro le ventiquattro ore dal ricevimento dell'atto e ne dà notizia al ministro di culto.*

8. *Il matrimonio ha effetti civili dal momento della celebrazione anche se l'ufficiale dello stato civile, che ha ricevuto l'atto, abbia omissis di effettuare la trascrizione nel termine prescritto. »<sup>2136</sup>*

**895. Conclusion § 2.** – À la différence d'un mariage anglican ou concordataire, le poids des autorités publiques, qu'elles interviennent en amont ou en aval, est ici bien plus prégnant. Le système mis ainsi en place pose clairement la question de l'égalité de principe des confessions entre elles, même si elle ne semble pas susciter de difficultés *in situ*.

---

<sup>2136</sup> Source : <http://presidenza.governo.it/USRI/confessioni/norme/88L517.html>

**896. Conclusion Section 2.** - Lorsque deux personnes résidant en Angleterre ou en Italie souhaitent se marier, elles bénéficient en fin de compte d'un choix assez ample : Marta et Matteo, tout comme John et Elizabeth, pourront opter non seulement pour un mariage civil, mais également pour un mariage religieux pleinement reconnu par l'État, à condition que les critères imposés par les autorités publiques, en amont ou en aval, soient pleinement respectés. En fonction de leur confession, John et Elisabeth choisiront une cérémonie anglicane, juive, quaker ou autre, ce qui induira de suivre des procédures différentes d'un culte à l'autre, variantes plus ou moins perçues par le couple, mais bien réelles pour la religion concernée. Il en ira de même pour Marta et Matteo, qui s'engageront pour un mariage catholique, non-catholique avec entente, non-catholique sans entente mais admis, non-catholique et non-admis. À la différence du couple anglais, les différences induites seront plus perceptibles pour les fiancés italiens.

### **Section 3 : Le mariage sous l'angle du droit international privé français**

**897. Mariage civil.** - Pour un esprit français et *a fortiori* un juriste français, tout ce qui précède peut paraître surprenant. Le mariage religieux n'est pas *stricto sensu* interdit en droit français ; il n'entraîne cependant aucun effet civil et cela, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 septembre 1792<sup>2137</sup>, selon le principe posé par la Constitution de 1791, aux termes duquel « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil »<sup>2138</sup>. Ainsi, entre 1791 et 1792, le législateur français a ôté tout effet civil au mariage confessionnel. Aujourd'hui encore, en France, seul le mariage célébré devant l'officier d'état civil emporte reconnaissance légale.

**898. Primauté du mariage civil.** - Ultérieurement<sup>2139</sup>, et dans le cas où le futur couple souhaiterait procéder à un mariage et civil et religieux, l'État français en est venu à imposer un ordre de cérémonies : doit être d'abord célébré le mariage civil, qui sera suivi ou non d'un mariage religieux. La célébration religieuse, qui n'a aucune valeur civile, ne peut donc intervenir que dans un second temps. Qui plus est, le ministre du culte qui

---

<sup>2137</sup> Et le Décret du 25 septembre 1792, « Proclamation de l'an premier de la République française ».

<sup>2138</sup> Constitution de 1791, Titre II, art. 7.

<sup>2139</sup> Cela s'est fait par étapes : par un arrêté du 1<sup>er</sup> pluviôse An X pour les protestants ; par l'article 54 des articles organiques du 18 germinal An X ; par un arrêté du 1<sup>er</sup> prairial An pour les juifs. En 1810, les articles 199 et 200 du Code pénal prévoient les premières sanctions.



procéderait à un mariage religieux sans qu'un mariage civil ait précédemment eu lieu s'exposerait à des sanctions pénales<sup>2140</sup>.

**899. Fondement.** - Comme l'a précisé le Tribunal de police de Dunkerque en 1972, la loi « n'a pas seulement pour objet d'assurer la sécularisation du mariage et de subordonner le sacrement au contrat ». Elle vise en effet également à sauvegarder « les droits de la femme et ceux des enfants » et à préserver « l'état des citoyens »<sup>2141</sup>. Imposer le mariage civil et sa primauté, c'est donc, selon la conception juridique française, aller bien au-delà du seul domaine matrimonial pour l'élargir à la protection de la société et des citoyens, pris au sens large. Ce raisonnement explique que, quand, à cet égard, réclamations de changement il y a, elles portent éventuellement sur l'abolition du principe de primauté du mariage civil, voire sur l'abolition des sanctions pénales y afférent. Mais pas sur l'intérêt, voire la nécessité, d'introduire un système matrimonial dualiste, tel qu'il existe en Angleterre et en Italie.

**900. DIP et mariage célébré en France.** - Et pourtant, ce que la France refuse en son ordre interne, elle est prête à l'accepter quand des enjeux internationaux entrent en ligne de compte.

Précisons d'emblée que ne sont visés ici ni les mariages mixtes célébrés en France, ni ceux unissant sur le sol français des personnes possédant toutes deux une nationalité autre que française. En effet, à partir du moment où le mariage se déroule sur le territoire français, il doit suivre les prescriptions du droit français, et cela, quelle que soit la nationalité des conjoints. L'ordre public opère alors « avec son effet « plein » »<sup>2142</sup>. Il en va ainsi de la règle de la monogamie, qui doit être respectée, non seulement par tout Français dont le mariage serait célébré sur le territoire national, mais également par les autorités étrangères présentes sur le sol hexagonal, y compris les ambassades et les consulats<sup>2143</sup>, le principe de l'extraterritorialité de ces derniers n'ayant « plus cours en droit international public français »<sup>2144</sup>. Il en va également ainsi de la primauté du mariage civil, affirmée lors

---

<sup>2140</sup> C. pén., art. 433-21.

<sup>2141</sup> Tribunal. Pol. Dunkerque, 9 mars 1972, *JCP* 1972. 17215 ; *RTD civ.* 1972. 771.

<sup>2142</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 403.

<sup>2143</sup> C. ROTH, « Polygamie et ordre public », dans H. PAULIAT et E. NÉGRON, *Famille, éthique et justice*, *op. cit.*, p. 16. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 6 juillet 1988, *Bull. civ.* n° 226 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2002, *Bull. civ.* n° 214.

<sup>2144</sup> P. MURAT, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 1793.

du célèbre arrêt Caraslanis<sup>2145</sup> au cours duquel les juges ont clairement établi que le mariage entre une Française et un Grec orthodoxe en territoire français devait être célébré en premier lieu de manière civile, quand bien même la loi grecque ne reconnaît que la célébration religieuse. Ce faisant, le droit français a placé le mariage sous l'angle de la question de la forme, donc de la loi locale du lieu de célébration<sup>2146</sup>, occultant délibérément « la qualification retenue par la loi grecque, pour laquelle le caractère religieux du mariage est une question de fond, liée au statut de la personne »<sup>2147</sup>. Au nom de la loi du for et de l'ordre public français, une loi matrimoniale étrangère parfaitement valable peut donc être écartée par le droit français, rendant par la même le mariage ainsi célébré nul « selon la loi étrangère des époux »<sup>2148</sup>.

**901. DIP et mariage célébré à l'étranger.** – Le principe de la primauté du mariage civil est cependant nettement atténué en cas de mariage célébré à l'étranger, qu'il s'agisse de Français installés dans un pays tiers ou de couples mariés en accord avec leur loi nationale et amenés ensuite à venir vivre en France (§ 1), bien que que le principe connaisse des limites (§ 2).

### **§ 1 : Mariages célébrés en dehors de l'Hexagone**

**902.** Selon une étude de l'Insee<sup>2149</sup>, quelques « 46 300 mariages célébrés à l'étranger ont été transcrits à l'état civil français » en 2015, illustrant ainsi le principe de la reconnaissance des mariages de Français célébrés à l'étranger (A). Dans un souci de bonnes relations internationales, le droit français peut être par ailleurs amené à connaître des mariages de non-Français célébrés à l'étranger dans des formes autres que civiles (B).

#### **A/ Principe de la reconnaissance des mariages de Français célébrés à l'étranger**

**903. Articles 171-1 et 202-2 du Code civil.** - Deux articles du Code civil s'avèrent incontournables en l'espèce.

---

<sup>2145</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1955, *D.*, 1956, dit arrêt Caraslanis. Position maintenue par la jurisprudence postérieure.

<sup>2146</sup> P. MURAT, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 1786.

<sup>2147</sup> F. MONÉGER, *Droit international privé*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 31.

<sup>2148</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>2149</sup> Source : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2656612>

L'article 171-1 du Code civil énonce le principe de la reconnaissance des mariages entre Français ou entre un Français et un étranger, célébrés dans des formes locales pouvant être autres que civiles : « Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre I<sup>er</sup> du présent titre. ».

Ce principe de la reconnaissance des formes locales se retrouve désormais également à l'article 202-2 du Code civil : « Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu. ».

**904. Intervention d'une autorité étatique locale.** - La reconnaissance d'un mariage conclu à l'étranger, entre Français, ou entre un Français et une personne d'une autre nationalité, ne pose en général guère de difficulté lorsque le mariage contracté à l'étranger implique l'intervention d'une autorité étatique locale, « compétente sur le plan interne, selon sa propre loi » et suivant « les prescriptions de forme de cette loi »<sup>2150</sup>. L'intervention d'un officier d'état public, « c'est-à-dire d'un organe étatique qui élabore un acte public »<sup>2151</sup>, confère alors au mariage sa « validité formelle »<sup>2152</sup>.

**905. Défaut d'intervention d'une autorité étatique locale.** - Il arrive cependant qu'un mariage soit conclu sans l'intervention d'autorité étatique locale. Il appartient alors à la loi locale de fixer la forme que pourra prendre ladite union et d'admettre, ou non, la validité d'un mariage sans cérémonie, d'un mariage résultant d'une cérémonie privée ou encore, d'un mariage célébré par une autorité religieuse<sup>2153</sup>.

Une fois le mariage ainsi valablement contracté à l'étranger, selon les normes locales, il devra être reconnu également en France, selon le principe du *Locus regit actum*<sup>2154</sup> des articles 171-1 et 202-2 du Code civil.

Il est donc tout à fait possible et surtout, totalement valable de se marier sous une forme exclusivement religieuse, à condition que le couple concerné, constitué d'un ressortissant français au minimum, agisse ainsi pour se conformer aux formes locales. Un

---

<sup>2150</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, p. 406.

<sup>2151</sup> *Ibid.*, p. 405.

<sup>2152</sup> *Ibid.*

<sup>2153</sup> *Ibid.*

<sup>2154</sup> *Ibid.* Règle de conflit ordinaire en matière de forme des actes.

mariage, célébré à l'étranger selon les rites chrétiens, orthodoxes ou encore musulmans, avec au moins un Français, sera donc valablement reconnu par la loi française par respect du « caractère impératif de l'application de la loi locale »<sup>2155</sup>. Ainsi, dans le cas d'une union conclue hors de l'Hexagone, « l'ordre public intervient de façon atténuée pour laisser se produire en France les effets d'un mariage régulièrement célébré (...) »<sup>2156</sup>.

**906. Mariage non reconnu dans les formes locales mais néanmoins valable.** – Un mariage célébré à l'étranger sans respecter les formes locales peut, dans des circonstances précises, être reconnu comme valable par la loi du lieu de célébration, ainsi que l'illustre l'affaire *Zagha c/ Moatti*<sup>2157</sup>. En l'espèce, deux ressortissants syriens s'étaient mariés religieusement en Italie. En tant que musulmans, c'est-à-dire fidèles d'une religion ne bénéficiant pas d'une entente, ils auraient dû, aux yeux de la loi italienne, s'unir de manière civile. Selon leur loi nationale, en revanche, ce mariage était parfaitement valable. En fin de compte, la Cour de cassation française a eu recours au principe du « renvoi au second degré »<sup>2158</sup> : « le droit international privé français prescrit l'application de la loi italienne du lieu de célébration, laquelle donne compétence à la loi personnelle des époux, laquelle valide l'union »<sup>2159</sup>.

## **B/ Mariages de non-Français célébrés à l'étranger**

**907.** Au nom des bonnes relations internationales, le droit français ne peut s'opposer au respect des « droits acquis à l'étranger sans fraude et en application d'une loi étrangère contraire à l'ordre public français si elle avait été mise en œuvre en France »<sup>2160</sup>.

**908. Arrêt Rivière.** – C'est au cours du célèbre arrêt *Rivière*<sup>2161</sup> qu'est élaboré par la Cour de cassation le principe de l'effet atténué de l'ordre public<sup>2162</sup>. Tous les éléments de l'affaire étaient propices à rendre la décision complexe : un couple de nationalité russe,

---

<sup>2155</sup> F. MONÉGER, *Droit international privé, op. cit.*, p. 158. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1982, dite affaire Zagha, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 300, note J.-M. Bischoff ; *JDI* 1983, p. 595, note R. Lehmann.

<sup>2156</sup> P. MURAT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 40.

<sup>2157</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1982, *op. cit.*

<sup>2158</sup> S. CLAVEL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 2016, p. 427.

<sup>2159</sup> *Ibid.*

<sup>2160</sup> F. MONÉGER, *op. cit.*, p. 156.

<sup>2161</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 avril 1953, dit arrêt Rivière, *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note H. Batiffol, *JDI* 1953, 860, note Plaisant, *JCP* 1953, II, 7863, note Buchet.

<sup>2162</sup> La formule elle-même est énoncée plus tard, lors de l'arrêt Munzer du 7 janvier 1964 (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1964, *JCP* 1964 II 13590) : F. MONÉGER, *op. cit.*, p. 58.

dont l'un des membres obtient par la suite la nationalité française ; une domiciliation en France puis en Équateur ; un divorce en Équateur, par consentement mutuel, alors interdit en France ; un remariage avec un Français et une nouvelle domiciliation au Maroc ; une nouvelle demande de divorce par consentement mutuel, rejetée par les autorités marocaines, alors sous protectorat français ; une contestation du second mari, devant les autorités françaises, de la validité même de son mariage, le premier divorce ayant été obtenu sur un fondement interdit en France.

La Cour de cassation va d'abord préciser que « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français »<sup>2163</sup>.

Elle en conclut « que, (...), le divorce a été régulièrement acquis à la suite d'une décision étrangère faisant application de la loi normalement compétente ; qu'il s'ensuit que la dissolution du mariage doit produire ses effets en France bien qu'elle n'aurait pu être prononcée, pour la même cause, par une juridiction française, notre ordre public s'opposant, en ce cas, au divorce par consentement mutuel »<sup>2164</sup>.

Une situation juridique a été acquise à l'étranger sans fraude : elle produit des effets que le droit français doit respecter, quand bien même il aurait pu en juger différemment selon son ordre public interne.

**909. Bigamie.** – Ce principe a engendré des conséquences qui peuvent être parfois surprenantes, au regard de la loi française interne, en particulier lorsque le sujet de la polygamie est évoqué.

L'état de bigamie, bien qu'interdit par le droit français, peut en effet ne pas être automatiquement déclaré nul, en certaines circonstances : « ... le Libanais est soumis en ce qui concerne son état civil à la religion à laquelle il appartient, que le Libanais qui s'était déjà marié selon la loi d'une religion déterminée peut changer de religion et en adopter une autre et qu'il peut, si cette dernière lui permet la polygamie, contracter un autre mariage conformément aux lois régissant l'état civil de cette nouvelle religion à laquelle il a adhéré .... Considérant que Monsieur X ... a ainsi contracté un second mariage valide selon la loi libanaise ; qu'en effet, son premier mariage catholique, étant indissoluble, il s'est mariée

---

<sup>2163</sup> Attendus de Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 avril 1953, dit arrêt Rivière, *op. cit.*

<sup>2164</sup> *Ibid.*

une seconde fois, usant des possibilités offertes par la loi libanaise, après s'être converti à l'islam ... Considérant qu'un mariage contracté à l'étranger avec état de bigamie pour l'un des époux n'est pas nécessairement nul en France et que certains effets peuvent être reconnus à une deuxième union ... »<sup>2165</sup>.

Une telle position a été rendue possible parce que chacun des époux a respecté la loi nationale du lieu de célébration du mariage, loi nationale qui autorisait la bigamie. L'importance de la loi nationale est d'ailleurs soulignée par l'article 202-1 du Code civil : « Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle », ce qui signifie que les conditions, par exemple, d'âge et de capacité « s'apprécient distributivement selon la loi nationale de chacun des futurs époux »<sup>2166</sup>.

Le consentement doit également faire partie desdites conditions. Il revêt une telle importance aux yeux du droit français que la mesure est d'ailleurs renforcée par l'article 202-1 du Code civil qui souligne que, « Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180 »<sup>2167</sup>.

## § 2 : Limites aux principes

**910.** Les principes énoncés ci-dessus, attestant de l'atténuation de l'ordre public français en matière matrimoniale, ne sont pas pour autant sans limite. Si, dans le cas des mariages célébrés à l'étranger entre Français, la limite, c'est-à-dire la transcription dans les registres d'état civil français, ne s'avère pas insurmontable (A), il peut en aller différemment dans le cas de mariages conclus à l'étranger entre étrangers ou avec des Français, au nom de l'ordre public français (B).

---

<sup>2165</sup> Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996, p. 156. Cf. également B. BASDEVANT- GAUDEMET, « La jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France », *LIB*, 1998, p. 17.

<sup>2166</sup> P. MURAT, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 1790.

<sup>2167</sup> Ces dispositions sont à articuler au prisme de la Loi n° 2014-873 du 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949.

## **A/ Principe de la publication des bans et de la transcription des mariages de Français célébrés à l'étranger**

**911. Loi 2006.** – La loi du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages<sup>2168</sup> a introduit un certain nombre de changements en matière de reconnaissance des unions célébrées à l'étranger. En effet, il ne suffit plus, pour un couple constitué de deux Français ou d'un Français et d'un ressortissant d'un pays tiers, de seulement respecter les formes locales de célébration pour que leur mariage produise des effets en France.

**Bans.** – Un Français se mariant à l'étranger doit en premier lieu déclarer préalablement son intention de le faire « auprès de l'officier de l'état civil ou de l'autorité diplomatique ou consulaire française du lieu où le Français qui se marie a son domicile ou sa résidence »<sup>2169</sup>. À défaut d'une telle publication, l'intention frauduleuse des parties sera examinée par les tribunaux, qui peuvent prononcer la nullité du mariage s'ils concluent que la publication préalable a été intentionnellement et frauduleusement occultée<sup>2170</sup>.

En outre, depuis la loi du 14 novembre 2006, le mariage d'un Français à l'étranger célébré par une autorité étrangère doit être précédé de la délivrance d'un certificat de capacité à mariage (CCAM)<sup>2171</sup>. Cette formalité est à accomplir auprès de l'officier d'état civil ou de l'autorité consulaire du lieu de domicile ou de résidence du futur époux français<sup>2172</sup>.

Il appartient, de manière exclusive, au parquet de Nantes de s'opposer à la célébration d'un mariage d'un Français à l'étranger<sup>2173</sup>, « dans le délai de deux mois », « par décision motivée » qui sera « transmise à l'autorité diplomatiques ou consulaire du lieu où la célébration du mariage est envisagée et aux intéressés »<sup>2174</sup> et pourra faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal judiciaire<sup>2175</sup>.

---

<sup>2168</sup> Loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, JORF n° 264 du 15 novembre 2006.

<sup>2169</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., p. 408.

<sup>2170</sup> Req. 28 mars 1854, *DP* 1854.1.201, *S.* 1854.1.295 ; Paris, 2 décembre 1966, *Rev. crit. DIP*, 1967.530, note Malaurie. À défaut d'intention frauduleuse : Seine, 12 juillet 1888, *JCP* 1967.II.15278, note R. B.

<sup>2171</sup> C. civ., art. 171-2, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>2172</sup> C. civ., art. 171-2, al. 2.

<sup>2173</sup> C. pr. civ., art. 1056-2, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>2174</sup> C. civ., art. 171-4, al. 2.

<sup>2175</sup> C. civ., art. 171-4, al. 3.

**912. Transcription.** – Par ailleurs, une fois le mariage célébré, les effets de ce dernier ne seront pleinement acquis qu’avec la transcription du mariage sur les registres d’état civil français<sup>2176</sup>, renouant ainsi « avec l’ancien article 171 du Code civil de 1804 qui exigeait la transcription de l’acte de célébration du mariage célébré à l’étranger dans les trois mois du retour du Français sur le territoire de la République »<sup>2177</sup>. Auparavant simple mesure de publicité, la transcription du mariage célébré à l’étranger sur les registres d’état civil français est en un sens devenue, avec la loi du 14 novembre 2006, « un moyen de contrôle des mariages »<sup>2178</sup>. À défaut de transcription, le mariage ne sera pas déclaré nul par les autorités françaises mais sera inopposable aux tiers<sup>2179</sup>, ce qui fera des « faux époux » des « vrais célibataires » pour l’administration française.

## **B/ Ordre public**

**913.** La loi étrangère peut être évincée au profit de la loi française dans deux cas : soit parce qu’il paraît impossible de l’appliquer, « matériellement ou techniquement »<sup>2180</sup>, soit parce qu’elle ne semble pas appropriée, un principe alors connu comme l’exception d’ordre public. Comme le précisent Monsieur Pierre Mayer et Monsieur Vincent Heuzé, « l’exception d’ordre public remplit une triple fonction »<sup>2181</sup> : elle permet d’écarter des lois étrangères contraires aux « principes de justice universelle considérés dans l’opinion française comme doués de valeur internationale absolue »<sup>2182</sup>, aux « fondements politiques, sociaux de la civilisation française »<sup>2183</sup> ou à la « sauvegarde de certaines politiques législatives »<sup>2184</sup>, si toutefois les juges estiment que la loi étrangère, si elle devait être appliquée, créerait un résultat inadmissible sur l’ordre public du for<sup>2185</sup>. Il en va ainsi de la bigamie contractée en France et pourtant déclarée valable par la loi étrangère compétente<sup>2186</sup> : « l’ordre public français s’opposera à ce que cette loi soit appliquée, et le juge prononcera la nullité du second mariage conformément à la loi française »<sup>2187</sup>.

---

<sup>2176</sup> C. civ., art. 171-5, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>2177</sup> A.-M. LEROYER, « Validité des mariages, contrôle » *RTD civ.* 2007 p. 193.

<sup>2178</sup> F. MONÉGER, *Droit international privé, op. cit.*, p. 158.

<sup>2179</sup> C. civ., art. 171-5, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>2180</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, p. 150.

<sup>2181</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>2182</sup> Cass. civ., 25 mai 1948, Lautour, *Rev. crit.* 1949.89, note Batiffol, *D.* 1948.357, note P.L.

<sup>2183</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 152.

<sup>2184</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>2185</sup> *Ibid.*, p. 154-155.

<sup>2186</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>2187</sup> TGI Versailles, 31 mars 1965, *JDI* 1966.97, note Ponsard.



**914.** Lorsque la société française n'est pas concernée ou dans le cas d'une union conclue hors de l'Hexagone, on considère que l'ordre public peut intervenir sous une forme atténuée : « l'ordre public intervient de façon atténuée pour laisser se produire en France les effets d'un mariage régulièrement célébré (...) et respectueux de certains principes fondamentaux »<sup>2188</sup>. Deux éléments sont donc ici à prendre en compte : la possible fraude et les principes fondamentaux du droit français.

**915. Fraude.** - Avec le temps, il est apparu que le principe établi par la jurisprudence Rivière amenait à reconnaître non seulement des mariages polygamiques mais également des répudiations, certes valables aux yeux de la loi du pays amené à les prononcer mais en totale opposition à l'ordre public français. C'est pourquoi la notion de fraude a été introduite, en tenant compte de multiples paramètres. Ainsi, une union polygamique célébrée à l'étranger, dans le respect de la loi nationale des époux, peut être considérée comme valable en France et y produire des effets<sup>2189</sup>. À l'inverse, des étrangers installés en France qui profitent d'un séjour à l'étranger pour contracter ce même type de mariage ou toute autre situation clairement interdite en France ne sauraient dorénavant bénéficier de l'effet atténué de l'ordre public<sup>2190</sup>.

**916. Principes fondamentaux du droit français.** - Il arrive également que certaines mesures relevant bien de la loi nationale soient écartées par les tribunaux français, au nom de l'ordre public français et de principes essentiels du droit français. Ainsi, la règle marocaine<sup>2191</sup> qui interdit à l'une de ses ressortissantes de se marier avec un non-musulman est rejetée en France au nom de la « discrimination fondée tant sur la religion que sur le sexe » et est déclarée « contraire à l'ordre public français »<sup>2192</sup>.

De même, un mariage homosexuel entre un Français et un Marocain doit être autorisé, et « la loi marocaine personnelle de l'un des époux (doit être) écartée en raison de

---

<sup>2188</sup> P. MURAT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 40.

<sup>2189</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 1958 et 19 février 1963, *GAJFDIP*, n° 30-31, dit arrêt *Chemouni*; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 15 février 2007, *JDI* 2007, p. 933, note B. Bourdelois.

<sup>2190</sup> Il en va ainsi en particulier des répudiations : cf. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 721 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 593.

<sup>2191</sup> Règle marocaine fondée sur le respect de l'islam. Double règle, pour l'homme et la femme. Le musulman ne peut pas épouser une femme polythéiste mais peut s'unir à une femme chrétienne ou juive (Coran, V-5) (autorisation rejetée des chiïtes). En revanche, la femme musulmane ne peut épouser qu'un musulman, car seul le mari transmet la religion. Tous les pays concernés ont intégré cette interdiction, sauf la Tunisie.

<sup>2192</sup> Paris, 7 juin 1996, *D.* 1996, *IR*, p. 172. Cf. également B. BASDEVANT- GAUDEMET, « La jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France », *loc. cit.*, p. 18.

son incompatibilité avec l'ordre public international français »<sup>2193</sup>. Cette position jurisprudentielle a été renforcée au travers de l'article 171-9 du Code civil, à la suite de l'introduction de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage à tous : « (...) lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins a la nationalité française, ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration, le mariage est célébré publiquement par l'officier de l'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence (...). À défaut, le mariage est célébré par l'officier de l'état civil de la commune de leur choix. ». L'article du Code précédemment cité est lui-même renforcé par l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil : « Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Dans un tel cas, le mariage entre personnes de même sexe aura donc bien lieu, sur le territoire français (même si cela ne résoud en rien la reconnaissance de l'union ainsi célébrée dans le pays de résidence), écartant le droit étranger ne favorisant pas certains principes fondamentaux du droit français. Ce principe posé est toutefois lui-même atténué du fait de la circulaire du 29 mai 2013<sup>2194</sup> précisant que la disposition précédente dépend des conventions bilatérales conclues avec d'autres pays, ce qui signifie, à ce jour, avec la Pologne, le Maroc, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo et la Slovénie, le Cambodge, le Laos, la Tunisie et l'Algérie<sup>2195</sup>.

En ce qui concerne la répudiation, après avoir hésité<sup>2196</sup>, la Cour de cassation<sup>2197</sup> a décidé que « même si elle résulte d'une procédure loyale et contradictoire, la décision (étrangère) constatant une répudiation unilatérale du mari qui s'effectue sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7, additionnel à la

---

<sup>2193</sup> P. MURAT, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>2194</sup> Cir. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), *BOMJ* n°2013-05 du 31 mai 2013.

<sup>2195</sup> P. MURAT, *op. cit.*, p. 1794-1795.

<sup>2196</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 1979, *JDI* 1981, note Khan, dit arrêt Dahar ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 novembre 1983, *Rev. crit. DIP* 1984.325, note Fadlallah, dit arrêt Rohbi.

<sup>2197</sup> 5 arrêts (*Bull. civ.* N° 46 à 50) : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2004, *D.* 2004.824, concl. Cavarroc, *Rev. crit. DIP* 2004.423, note Hammje, *JDI* 2004.12000, note L. Gannagé, *Gaz. Pal.* 2004. Somm. 567, note M.-L. Niboyet, *JCP* 2004.II.10128, note Fulchiron.

Convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international (...) dès lors que la femme, sinon les deux époux sont domiciliés sur le territoire français ». La Cour de cassation place donc sa décision sous l'angle des droits fondamentaux, d'une part, tout en l'encadrant par une condition de proximité, devant s'entendre comme « une condition de rattachement avec le territoire français »<sup>2198</sup>. Comme le précise Madame Marie-Claude Najm, « Le recours à l'ordre public de proximité permet de remédier aux conséquences choquantes de l'effet atténué de l'ordre public, lorsque la répudiation est prononcée à l'étranger à l'encontre d'une épouse domiciliée en France. Ainsi, alors que l'application traditionnelle de l'effet atténué de l'ordre public avait permis d'accueillir une répudiation intervenue à l'étranger lorsque les deux époux résidaient en France (...), l'ordre public de proximité empêche désormais ce résultat, puisque la nationalité française ou le domicile en France de l'une des parties déclenche l'intervention de l'ordre public et fait obstacle à la reconnaissance de la répudiation étrangère dans ces conditions. La solution adresse également un message de dissuasion aux maris tentés par les répudiations expéditives à l'étranger, en leur indiquant que la démarche sera dépourvue d'effet en France »<sup>2199</sup>, une position confirmée par la jurisprudence ultérieure<sup>2200</sup>.

**917. Conclusion Section 3.** - Le droit français, en sa branche internationale, accepte de déroger au principe, pourtant *a priori* incontournable, de l'antériorité du seul mariage civil, afin d'offrir une reconnaissance légale aux mariages de Français célébrés à l'étranger ainsi qu'aux unions non civiles de ressortissants non Français régulièrement conclues à l'étranger. L'effet atténué de l'ordre public n'est toutefois pas sans limite, tant sur la forme (un certificat et une transcription étant nécessaires dans le cas des mariages de Français célébrés à l'étranger) que sur le fond (les principes fondamentaux du droit français devant être impérativement respectés dans le cas des unions non civiles de ressortissants non Français régulièrement conclues à l'étranger).

---

<sup>2198</sup> M.-C. NAJM, « Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s) », *Droit et culture*, 59, 2010, p. 209-229.

<sup>2199</sup> *Ibid.*, § 30.

<sup>2200</sup>

## Conclusion Chapitre 1

**918.** Le modèle français imposant le mariage civil comme seul instrument matrimonial juridiquement valable aux yeux des autorités civiles n'est suivi ni en Angleterre ni en Italie, pour des raisons principalement historiques.

La France, en particulier à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, s'est construite en partie dans son opposition à l'Église catholique. Pour autant, l'État français n'a pas cherché à offrir à une autre Église la place laissée vacante par sa rupture avec Rome.

Parce que son schisme avec la papauté est antérieur de deux siècles, c'est-à-dire à une époque où la religion est encore perçue comme incontournable au quotidien de tous, y compris des rois, l'Angleterre, qui s'est également construite dans sa lutte contre le catholicisme, a, quant à elle, compensé le vide en établissant à la tête de son royaume une nouvelle Église, en une sorte de contrat d'interdépendance. L'anglicanisme ainsi établi, il s'en est suivi de très nombreuses conséquences, dont matrimoniales, expliquant aisément la distinction opérée encore de nos jours entre mariage anglican et non-anglican, en fonction de la religion des fiancés, même si certains tempéraments ont pu être depuis apportés. Les différences, marquées, entre les divers types de mariages religieux ne doivent cependant pas faire oublier que la *Church of England* n'est pas totalement libre de ses propres mouvements : si l'exigence administrative de voir son bâtiment *certified* et *registered* est lourde de conséquences matrimoniales pour certains cultes, on ne saurait nier que le passage par le Parlement de toute *Measure* de l'Église anglicane donne aux *MPs* un pouvoir législatif hors norme sur cette dernière. En fin de compte, il est sensible que l'Angleterre a cherché, à sa manière, d'équilibrer ses rapports Église-État, ainsi que ceux des diverses confessions entre elles.

La papauté étant sise sur son territoire, l'Italie ne pouvait pas envisager ses relations avec l'Église catholique de la même façon que la France ou l'Angleterre. Depuis le douloureux épisode de la *questione romana*, elle tient à l'inverse à ce que les relations entre pouvoirs étatique et pontifical soient pacifiques, ce qui se traduit par la recherche d'un équilibre d'une autre forme, chacun étant indépendant dans son propre ordre juridique, tout en favorisant la coopération. S'il est vrai que, pendant un temps, les religions autres que catholiques n'ont pas pu bénéficier de rapports similaires à ceux établis par le Concordat de 1929, la révision de ce dernier en 1984 a profondément modifié l'ordre des choses et permis aux religions non-concordataires de se voir accorder une réelle

reconnaissance. D'un point de vue matrimonial, il s'en suit, à l'instar du modèle anglais, des distinctions entre mariages concordataires ou non-concordataires, bien que les différences soient désormais atténuées en cas d'ententes. La place des cultes simplement admis, c'est-à-dire non-catholiques sans entente, reste sans doute la seule réelle problématique en termes d'égalité des religions entre elles.

Dans les cas anglais comme italien, il en ressort des mécanismes matrimoniaux très sophistiqués, hautement complexes, imbriqués les uns dans les autres. En un sens, sans ce que cette affirmation ait valeur de jugement, la France a choisi la simplicité.

## Chapitre 2 : Réaction des États anglais, français et italien face à la justice et au droit religieux

**919. Au nom de la liberté de conscience.** - Admettre les religions ne pose pas de souci théorique à un État démocratique respectueux de la liberté de conscience, tant que l'ordre public est maintenu.

Établir un système matrimonial dualiste, dans lequel se côtoient mariage civil et mariage religieux à effets civils, implique déjà plus de contrôle de la part de l'État non théocratique, amené à poser des garde-fous afin que l'ordre religieux n'empiète pas sur la sphère étatique, en ne permettant pas, par exemple, les mariages religieux ignorant totalement la loi civile. En outre, les questions précédemment soulevées en termes de mariages religieux ayant acquis des effets civils peuvent avoir pour corollaires celles de leur dissolution religieuse déclarée par des tribunaux confessionnels, comme l'atteste le cas du *guet*. Se pose alors la question de la place de la justice rendue par les tribunaux religieux. Le modèle anglais est à cet égard souvent pris en exemple par les médias en particulier étrangers, certains n'hésitant pas à affirmer que le multiculturalisme à l'anglaise est *Sharia-compliant*, qu'il permet l'établissement de *Sharia courts* et donc l'application de la loi islamique, ce que respecteraient les tribunaux civils anglais.

**920. Réticences des tribunaux civils face au fait religieux.** - D'une manière générale, les États sont prudents face au fait religieux, qu'il s'agisse de doctrine ou de procédure religieuses.

Outre-Manche, on considère qu'il serait inapproprié<sup>2201</sup> d'évoquer le fait religieux, comme le rappelle Lord Hoffman : « *The attitude of the English legislator to (horse) racing is much more akin to his attitude to religion (...) it is something to be encouraged but not the business of government* »<sup>2202</sup>. Il y a quelques années, la *High Court*, à qui il était demandé d'infirmier l'interprétation de la doctrine effectuée par un rabbin, s'est empressée de répondre qu'elle refusait catégoriquement d'interférer avec un tel sujet : « *The court would never be prepared to rule on questions of Jewish law* »<sup>2203</sup>. Cette jurisprudence bien établie, servant de *precedent*, et donc suivie par les cours ultérieurement

---

<sup>2201</sup> N. DOE & R. SANDBERG, *Law and religion*, op. cit., p. 165.

<sup>2202</sup> *R v Disciplinary Committee of the Jockey Club ex parte Aga Khan* [1993] 1 WLR 909.

<sup>2203</sup> *R v Chief Rabbi of the United Hebrew Congregations of Great Britain and the Commonwealth, ex parte Wachman* [1992] 1 WLR 1036.

saisies de faits similaires, a permis à Lord Hope, de la *Supreme Court*, de rappeler, en 2009, que « *It has long been understood that it is not the business of the courts to intervene in matters of religion* »<sup>2204</sup>, en se fondant sur « *the well-known principle of English law to the effect that the courts will not attempt to rule upon doctrinal issues to intervene in the regulation of matter of public policy* »<sup>2205</sup>.

Ce point de vue est similaire à celui adopté par le Tribunal de grande instance français<sup>2206</sup> à propos d'un tribunal rabbinique : la cour rappelle ainsi que ce tribunal « n'a fait (...) qu'exercer une fonction cultuelle selon les règles de la religion juive dont l'appréciation n'appartient pas aux juridictions civiles »<sup>2207</sup>.

Il en va de même, précise le premier arrêt anglais<sup>2208</sup>, de la procédure elle-même, dans la mesure où distinguer les griefs en lien avec la procédure et ceux en lien avec les principes essentiels du droit talmudique serait trop délicat : « *it would not always be easy to separate out procedural complaints from consideration of substantive principles of Jewish law which may underlie them* »<sup>2209</sup>.

**921. Exceptions à la règle.** - Pour que des juges civils, voire des législateurs, acceptent de prendre en compte la justice et le droit religieux, il faut que divers facteurs entrent en jeu.

En France, cela implique souvent que les tribunaux soient confrontés à une violation flagrante du droit étatique, ce qui n'arrive pas si fréquemment. Un arrêt de la Cour d'appel de Nouméa a ainsi rappelé que lors d'une procédure en demande de nullité faite devant un tribunal ecclésiastique, le principe du caractère public et contradictoire de ladite procédure devait être respecté<sup>2210</sup> : en conséquence, « les actes de la procédure ne peuvent être considérés comme soumis au secret professionnel, résultant à l'époque de l'article 378 du Code pénal (aujourd'hui de l'article 226-14 du Nouveau Code pénal) »<sup>2211</sup>.

En Angleterre, ce sera peut-être une question relative au multiculturalisme du pays qui pourra faire pencher la balance des juges civils, « *the starting point of the law is an*

---

<sup>2204</sup> *R (on the application of E) v Governing Body of JFS and the Admissions Appeal Panel of JFS and others* [2009] UKSC 15, § 157. <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0105-judgment.pdf>

<sup>2205</sup> *HH Sant Baba Jeet Singh Maharaj v Easter Media Group Ltd* [2010] EWHC (QB) 1294, § 5.

<sup>2206</sup> E. TAWIL, *Justice et religions*, op. cit., p. 236.

<sup>2207</sup> TGI Seine 29 octobre 1976, *JCP G* 1977, II-18664.

<sup>2208</sup> *R v Chief Rabbi of the United Hebrew Congregations of Great Britain and the Commonwealth, ex parte Wachman* [1992], op. cit.

<sup>2209</sup> *Ibid.*

<sup>2210</sup> Nouméa, 28 septembre 1987, *A.C.* 1987, p. 307-318.

<sup>2211</sup> E. TAWIL, « L'interprétation du droit canonique par les autorités séculières », *RDC*, 55, 2005, p. 320.

*essential agnostic view of the religious belief and a tolerant indulgence to religious and cultural diversity* »<sup>2212</sup>, ou l'opinion que le fait litigieux sort du strict domaine du religieux, « *it is just as well understood, however, that the divide is crossed when the parties to the dispute have deliberately left the sphere of matters over which the religious body has exclusive jurisdiction and engaged in matters that are regulated by the civil courts* »<sup>2213</sup>.

**922.** C'est donc avec prudence que les trois États ont cherché (et continuent de chercher) des réponses claires et respectueuses du droit civil, de la liberté de conscience et de religion, face à certaines problématiques religieuses portées à leur connaissance, réponses devant être considérées comme des exceptions à la règle de non-interférence qu'ils respectent tous.

Parce qu'ils ont cependant adopté des modèles différents en termes de relations Églises-État, les solutions offertes au niveau national sont très variées. Ainsi, là où la France et l'Italie vont éventuellement admettre le concubinage, voire la théorie du mariage putatif, pour pallier le défaut de reconnaissance civile du mariage exclusivement religieux, l'Angleterre va offrir la *presumption of marriage* ou le *trust*.

Là où les tribunaux français voient dans le refus de délivrer un *guet* un abus de pouvoir de la part du mari, l'Angleterre fait voter une loi spécialement consacrée à cette problématique, imposant aux époux juifs de régler tous leurs problèmes, y compris ceux religieux, lors d'une étape clé de la procédure de divorce.

Là où la France refuse de reconnaître sur le sol hexagonal les tribunaux religieux, les DROM constituant des cas à part, l'Angleterre tolère les *Sharia councils* quand l'Italie reconnaît pleinement la juridiction des tribunaux ecclésiastiques.

**923.** Précisons dès à présent que, seules les religions du Livre ayant établi des tribunaux religieux, la section qui s'ouvre s'intéressera plus particulièrement aux religions catholique, juive et musulmane. C'est ainsi que sera analysée la réaction des trois États face à l'épineux problème des mariages exclusivement religieux, en l'occurrence musulman (Section 1), puis celui des divorces religieux, en prenant le divorce juif pour exemple (Section 2). La place exacte des tribunaux religieux au sein des trois États sera

---

<sup>2212</sup> *Sulaiman v Juffali* [2002] 2 FCR 479 § 7.

<sup>2213</sup> *R (on the application of E) v Governing Body of JFS and the Admissions Appeal Panel of JFS and others* [2009] UKSC 15 § 158.



ensuite examinée, en évoquant tant les tribunaux musulmans en Angleterre que la place du *cadi* à Mayotte et le tribunal ecclésiastique en Italie (Section 3).

## **Section 1 : L'épineux problème des mariages religieux non reconnus – focus sur le mariage musulman**

**924.** Il arrive que des affaires, considérées de prime abord comme strictement religieuses, soient portées devant les tribunaux civils. Ces derniers ont alors la délicate tâche de devoir y remédier sans pour autant interférer ni avec la justice ni avec le droit religieux. Il en va ainsi du sujet particulièrement sensible du mariage religieux sans effets civils, un cas aujourd'hui notamment relevé dans la communauté musulmane.

**925.** À l'instar de n'importe quel autre citoyen, la femme de confession musulmane peut être amenée à se marier puis à clore un chapitre de sa vie, en se séparant de son conjoint. Néanmoins, entre la forme prise par le mariage musulman, fort peu procédurier, et la méconnaissance des us et coutumes du pays d'adoption de la plupart des populations immigrées de culte musulman, il s'avère que le problème des mariages religieux non reconnus par la loi civile est plus accentué aujourd'hui au sein des pratiquants de l'islam que d'autres religions.

Des études sur le terrain ayant cherché à quantifier ce problème évoquent des pourcentages élevés : ainsi, 27 à 52% des mariages musulmans aujourd'hui célébrés sur le sol anglais ne seraient pas des mariages reconnus par la loi civile anglaise<sup>2214</sup>.

Une enquête menée par *True Vision Aire* et *Channel 4* sur l'année 2016-2017 avance des chiffres encore plus préoccupants, concluant que 60% des neuf cent trois femmes musulmanes interrogées lors de leur reportage n'avaient pas contracté de mariages légalement valables aux yeux de la loi anglaise<sup>2215</sup>.

Si les chiffres anglais sont exacts, voire identiques en France ou en Italie, la situation est évidemment problématique : en effet, ces États refusent tous de reconnaître un mariage exclusivement religieux n'ayant pas respecté la loi civile (§1). Les juges nationaux

---

<sup>2214</sup> V. VORA, "The problem of unregistered Muslim marriage : questions and solutions", *Family Law*, 46, 2016, p. 95.

<sup>2215</sup> R. C. AKHTAR, "Modern Traditions in Muslim Marriage Practices, Exploring English Narratives", *Oxford JLR*, 7, 2018, p. 428. Documentaire à retrouver sur : <https://truevisiontv.com/films/details/295/the-truth-about-muslim-marriage>. Pour une critique du documentaire : <https://areomagazine.com/2017/12/07/does-channel-4s-documentary-provide-the-truth-about-muslim-marriage/>

ont alors recours à d'autres principes juridiques, tels la *presumption of marriage*, le *trust* ou le concubinage, pour ne pas laisser la femme non mariée totalement démunie (§2).

### **§ 1/ Un même refus de reconnaître un mariage exclusivement religieux ne respectant pas la législation civile**

**926.** Les trois États rejettent tous la possibilité de reconnaître des effets civils à un mariage exclusivement religieux, pour des raisons cependant articulées différemment en Angleterre, d'une part (A), en France comme en Italie, d'autre part (B).

#### **A/ Non- reconnaissance anglaise : le *non-marriage***

**927.** En Angleterre comme ailleurs, c'est le plus souvent la femme, dans le cas qui nous intéresse de confession musulmane, qui cherche conseil lorsque son mariage touche à sa fin<sup>2216</sup>, la procédure de la répudiation, le *talâq* prévu par la loi coranique, la plaçant dans une situation nettement désavantageuse.

Quelles que soient les raisons<sup>2217</sup> pouvant amener la femme ainsi concernée à finalement saisir les tribunaux civils, c'est en général à cette occasion qu'elle réalise qu'elle ne pourra jamais parvenir à obtenir un quelconque document attestant de la fin civile de son mariage, la loi civile ne la reconnaissant tout simplement pas comme étant mariée.

Il importe alors de comprendre si le mariage qui n'en est civilement pas un va être déclaré *void*, *voidable* ou *non*, c'est-à-dire n'ayant aucune existence (1), cette dernière solution étant celle majoritairement retenue par les tribunaux, comme l'atteste le récent arrêt *Akhter v Khan* (2). Si des voix s'élèvent pour tenter de modifier la position des tribunaux, perçue comme intransigeante (3), d'autres à l'inverse préconisent de ne pas y

---

<sup>2216</sup> V. VORA, "The problem of unregistered Muslim marriage : questions and solutions", *loc. cit.*, p. 95. Selon l'auteur qui s'appuie sur des statistiques mises à disposition par le *Sharia council* de Londres, 76% des personnes qui fréquentent les *Sharia councils* sont des femmes.

<sup>2217</sup> S'étant tournée vers un *Sharia council*, elle a pu être déçue par la décision préconisée. À l'inverse, satisfaite de son recours, elle a pu décider de suivre les conseils émis et se tourner vers la justice civile afin d'obtenir une pension alimentaire pour elle-même et/ou ses enfants, les instances religieuses ne s'engageant en général pas sur cette voie : *The independent review into the application of sharia law in England and Wales* (dit *Report into Sharia Law in the UK*), presented to Parliament on Feb. 2018 by the Secretary of State for the Home Department by command of Her Majesty, p. 15 : [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/678478/6.4\\_152\\_HO\\_CPGF\\_Report\\_into\\_Sharia\\_Law\\_in\\_the\\_UK\\_WEB.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/678478/6.4_152_HO_CPGF_Report_into_Sharia_Law_in_the_UK_WEB.pdf)

toucher, au nom du principe de liminarité (4).

### 1/ Concepts de *void*, *voidable* ou *non*

928. Un mariage non *valid* civilement a des répercussions particulièrement dures. Il ne peut pas entraîner de divorce, pas plus qu'il ne saurait mener à la nullité. Les récentes décisions jurisprudentielles anglaises, après avoir connu quelques soubresauts, sont désormais claires. Elles ont réitéré les distinctions à opérer entre mariage *void* ou *voidable*, selon le *precedent* établie dans l'arrêt *De Reneville v De Reneville*<sup>2218</sup> - ou encore *non* (a), cette dernière qualification étant celle généralement retenue en cas de mariage civilement non *valid* (b).

#### a/ *Void*, *voidable* ou *non-marriage*

929. Sans revenir de manière exhaustive sur les concepts de *void* et de *voidable*, rappelons les éléments suivants, afin de mieux les distinguer du *non-marriage*.

930. ***Void marriage***. - Dans le cas du mariage nul, le mariage est censé n'avoir jamais existé aux yeux de la loi. Il porte en lui-même un défaut fondamental relevant des liens prohibés, de l'âge des parties, du non respect des formalités et du statut non libre de l'une des parties<sup>2219</sup>, et cela, *ab initio*. En conséquence, rien ne peut permettre de considérer les parties comme étant unies par les liens du « mariage », même s'il y a eu une cérémonie qui y ressemble. En ce cas, il n'est même pas nécessaire de requérir et d'obtenir un *decree of nullity* pour annuler le soit disant « mariage », ce que l'on fera sans doute quand même à titre *declaratory* afin d'ôter tout doute quant au statut des parties.

931. ***Voidable marriage***. - Dans le cas du mariage annulable, le mariage est susceptible d'annulation : il reste donc valable jusqu'à ce que le juge le déclare nul, en cas de non-consommation du mariage (du fait d'une incapacité ou d'un défaut de volonté de l'un des conjoints) ; de défaut de consentement au mariage (en cas de dol, d'erreur ou encore d'un problème en lien avec les facultés mentales de l'une des parties) ; de maladie vénérienne

---

<sup>2218</sup> *De Reneville v De Reneville* [1948] 1 All ER 56, CA 60.

<sup>2219</sup> *MAC* de 1973, S. 11.

contractée à l'époque du mariage ; de grossesse de l'une des parties à l'époque du mariage, l'autre partie n'étant pas le procréateur ; d'un problème d'acquisition de genre en temps et en heure<sup>2220</sup>.

Puisqu'un mariage *voidable* est considéré comme valide jusqu'à ce que la cour le déclare annulé, et cela à la demande de l'une des deux parties et du vivant de ces dernières<sup>2221</sup>, l'intervention d'une instance judiciaire et la délivrance du précieux *decree* constituent ici autant d'étapes indispensables.

**932. Le non-marriage.** - Il existe, en parallèle de ces deux catégories, un troisième type de mariage, celui qui est « *non* »<sup>2222</sup>. Il n'est pas *void*, encore moins *voidable*. Sa formation est tellement viciée<sup>2223</sup> qu'il n'existe pas, il n'a jamais eu lieu. Dans ce dernier cas, aucun *decree of nullity*, aucun *decree absolute* ne sera accordé par les juges. Cela signifie qu'aucune demande de pension alimentaire, en partage de logement, en garde d'enfant, etc. ne pourra être déposée, encore moins accordée.

b/ *Non-marriage* en cas de mariage non *valid*

**933. Importance des faits.** - Pour qualifier un mariage de *void*, *voidable* ou *non*, les faits vont être déterminants, les juges recherchant tout ce qui pourra les guider à adopter telle solution plus qu'une autre. Certains éléments parlent d'eux-mêmes : une grossesse, un lien de consanguinité. Cela s'avère plus délicat dès lors qu'un élément religieux s'invite à la cérémonie dénuée de tout revêtement civil. Les juges vont donc s'interroger sur la réelle volonté des parties à effectivement vouloir s'engager. L'attitude du célébrant sera également prise en compte : pensait-il être en présence d'un vrai mariage, créant force de loi ? Le mariage a-t-il eu lieu dans un bâtiment prévu à cet effet, donc dans *a place of worship, duly registered* ? Le célébrant était-il *authorised* à ainsi officier ? Qu'un élément autre que ceux énumérés aux articles 11 et 12 du *MAC* de 1973 vienne à être identifié, et le mariage risque fort d'être déclaré *non*, comme vient de le confirmer un récent arrêt de la *Court of Appeal*.

---

<sup>2220</sup> *MAC* de 1973, S. 12.

<sup>2221</sup> *Ibid.*, S. 3.

<sup>2222</sup> R. ROBERT, "The evolving concept of "non-marriage"", *CFLQ*, 25, 2013, p. 318.

<sup>2223</sup> S. GILMORE & L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law, op. cit.*, p. 11.

## 2/ L'arrêt *Akhter v Khan*

**934. Les faits.** - L'affaire *Akhter v Khan* tranchée par la *Court of Appeal* en matière de mariage non valable nous ramène en 1998, date à laquelle un couple se marie à Londres selon la tradition du *nikah*, du mariage musulman. L'imam qui officie n'est pas répertorié en tant que personne *authorised*, le restaurant où se déroule la cérémonie n'est pas *registered*. À l'époque, les parties, sachant pertinemment que ce qu'elles venaient de faire ne constituait en rien un mariage légalement reconnu en Angleterre, avaient convenu qu'un mariage civil suivrait. Le temps passe, quatre enfants naissent, la famille déménage même un temps à Dubaï ; si la question du mariage civil est régulièrement posée par l'épouse, elle est systématiquement écartée par le mari. Quand les violences conjugales se multiplient, l'épouse lance finalement une procédure de divorce en novembre 2016. Si l'on se réfère au paragraphe précédent, le « mariage » a toutes les chances d'être qualifié de *non*, interprétation rejetée cependant en première instance (a) avant d'être réaffirmée en appel (b).

### a/ Première instance

**935. Jugement.** - En 2018, le juge Williams<sup>2224</sup>, contre toute attente, c'est-à-dire contre tout *precedent*, et donc à la surprise générale, suggère en première instance un nouveau concept, celui d'une nouvelle « approche », plus « souple », moins « rigide », qu'à l'accoutumée<sup>2225</sup>, non sans rappeler le principe du mariage putatif latin. Le raisonnement du juge est le suivant : une cérémonie uniquement religieuse, en l'occurrence musulmane, ne respectant pas la législation civile, ne doit pas être déclaré *non-marriage* mais peut, et même doit se voir qualifier de *void marriage*. Ce faisant, la cérémonie dite du *nikah* deviendrait susceptible d'un décret en nullité, *a decree of nullity*, et ouvrirait le droit à l'épouse de réclamer une indemnité financière, aux termes de l'article 11 du *Matrimonial Causes Act* de 1973.

**936. Motivations.** - Le juge Williams estime en effet que le couple, certes marié religieusement sans respect des prescriptions matrimoniales anglaises mais affirmant qu'il

---

<sup>2224</sup> *Akhter v Khan* [2018] EWFC 54.

<sup>2225</sup> Le terme est employé de nombreuses fois dans l'argumentaire du juge, mais on le retrouve en particulier au § 94 de l'arrêt *Akhter v Khan*.

y aurait un jour une cérémonie civile qui régularisait la situation, par la suite parents de quatre enfants, ne peut pas être qualifié de « non-existant » : il porte en lui une certaine réalité. Qui plus est, une cérémonie a bien eu lieu.

Le juge estime que la notion de *non-marriage* ne peut pas s'appliquer ici et devrait même être abolie : « *In my view the expression non-marriage should be reserved only to those situations such as acting or children playing where there has never been any intention to genuinely create a marriage* »<sup>2226</sup>. On ne saurait en effet comparer deux acteurs qui se marient pour les besoins d'un film et deux personnes qui célèbrent quelque chose qui ressemble, même de loin, à un mariage, avec leurs familles et amis, qui vivent ensuite ensemble et ont des enfants.

Le mariage, précise le juge, s'est en outre déroulé dans un restaurant, en public, avec des témoins et un imam : la cour n'est pas donc en présence d'un *clandestine marriage*, comme cela peut arriver<sup>2227</sup>.

Enfin, le juge invoque les articles 8 et 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, relatifs au droit au respect de la vie privée et familiale et au droit au mariage<sup>2228</sup>.

#### b/ Appel

**937. Appel.** - La position du juge Williams est totalement infirmée en appel<sup>2229</sup>, et cela à l'unanimité, au nom de plusieurs arguments.

**938. Argument 1.** - Premièrement, la Cour d'appel balaie l'approche souple prônée par le juge de première instance, qui permettait l'interprétation de l'article 11 du *MAC* au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour d'appel rappelle que, bien évidemment, les articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 12 (droit de se marier et de fonder une famille) de la CEDH, ainsi que l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention (droit au respect de ses biens), sont fondamentaux. Mais, précise la Cour, l'article 8 ne peut être interprété comme imposant à

---

<sup>2226</sup> *Ibid.*, § 81.

<sup>2227</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>2228</sup> *Ibid.*, en particulier les § 93 et 94.

<sup>2229</sup> *Akhter v Khan - Her Majesty's Attorney General (Appellant) v Nasreen Akhter and Mohammed Shabaz Khan (Respondents) and Fatima Mohammed Hussain and Southall Black Sisters (Interveners)* [2020] EWCA Civ 122. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/02/Akhter-Approved-final-jmt-002.pdf>

l'État l'obligation de reconnaître un mariage religieux : « (...) *Article 8 cannot be interpreted as imposing an obligation on the State to recognise religious marriage* »<sup>2230</sup>. Lorsque ledit État se refuse à reconnaître un tel mariage, il n'est nullement en violation des droits mentionnés<sup>2231</sup>. De même, refuser un *decree of nullity* n'entre en rien dans les prérogatives de l'article 8 de la CEDH<sup>2232</sup>.

**939. Argument 2.** - Deuxièmement, la Cour réitère le *precedent* établi : lorsqu'une cérémonie religieuse n'est pas « qualifiante », c'est-à-dire qu'elle ne respecte pas les prescriptions de la loi anglaise, les juges se trouvent face à une situation de *non-marriage*, non pas de *void marriage*.

Les juges en profitent pour rappeler ces prescriptions dans le cas d'un mariage non-anglican, non-juif ou non-quaker : bâtiment enregistré, publication des bans auprès de l'officier d'état civil, émission d'un certificat, présence de l'officier d'état civil ou d'une personne autorisée, « *The parties were not marrying "under the provisions" of Part II of the 1949 Act. The ceremony itself would have been permitted under s. 44 if it had been performed in a registered building, but it was not. In addition, no notice had been given to the superintendent registrar, no certificates had been issued, and no registrar or authorised person was present at the ceremony* »<sup>2233</sup>.

**940. Argument 3.** - Surtout, précisent les juges, les parties savaient parfaitement ce qu'elles faisaient et n'ignoraient pas qu'une cérémonie civile postérieure serait nécessaire pour rendre leur mariage *valid* : « (...) *the parties knew that the ceremony had no legal effect and that they would need to undertake another ceremony which complied with the requirements of the 1949 Act if they were to be validly married* »<sup>2234</sup>.

Le fait qu'il y ait des enfants ne change rien à la situation : « *The determination of whether a marriage is void or not cannot, in our view, be wholly (or in part) dependent on future events, such as the intention to undertake another ceremony or whether there are children* »<sup>2235</sup>.

---

<sup>2230</sup> *Ibid.*, § 102.

<sup>2231</sup> *Ibid.*, § 106 (i).

<sup>2232</sup> *Ibid.*, § 106 (ii).

<sup>2233</sup> *Ibid.*, § 123.

<sup>2234</sup> *Ibid.*, § 123.

<sup>2235</sup> *Ibid.*, § 103.

941. En conclusion, ce mariage a bien toutes les caractéristiques d'un *non-marriage*, et non pas d'un *void* : « (...) *the December 1998 ceremony did not create a void marriage because it was a non-qualifying ceremony* »<sup>2236</sup>.

### 3/ Accueil de la décision judiciaire

942. Le débat est, à ce jour, judiciairement clos mais continue de susciter des réactions, en particulier de la part des défenseurs de la laïcité (a), de ceux qui demandent une intervention de la Cour suprême (b), de ceux qui voient là une source de discrimination (c).

#### a/ Position de la NSS

943. **NSS.** - Pour les défenseurs d'une séparation de l'Église et de l'État, et en particulier la *National Secular Society*, ce dernier arrêt de la Cour d'appel souligne d'autant plus le besoin d'une réforme en profondeur du droit des couples anglais.

La NSS insiste pour que le modèle français soit adopté<sup>2237</sup>, que seul l'officier d'état civil gère le domaine matrimonial, que les notions de *registered buildings* soient abandonnées : « *What determines a marriage's legal status should be the registration process, and not the building where it takes place.* »<sup>2238</sup>.

#### b/ Pour une intervention de la Cour suprême

944. **Intervention de la Cour suprême.** - Pour d'autres<sup>2239</sup>, il n'est nul besoin d'aller si loin, de réviser le droit des couples anglais dans sa globalité, donc de faire intervenir le Parlement.

Il serait en revanche, opportun que la *Supreme Court* se penche sur la question<sup>2240</sup>. Car, en l'état des choses, et toujours en lien avec les conséquences induites par le système du *leave to appeal*, l'ultime cour n'a pas eu l'occasion récente de se pencher sur ce genre

---

<sup>2236</sup> *Ibid.*, § 123.

<sup>2237</sup> *National Secular Society* : <https://www.secularism.org.uk/opinion/2012/12/is-it-time-to-separate-church-and-state-in-marriage> + <https://www.secularism.org.uk/uploads/briefing-reform-marriage-laws.pdf>

<sup>2238</sup> <https://www.secularism.org.uk/news/2020/02/islamic-marriage-invalid-under-english-law-court-rules>

<sup>2239</sup> M. FISHER, S. SALEEM & V. VORA, "Islamic Marriages: Given the independent review into the application of Sharia Law in England and Wales, what is the way forward? ", *Family Law*, 2018, p. 552 et s.

<sup>2240</sup> *Ibid.*, p. 556.



de problématiques. C'est donc à la Cour d'appel plus souvent qu'à son tour de se prononcer en la matière, une cour qui semblerait favoriser la notion de *non-marriage* en cas de mariages religieux lorsque ces derniers s'avèrent litigieux : « *it is clear the concept (of non-marriage) has the approval of the penultimate Court of Appeal* »<sup>2241</sup>.

#### c/ Potentielle source de discrimination

**945. Discrimination.** - Les décisions de la Cour d'appel seraient en outre discriminantes, certains auteurs<sup>2242</sup> notant que des mariages, comparables à celui ayant fait l'objet de l'arrêt commenté, c'est-à-dire non enregistrés civilement, célébrés par une personne non autorisée, vis-à-vis de couples sachant très bien ce qu'ils faisaient et surtout ce qu'ils ne faisaient pas, ont déjà par le passé reçu le label de *void marriage*, et absolument pas celui de *non-marriage*. Mais ces mariages, précisent-ils, n'étaient pas musulmans.

**946. Gereis v Yagoub.** - Il est vrai que les arrêts cités par ces mêmes auteurs semblent aller dans ce sens<sup>2243</sup>, à l'instar de l'affaire des époux Gereis et Yagoub<sup>2244</sup>, dont le mariage selon le rite de l'Église copte orthodoxe s'était déroulé dans une église non enregistrée, sous les auspices d'un pape non autorisé, sans qu'aucune déclaration n'ait été effectuée auprès de la mairie locale.

Le mariage a cependant été déclaré *void*, et non pas *non*, car, selon le juge Aglionby, il donnait toutes les apparences, tous les signes distinctifs d'un mariage reconnu comme tel, exception faite du respect de certains critères imposés par la loi « *(it) gave all the appearance of and had the hallmarks of a marriage that would be recognised as a marriage but for the requirements of the Marriage Act* »<sup>2245</sup>. Parce qu'il a pu être déclaré *valid marriage*, un *decree of nullity* a pu alors être accordé.

Le fait que le juge ajoute ensuite que la cérémonie ressemblait à « *an ordinary Christian marriage* »<sup>2246</sup> pourrait sembler constituer l'une des preuves de la discrimination

---

<sup>2241</sup> V. LE GRICE, "A critique of non-marriage", *Family law*, 2018, p.1278.

<sup>2242</sup> C. BARTON & R. PROBERT, "The status of a religious-only marriage: valid, void or "non"? Akhter v Khan", *Family Law*, 48, 2018, p. 1543.

<sup>2243</sup> M. FISHER, S. SALEEM & V. VORA, *loc. cit.*, p. 554.

<sup>2244</sup> *Gereis v Yagoub* [1997] 1 FLR 854.

<sup>2245</sup> M. FISHER, S. SALEEM & V. VORA, "Islamic Marriages: Given the independent review into the application of Sharia Law in England and Wales, what is the way forward? ", *loc. cit.*, p. 554.

<sup>2246</sup> *Ibid.*

faite entre les mariages religieux musulmans, vite déclarés *non*, et ceux des autres religions, déclarés eux *void*.

**947. *Ghandi v Patel et Hudson v Leigh*.** - L'argument de la discrimination inter-religieuse ne convainc cependant guère, comme l'attestent d'autres arrêts contredisant ce dernier point.

Ainsi, un mariage hindouiste, célébré dans un restaurant non *registered*, par un brahmane non *authorised*, sans qu'aucune procédure civile n'ait été respectée, s'est vu lui aussi qualifié de *non-marriage*<sup>2247</sup>.

De même, une cérémonie chrétienne, qui aurait dû être suivie d'un mariage civil, ceci afin de concilier les convictions religieuses des deux parties (elle, étant chrétienne, lui, étant athée), célébrée par un ministre du culte n'ayant pas prononcé certains mots<sup>2248</sup>, ni fait signer le registre de mariage, puisque persuadé qu'une cérémonie civile aurait lieu ultérieurement, a été déclaré *non*<sup>2249</sup>.

Le concept du *non-marriage* n'est donc pas l'apanage exclusivement réservé aux mariages musulmans.

**948. *MA v JA*.** - En outre, et cette fois *a contrario*, on peut citer l'arrêt *MA v JA*<sup>2250</sup> impliquant un couple uni en 2002, dans une mosquée *registered*, par un imam *authorised*, persuadé d'être légitimement marié selon les lois anglaises.

Il manquait pourtant certains éléments pour en faire un mariage valide, fait que n'ignorait pas l'imam mais que ce dernier n'avait pas communiqué au couple.

En 2009, le couple cherche à obtenir un *marriage certificate* et réalise alors que son mariage n'a pas été dûment enregistré par les autorités civiles.

Saisi de la question, le juge Moylan décide qu'en l'occurrence, même si toutes les formalités n'ont pas été respectées (en particulier celle de la *notice*), le mariage en lui-même doit être considéré comme un de ceux envisagés par la loi, « *of the kind contemplated by the Marriage Acts* », puisqu'il a eu toutes les « *hallmarks of a valid marriage* »<sup>2251</sup>. De manière fondamentale, les parties n'avaient en outre jamais

---

<sup>2247</sup> *Ghandi v Patel* [2002] 1 FLR 603.

<sup>2248</sup> Arrêt sud-africain *Hudson v Leigh* [2009] EWHC 1306. Le ministre du culte n'a pas demandé si l'une des personnes dans l'assistance avait des raisons d'empêcher ce mariage, n'a pas déclaré les époux « *lawful husband or wife* » ni « *lawfully married* ».

<sup>2249</sup> S. GILMORE & L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>2250</sup> *MA v JA and the Attorney-General* [2012] EWHC 2219.

<sup>2251</sup> S. GILMORE & L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, *op. cit.*, p. 12-13.

délibérément eu l'intention d'enfreindre la loi, « *the parties did not 'knowingly and wilfully breach' the requirements of the Marriage Acts* »<sup>2252</sup>.

**949. En conclusion.** - Ce qui compte aux yeux des juges anglais dans la qualification d'un mariage *valid*, *void* ou *non*, c'est donc, d'une part, l'intention première des parties ainsi que celle du ministre du culte, les magistrats s'attachant à comprendre si la loi a été délibérément enfreinte ou non.

Sera, d'autre part, prise en compte la forme adoptée par la cérémonie, qui doit être une forme connue et reconnue par la loi anglaise, capable de produire un mariage valide<sup>2253</sup>.

Autrement dit, face à une situation douteuse, il faut chercher à comprendre « *(a) whether the ceremony or event set out or purported to be a lawful marriage; (b) whether it bore all or enough of the hallmarks of marriage; (c) whether the three key participants (most especially the officiating official) believed, intended and understood the ceremony as giving rise to the status of lawful marriage [I was referring to lawful under English law]; and (d) the reasonable perceptions, understandings and beliefs of those in attendance* »<sup>2254</sup>.

Une affaire portée devant la *Supreme Court* au nom de l'argument de la discrimination interreligieuse aurait peu de chance de lui faire infléchir sa doctrine en matière de *non* ou de *void marriage*. Ce qui prévaut pour les juges, c'est de pouvoir continuer à distinguer entre les couples qui ont cru, sincèrement et en toute innocence, être mariés, et ceux qui ont volontairement bafoué la loi. Dans le premier cas, le mariage sera classé *valid* ou *void*. Dans le second, *non*. Raisonnement de pure *Common Law* et d'*Equity*.

#### 4/ Principe de liminarité

**950. Concept de liminarité.** - Quelle que soit la raison avancée - plus d'égalité entre les religions, meilleure protection des personnes faibles, en l'occurrence des femmes en général, musulmanes en particulier, simplification des procédures - , beaucoup sont convaincus qu'il est devenu nécessaire, voire urgent, d'effectuer une refonte en profondeur

---

<sup>2252</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>2253</sup> *R v Bham* [1966] 1 QB 159 : ce qui est envisagé par la loi « *was the performing of a ceremony in a form known to and recognised by our law as capable of producing, where there performed, a valid marriage* ». En l'espèce, le « mariage » s'était tenu dans une maison individuelle.

<sup>2254</sup> *Hudson v Leigh* [2009] EWHC 1306.

du droit anglais des couples, et en particulier de cette notion de *non-marriage*, trop souvent synonyme de mariage musulman non enregistré, avec toutes les conséquences que cela entraîne.

Le problème, d'un point de vue plus anthropologique que juridique, est cependant de comprendre si refonder la loi est la seule, voire la meilleure des solutions.

En effet, selon Madame Rajnaara C. Akhtar, nos sociétés européennes, face à l'immigration en particulier récente, sont en pleine phase de transition. Si l'on se fonde sur le concept de liminarité, on peut arriver à voir dans la situation ci-dessus évoquée non pas des signes d'isolation, de repli communautariste, mais à l'inverse, d'intégration. C'est là tout le sens de son article paru en 2018 : « *This article uses the concept of liminality to argue that these relationships may in fact indicate signs of integration, not isolation* »<sup>2255</sup>.

**951. Période de transition.** - Il faut comprendre le concept de liminarité comme un processus de transition, d'un ensemble de normes culturelles à un autre<sup>2256</sup>.

Comme le dit Monsieur Jean-Yves Dartiguenave, la liminarité, ce terme introduit par l'anthropologue Van Gennep, ne signifie pas seulement « une des phases des rites de passage. Elle nous paraît renvoyer plus largement à un processus proprement anthropologique par lequel les participants à l'acte rituel se distancient des conventions et prescriptions attachées à ce dernier. Cette distanciation à l'égard du contenu du rituel ouvre l'accès à la *communitas* existentielle, c'est-à-dire à un « vivre et sentir communautaire » à partir duquel les acteurs sociaux se réapproprient singulièrement le rituel. Ce passage du rituel à la *communitas* existentielle emprunte ainsi un trajet anthropologique qui constitue la condition essentielle à la revivification permanente du rituel »<sup>2257</sup>.

La liminarité est donc l'une des phases des rites de passage parmi deux autres, soit « la période de marge (phase liminaire) des rites de passage, située entre les séquences cérémonielles de la séparation (phase pré-liminaire) et de l'agrégation (phase post-liminaire) »<sup>2258</sup>.

**952. Les trois phases.** - Séparation, marge, agrégation : trois phases, trois évolutions, trois concepts.

---

<sup>2255</sup> R. C. AKHTAR, "Modern Traditions in Muslim Marriage Practices, Exploring English Narratives", *loc. cit.*, p. 427.

<sup>2256</sup> *Ibid.*

<sup>2257</sup> J.-Y. DARTIGUENAVE, « Rituel et Liminarité », *Sociétés*, 2012, n° 115, p. 81.

<sup>2258</sup> *Ibid.*

La « séparation » doit se comprendre comme le détachement d'une position ou d'une place préexistante dans une société X ; la « marge » comme le passage à un nouveau monde, différent de celui d'avant, période ambiguë s'il en est, quand l'« agrégation » voit naître une nouvelle personne, transformée, occupant une nouvelle place dans une nouvelle société<sup>2259</sup>.

**953. Communauté musulmane.** - L'article de Madame Rajnaara C. Akhtar conclut<sup>2260</sup> que la communauté musulmane britannique est en pleine marge, en plein processus de transition culturelle, tout en étant loin d'être un îlot isolé.

Si l'on tient compte du fait que le choc culturel vécu par les ressortissants de cette communauté est bien plus fort que celui qu'ont pu vivre les générations précédentes d'immigrés venus d'autres États européens (sans le minimiser pour autant), on peut comprendre qu'il faudra plus de temps pour ces communautés pour être parfaitement intégrées.

En attendant cette intégration, il existe une sorte de cohabitation des normes sociales, permettant à certaines relations familiales de se développer en parallèle du droit étatique familial, en toute connaissance de cause. D'où le mariage non enregistré, où l'on fait la part belle au rite, au détriment du droit : « *celebrating rites and conceding rights* »<sup>2261</sup>.

Si l'on suit ce raisonnement, il ne faut surtout rien changer au modèle étatique actuel, l'agrégation étant amenée à se réaliser un jour et faisant reprendre à tous un rythme commun, selon un schéma déjà établi. Reste que la phase liminaire peut rester en flux permanent, nous précise l'auteur<sup>2262</sup>. La question de savoir si l'on doit changer la loi reste donc ouverte à ce jour.

## **B/ Non-reconnaissance française et italienne**

**954.** Outre-Manche, les mariages strictement religieux ne sont guère plus tolérés. Pour ce faire, les autorités françaises se placent sous l'angle de la primauté du mariage civil (1),

---

<sup>2259</sup> R. C. AKHTAR, "Modern Traditions in Muslim Marriage Practices, Exploring English Narratives", *loc. cit.*, p. 431.

<sup>2260</sup> *Ibid.*, p. 451.

<sup>2261</sup> R. C. AKHTAR, "Unregistered Muslim Marriages: An Emerging Culture of Celebrating Rites and Conceding Rights", in J. MILES, P. MODY & R. PROBERT (dir.), *Marriage rites and rights*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 167.

<sup>2262</sup> R. C. AKHTAR, "Modern Traditions in Muslim Marriage Practices, Exploring English Narratives", *loc. cit.*, p. 451.

quand celles italiennes distinguent les confessions avec ou sans Concordat/entente, ayant obtenu pour leurs ministres du culte l'autorisation de célébrer le mariage ou non ; en fonction, le défaut de respect des formalités préliminaires conduira à des sanctions administratives ou à la non-reconnaissance du mariage (2).

## **1/ Primauté du mariage civil**

**955.** Face à une situation qui sera plus ou moins identique à celle évoquée précédemment en Angleterre, la France a opté pour une stratégie à la fois différente et proche. En tout état de cause, ayant adopté une position extrêmement ferme en la matière, les tergiversations n'ont guère cours dans les prétoires français.

**956. Mariage exclusivement civil.** - Pour un juge comme pour un législateur français, le mariage doit être civil. Libres aux uns et aux autres de le faire suivre (et non pas précéder) d'une cérémonie confessionnelle, quelle que soit la religion, mais cette dernière ne confèrera jamais d'effet civil.

**957. Comparaison avec l'arrêt *Akhter v Khan*.** - Comparaison n'est pas raison. Transposons cependant le cas opposant les époux Akhter-Khan en France : on aboutirait facilement à la même conclusion que les Anglais. Un juge français déclarerait *a priori* lui aussi que ce « mariage » n'en est pas un, qu'il est inexistant, constituant « un mariage apparent sans réalité »<sup>2263</sup>. Le mariage, non célébré devant l'officier d'état civil de la mairie du domicile de l'un des deux époux<sup>2264</sup> ne serait tout simplement pas reconnu civilement. L'imam, ne s'étant pas assuré de la célébration préalable d'un mariage civil, serait même peut-être soumis aux sanctions de l'article 433-21 du Code pénal<sup>2265</sup>, mais il faudrait pour cela prouver qu'il a agi là de manière habituelle.

**958. Fin de la comparaison.** - La comparaison s'arrête cependant là.

Le raisonnement du juge français n'est en effet pas du tout motivé de la même manière qu'outre-Manche. Le magistrat français ne cherchera pas à savoir si le mariage

---

<sup>2263</sup> J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé, op. cit.*, p. 57.

<sup>2264</sup> C. civ., art. 165.

<sup>2265</sup> C. pén., art. 433-21 : « Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ».

religieux célébré sur le territoire hexagonal ressemble plus ou moins à un mariage, civil ou non ; il ne se posera pas la question des réelles intentions des parties. Il se contentera, de manière très factuelle, très pragmatique, de noter l'absence de mariage civil. Cette absence de mariage civil entraîne la non-reconnaissance du mariage par l'État. Dans ce cas, aucun divorce ou nullité ne peut être en conséquence reconnu(e) par ce même État.

**959. Application du raisonnement à l'arrêt *MA v JA*.** - Dans le prolongement de ce qui précède, et en présence cette fois de l'arrêt *MA v JA*, le juge français appliquera le même raisonnement : le couple, convaincu d'être légitimement uni par un imam dans une mosquée, s'étant néanmoins également abstenu de passer en mairie, ne sera pas plus déclaré mari et femme que les Akhter-Khan. Encore une fois, un mariage français juridiquement valable doit être civil. Les circonstances autour du mariage religieux n'auront pas, en France, plus d'impact dans un cas que dans l'autre.

Le principe se veut intangible, appliqué de manière rigoureuse, même dans l'hypothèse où une union serait célébrée *in extremis* par un prêtre appelé au chevet d'un mourant<sup>2266</sup>.

Pour certains auteurs, en se plaçant ainsi sous l'angle de la constatation de l'absence de mariage civil, on exclue toute théorie de la nullité ou de l'inexistence<sup>2267</sup>. On peut cependant, dans certaines circonstances, voir dans l'absence de mariage civil un mariage clandestin, c'est-à-dire un mariage sans publicité préalable, avec intention des parties d'éviter ladite publicité ; dans ce cas, c'est bien la théorie de la nullité absolue, pour empêchement dirimant à mariage, qui sera évoquée<sup>2268</sup>. Par ailleurs, le terme « inexistant » est bien celui utilisé par les juges en cas de mariage putatif<sup>2269</sup>.

## 2/ Sanctions administratives et inexistance

**960. Sanctions.** – Il est impératif qu'un couple italien obtienne son *nulla osta* avant de pouvoir envisager toute cérémonie religieuse. Cela implique qu'il se soit rendu à la mairie afin que l'officier d'état civil puisse procéder à la *pubblicazione*. Le non-respect de la

---

<sup>2266</sup> Bordeaux 16 juin 1937, *DH*, 1937, 539.

<sup>2267</sup> J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé*, *op. cit.*, p. 62. Principe qui connut son heure de gloire au XIX<sup>e</sup> siècle, selon l'adage napoléonien « Il ne faut pas mêler ensemble les cas où le mariage n'existe pas et ce où il peut être cassé ».

<sup>2268</sup> V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 114 et s.

<sup>2269</sup> Cf. *infra* n° 981 et s.

procédure de publication entraîne l'impossibilité de célébrer le mariage<sup>2270</sup>. Si ce dernier devait quand même avoir lieu, il ne serait pas déclaré nul ou annulable, il ouvrirait simplement de potentielles sanctions administratives à l'encontre des époux et de l'officier d'état civil<sup>2271</sup>.

**961. Mariage inexistant.** - Cette remarque ne vaut cependant que dans le cas d'un mariage religieux valide et existant, c'est-à-dire célébré sous les auspices d'une religion liée à l'État par un concordat, une entente, voire sans entente mais avec ministres du culte agréés par le Ministère de l'Intérieur. Dans le cas d'un mariage religieux selon un rite ne bénéficiant ni d'*intesa* ni de ministres du culte déclarés - donc ne pouvant pas, par définition, être approuvés selon les termes de la loi de 1929<sup>2272</sup> - il en va différemment : le mariage est alors considéré comme inexistant par la loi civile. En conséquence, un tel mariage ne pourrait jouir d'aucune reconnaissance étatique.

**962. Conclusion § 1.** – Pour des raisons tenant à la spécificité des régimes choisis par chaque État, qu'il soit établi, laïc ou concordataire, l'Angleterre, la France et l'Italie rejettent de manière unanime le mariage exclusivement religieux ignorant les exigences fixées par la loi civile. Elles offrent toutes néanmoins des solutions de secours, afin de compenser les rigueurs de ce strict principe.

## **§ 2 : Solutions en cas de mariage non reconnu valable par le droit civil**

**963.** En cas de mariages civilement non valables, l'État français et italien comme les tribunaux anglais se sont adaptés afin de ne pas laisser un vide juridique s'installer. La solution latine consistant à reconnaître aux couples ainsi formés un statut de concubins, voire, en cas d'enfants nés, à envisager le mariage putatif (A) ayant été rejetée par l'Angleterre, cette dernière s'est tournée vers les principes de *presumption of marriage* et de *trusts* (B). Des différences théoriques indéniables, très relatives en pratique.

---

<sup>2270</sup> C. c., art. 99.

<sup>2271</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico, op. cit.*, p. 164.

<sup>2272</sup> L. 24 giugno 1929, n° 1159 - *Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi*, G.U. 16 luglio 1929 n° 164.



## A/ Solution latine : concubinage et mariage putatif

964. La France et l'Italie offrent à un couple dont le mariage religieux n'est pas reconnu valable, la solution du concubinage (1), voire, en droit français, celle du mariage putatif (2).

### 1/ Concubinage

965. **Concubinage.** - En présence d'un mariage religieux déclaré sans effet civil, ressemblant à un *non-marriage*, le juge français comme italien pourra toujours envisager la solution du concubinage, le principe s'articulant de manière relativement similaire dans les deux États (a), bien que de réelles différences existent de part et d'autre des Alpes (b).

#### a/ Un même principe reconnaissant le concubinage

966. **CEDH.** - Il est devenu rare de nos jours que deux personnes s'engagent dans une union matrimoniale sans faire précéder cette dernière d'une période de cohabitation propice à apprendre à vivre à deux, à construire son couple « à petits pas », selon l'expression du sociologue Jean-Claude Kaufman<sup>2273</sup>.

Si cette période dite « de fait » constitue souvent l'antichambre du mariage, se voulant donc transitoire, elle peut également perdurer, le passage en mairie n'ayant rien d'obligatoire.

Ce faisant, se pose la question de savoir quelle efficacité juridique accorder à une telle relation. La CEDH a déjà eu l'occasion de préciser que le droit à la vie familiale, tel qu'énoncé en son article 8, vise aussi bien les familles fondées sur le mariage que les couples de fait<sup>2274</sup> : « La Cour rappelle que le concept de « vie familiale » visé par l'article 8 ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage mais peut englober d'autres relations *de facto* (...). Pour déterminer si une relation s'analyse en une « vie familiale », il peut se révéler utile de tenir compte d'un certain nombre d'éléments, comme le fait de savoir si les membres du couple vivent ensemble et depuis combien de temps, et s'ils ont

<sup>2273</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 399.

<sup>2274</sup> CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74 ; *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, n° 16969/90 ; *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, n° 18535/91 ; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, n° 21830/93.

eu des enfants ensemble, de manière naturelle ou autre, preuve de leur engagement l'un envers l'autre »<sup>2275</sup>.

**967. Une union stable.** - Tant du côté français qu'italien, il est clair que seules les unions ayant un caractère stable peuvent se voir reconnaître un statut, excluant donc toute aventure sans lendemain ou autre union libre, comme le précisent aussi bien l'article 515-8 du Code civil<sup>2276</sup> que l'article 1 alinéa 36 de la loi italienne de 2016<sup>2277</sup> : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe qui vivent en couple », « *Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile* »<sup>2278</sup>.

Les textes ne précisant pas s'il faut, par stabilité, entendre une durée minimum, on en déduira *a contrario* que cet élément sera apprécié au cas par cas par les juges<sup>2279</sup>.

**968. Entre adultes avec un projet de vie.** – Les lois franco-italiennes précisent en outre que cette façon de vivre est ouverte à deux majeurs désireux de vivre ensemble (loi française), selon un projet de vie commune<sup>2280</sup> (loi italienne), excluant *ipso facto* les relations simplement amicales ou encore les « troupes »<sup>2281</sup> et autre situation polygamique de fait.

Il faut donc, pour reprendre les mots de Monsieur Jean Garrigue, rassembler trois critères pour se voir reconnaître un statut de concubins - d'unions civiles : « stabilité », « continuité » et « dualité »<sup>2282</sup>.

---

<sup>2275</sup> CEDH, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, n° 21830/93, § 36.

<sup>2276</sup> C. civ., art. 515-8, issu de la Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF n° 265 du 15 novembre 1999.

<sup>2277</sup> L. 20 maggio 2016, n° 76 - *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, G.U. del 21 maggio 2016 n° 118.

<sup>2278</sup> Nous soulignons.

<sup>2279</sup> F. LONGO, *I nuovi modelli di famiglia*, op. cit., p. 115.

<sup>2280</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>2281</sup> Ou triade, couple à trois : <https://www.familles-lgbt.com/troupe-couple-a-trois/>

Le principe du troupe a été reconnu en Colombie. V. également V. PRIETO, "Religion and the Secular State in Colombia", in R. V. SOUZA ALVES, *Latin American perspectives on law and religion*, Cham, Springer, 2020.

<sup>2282</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille*, op. cit., p. 402.

**969. Fin du concubinage.** – Enfin, il est possible de mettre fin à tout moment et de manière extrêmement simple à ce type d’union, la seule volonté suffisant en l’espèce.

#### b/ Différences franco-italiennes

**970.** Si le principe même du concubinage est reconnu de part et d’autres des Alpes, les différences sont finalement assez nombreuses entre les deux législations.

**971. Code c. loi.** – On notera tout d’abord que la loi française a intégré le principe du concubinage dans son Code civil, ce que n’a pas fait l’Italie.

En soi, cela ne minimise en rien la force de la loi n° 76 de 2016<sup>2283</sup> et ne contrevient à aucune règle, la codification d’une loi n’ayant pas de caractère impératif. Certains auteurs italiens<sup>2284</sup> regrettent toutefois cet état des choses, pouvant induire chez le citoyen le sentiment, erroné, que la loi est inférieure au code, qu’elle n’en fait pas partie intégrante. Par ailleurs, la loi italienne de 2016 visant le concubinage s’intéresse également aux unions civiles de personnes de même sexe, le tout en un seul article aux nombreux alinéas, rendant la lecture du texte juridique mal aisée. À l’inverse, la loi italienne a le mérite de préciser de nombreux points relatifs au concubinage, renforcés qui plus est par les trois décrets législatifs de 2017<sup>2285</sup>, quand le droit français s’avère relativement épars, en particulier en matières sociale et pénale.

**972. Situation de fait c. situation juridique.** - Au-delà de cet aspect formaliste, les droits français et italien s’opposent surtout sur le fond.

En effet, là où le droit français voit une situation non pas juridique mais

---

<sup>2283</sup> L. 20 maggio 2016, n° 76 - *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, G.U. del 21 maggio 2016 n° 118.

<sup>2284</sup> M. SESTA, « La disciplina dell’unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare », *Fam. e dir.*, 10, 2016, p. 881.

<sup>2285</sup> *Decreto legislativo, 19 gennaio 2017, n° 5 - Adeguamento delle disposizioni dell’ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell’articolo 1, comma 28, lettera a) e c), della legge 20 maggio n° 76, G.U. del 27 gennaio 2017, n° 22.*

*Decreto legislativo, 19 gennaio 2017, n° 6 - Modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili, ai sensi dell’articolo 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n° 76, G.U. del 27 gennaio 2017 n° 22.*

*Decreto legislativo, 19 gennaio 2017, n° 7 - Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell’articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n° 76, G.U. del 27 gennaio 2017, n° 22.*

factuelle<sup>2286</sup>, concrète, n'entraînant aucune obligation des concubins entre eux, le droit italien qualifie la relation de *convivenza more uxorio*, « comme mari et femme », avec des droits et des obligations devant être respectés par les deux parties en présence.

**973. Sous un même toit ?** - La question de la vie commune est à cet effet intéressante : le couple concubin est-il tenu de cohabiter ?

Côté français, la réponse manque d'homogénéité : au gré des tribunaux saisis, un couple ne vivant pas ensemble sera qualifié de concubin<sup>2287</sup> ou non<sup>2288</sup>.

Côté italien, en l'absence de jurisprudence, les auteurs hésitent mais estiment qu'un couple doit vivre sous un seul et même toit, sauf à justifier d'une raison valable (par exemple, professionnelle).

**974. Devoirs et obligations ?** – Quant aux droits et obligations du couple concubin, le droit français le laisse très libre. Ne lui accordant que très peu de droits, il ne lui impose en conséquence quasiment aucune obligation. Il en va ainsi des charges de la vie courante, qui, n'étant pas à partager, restent à la charge de celui qui les a engagées : « (Aucune) disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit (ainsi), en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées »<sup>2289</sup>.

Il en va différemment en Italie, l'article 1 alinéa 36 de la loi de 2016<sup>2290</sup> imposant une « *reciproca assistenza morale e materiale* ». Cette assistance morale et matérielle réciproque comprend le devoir juridique de contribuer économiquement aux besoins du couple, de faire preuve de solidarité et d'aide réciproque, mais également d'assistance morale en cas de problème personnel ou de santé, etc.<sup>2291</sup>. Par ailleurs, afin de bien distinguer union libre et concubinage, cette dernière doit pouvoir attester de l'*affectio maritalis*, c'est-à-dire de l'intention de considérer l'autre comme unique compagnon de vie<sup>2292</sup>.

---

<sup>2286</sup> C. civ., art. 515-8 : « Le concubinage est une union de fait ».

<sup>2287</sup> Douai, 12 décembre 2002, *Dr. fam.* 2003 n° 86 et 139 ; Lyon, 2 juillet 2013, *Dr. fam.* 2013, n° 132.

<sup>2288</sup> Cass. crim. 5 octobre 2010, n°10-81.743 ; Toulouse, 21 février 2017, *Dr. fam.* 2017, n°120.

<sup>2289</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1992, *Bull. civ. I*, n° 92 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2000, *Bull. civ. I*, n° 244.

<sup>2290</sup> L. 20 maggio 2016, n° 76 - *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, G.U. del 21 maggio 2016 n° 118.

<sup>2291</sup> F. LONGO, *I nuovi modelli di famiglia*, op. cit., p. 116.

<sup>2292</sup> *Ibid.*, p. 119.

**975. Devoir de fidélité ?** - Ce devoir d'assistance morale et cette *affectio maritalis* peuvent sembler incompatibles avec la notion même d'infidélité<sup>2293</sup> : le principe de fidélité des concubins n'étant toutefois pas *a priori* imposé par la loi italienne<sup>2294</sup>, les auteurs préfèrent en général retenir le devoir de loyauté, tel qu'établi par une jurisprudence ancienne<sup>2295</sup>.

Le juge français estime, à l'inverse, important de dissocier principe de concubinage et de fidélité et rappelle que tout concubin peut rompre à tout moment, sans entraîner d'autre conséquence que la reconnaissance de la rupture de l'union, y compris en cas d'infidélité<sup>2296</sup> : « (Le) concubinage n'entraîne pas d'engagement de stabilité ni de fidélité » ; « le fait (...) que (la rupture) intervienne après une vie commune de douze ans (...) au bénéfice de surcroît d'une jeune stagiaire ainsi dévoyée (...) n'est (ainsi) qu'une illustration de la vie sans lien qu'avaient adoptée les concubins »<sup>2297</sup>.

**976. Couple libre ?** – Dans la continuité de ce qui précède, le droit italien retient que les deux parties au concubinage doivent être libres, excluant ainsi que l'une des parties soit encore engagée dans une union civile ou non encore divorcée<sup>2298</sup>, quand le droit français reconnaît, à l'inverse, le concubinage même si l'une des parties est encore mariée<sup>2299</sup>.

**977. Affinité et autres.** – La loi italienne précise enfin que les concubins ne doivent pas avoir entre eux de rapports familiaux, d'affinité ou d'adoption<sup>2300</sup>, sans pour autant indiquer le degré de parenté ou d'affinité en question<sup>2301</sup>, quand la loi française est silencieuse sur ce point précis.

**978. Enregistrement des concubins.** – Aux termes de l'article 1 alinéa 37 de la loi de 2016, le couple concubin italien est invité à s'enregistrer comme tel auprès de l'officier

---

<sup>2293</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>2294</sup> *Ibid.*

<sup>2295</sup> *Ibid.*

<sup>2296</sup> J. GARRIGUE, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 407.

<sup>2297</sup> Bordeaux, 25 mai 2009, *Juris-Data* n° 003538.

<sup>2298</sup> M. TRIMARCHI, « Unioni civili e convivenze », *Fam. e dir.*, 10, 2016, p. 864.

<sup>2299</sup> J. GARRIGUE, *op. cit.*, p. 402.

<sup>2300</sup> M. SESTA, « La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare », *loc. cit.*, p. 781.

<sup>2301</sup> M. TRIMARCHI, « Unioni civili e convivenze », *loc. cit.*, p. 865.

d'état civil<sup>2302</sup> de leur commune de résidence, afin de se voir conférer un véritable statut, opposable aux tiers<sup>2303</sup>.

Certes, les concubins français peuvent également obtenir un certificat de vie commune ou de concubinage<sup>2304</sup> mais d'une part, les mairies ne sont pas obligées de le leur délivrer, et, d'autre part, l'intérêt d'un tel document est très relatif.

**979. Convention de concubinage c. *contratto di convivenza*.** - Pour pallier leur absence de statut juridique, les concubins français peuvent conclure une convention dite « de concubinage ». Ils peuvent y définir, par exemple, les modalités de contribution de chacun aux charges de la vie commune ou fixer leurs droits respectifs en cas de rupture. Toutefois, l'intérêt d'une telle convention est limité, ne produisant d'effets qu'entre les concubins et ne pouvant déroger aux règles d'ordre public<sup>2305</sup>.

Il en va autrement du contrat de concubinage italien, prévu aux termes de l'article 1, aliéna 50 à 63 de la loi de 2016, « *quell'accordo in forza del quale i conviventi intendano disciplinare gli aspetti e i rapporti patrimoniali riguardanti la propria unione anche nella eventualità di una cessazione della stessa* »<sup>2306</sup>. Le contrat, soumis à la définition générale des contrats de droit italien, c'est-à-dire à l'article 1321 du *Codice civile*, s'entend des aspects patrimoniaux que les concubins entendent gérer ensemble durant leur concubinage comme lors de la rupture de leur union de fait. Le contrat doit, sous peine de nullité, être rédigé sous forme d'acte public ou privé, avec intervention d'un notaire ou d'un avocat<sup>2307</sup>, puis transmis à l'officier d'état civil<sup>2308</sup> afin que ce dernier<sup>2309</sup> puisse l'enregistrer et l'opposer aux tiers<sup>2310</sup>. La démarche est identique en cas de révocation du contrat.

---

<sup>2302</sup> F. LONGO, *I nuovi modelli di famiglia*, op. cit., p. 118. Ainsi, en parallèle des registres de naissance, de mort, de mariage et de nationalité, est apparu le registre des *convivenze*, à la suite du *Decreto legislativo*, 19 gennaio 2017, n° 5 - *Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera a) e c), della legge 20 maggio n° 76, G.U. del 27 gennaio 2017, n° 22.*

<sup>2303</sup> Exemple pour la ville de Milan : <https://www.comune.milano.it/aree-tematiche/anagrafe/coppie/convivenze-di-fatto>  
<https://www.comune.milano.it/servizi/dichiarare-una-convivenza-di-fatto>

<sup>2304</sup> <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1433>

<sup>2305</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 2006, *JurisData* n° 2006-034118 ; *Bull. civ.* 2006, I, n° 312.

<sup>2306</sup> F. LONGO, op. cit., p. 153.

<sup>2307</sup> L. 20 maggio 2016, n° 76 - *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, G.U. del 21 maggio 2016 n° 118, art. 1, al. 51.

<sup>2308</sup> *Ibid.*, art. 1, al. 52.

<sup>2309</sup> M. CANONICO, « Gli aspetti delle unioni civili e delle convivenze di fatto », *Dir. fam.*, 2016, p. 1109.

<sup>2310</sup> *Circolare n° 7 del 1° giugno 2016 – Legge 20 maggio 2016, n° 76 – Prime indicazioni sugli adempimenti anagrafici in materia di convivenze di fatto.*

**980. Effets du concubinage.** – Si les effets d’un concubinage français sont limités, il en va différemment, une fois de plus, en droit italien, qui place les concubins sur le même plan que les conjoints en prison<sup>2311</sup> ou malades<sup>2312</sup>. Ainsi, si l’un des concubins, propriétaire de la maison dans laquelle vit le couple, meurt, l’autre concubin pourra y rester deux années supplémentaires à compter du décès de son concubin ou pour une durée supérieure, mais en tout état de cause inférieure à cinq années, si le concubinage a duré plus de deux ans. Si le défunt concubin était titulaire du contrat de location, son concubin est en droit de lui succéder<sup>2313</sup>.

**981.** Ainsi, concubinage français et italien s’avèrent assez différents l’un de l’autre, pour une raison *a priori* assez simple : la France offre à tous ses couples trois possibilités de gérer leurs relations, l’engagement et donc les droits et obligations y afférents étant de plus en plus marqués - concubinage, partenariat enregistré, mariage -, quand l’Italie distingue le mariage pour les couples de sexe opposé, les unions civiles pour les couples de même sexe, le concubinage pour tous<sup>2314</sup>, ce dernier étant en fin de compte plus proche du pacs français que de l’union de fait transalpin.

En tout état de cause, en cas de mariage religieux dépourvu d’effet civil, la reconnaissance du statut de concubin sera assez simple en France, bien que n’entraînant que peu de droits, potentiellement plus délicate en Italie pour un bénéficiaire plus patent.

## **2/ Mariage putatif**

**982.** La question s’est posée de savoir si le mariage putatif<sup>2315</sup>, ce principe issu de la doctrine catholique<sup>2316</sup> et conçu comme une exception à la nullité du mariage (a), était applicable en cas de mariage religieux non reconnu par l’État (b).

---

<sup>2311</sup> L. 20 maggio 2016, n° 76 - *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, G.U. del 21 maggio 2016 n° 118, art. 1, al. 38.

<sup>2312</sup> *Ibid.*, art. 1, al. 39. Cf. également F. LONGO, *I nuovi modelli di famiglia*, op. cit., p. 120.

<sup>2313</sup> V. CARBONE, « Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto », *Fam. e dir.*, 10, 2016, p. 854.

<sup>2314</sup> B. DE FILIPPIS, *Le unioni civili e contratti di convivenza*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2016 ; E. QUADRI, « “Unioni civili tra persone dello stesso sesso” e “convivenze”: il non facile ruolo che la nuova legge affida all’interprete », *Corr. giur.*, 2016 ; R. PACIA, « Unioni civili e convivenze », *Jus civile*, 2016.

<sup>2315</sup> C. civ., art. 201 et 202.

<sup>2316</sup> CIC 1983, canon 1061, § 3 : « Le mariage invalide est appelé putatif, s’il a été célébré de bonne foi au moins par une des parties, jusqu’à ce que les deux parties aient acquis la certitude de sa nullité », auquel il faut ajouter le canon 1137 : « Sont légitimes les enfants conçus ou nés d’un mariage valide ou putatif ».

#### a/ Principe du mariage putatif

**983. Lois françaises et italiennes vis-à-vis des enfants.** - Initialement prévue dans l'optique de protéger les enfants nés d'une union annulée, la théorie du mariage putatif permettait à ces derniers de se voir légitimer ou de voir leur légitimité maintenue, dans le cas où l'un des époux, voire les deux, aurait réellement cru, en toute foi (de *putare*, penser, croire, en latin), en la régularité et la validité de leur mariage.

Depuis les lois françaises du 3 janvier 1972<sup>2317</sup> et du 8 janvier 1993<sup>2318</sup>, le bénéfice du principe du mariage putatif a été étendu à tous les enfants, que leurs parents soient de bonne foi ou non. En outre, l'ordonnance du 4 juillet 2005 ratifiée par la loi du 16 janvier 2009<sup>2319</sup> a fait disparaître la distinction entre enfants légitimes et enfants naturels.

L'Italie n'agit pas autrement quand elle prévoit qu'un mariage putatif ou invalide, qu'il soit nul ou annulable, produit les mêmes effets qu'un mariage valide par rapport aux enfants<sup>2320</sup>.

**984. Nullité et mariage putatif.** - Il est donc tout à fait possible de faire annuler son union tout en faisant en sorte que l'annulation ne produise ses effets que pour l'avenir et laisse subsister les effets antérieurement produits par le mariage<sup>2321</sup>.

En France, il faudra pour cela attester de la bonne foi des parties ou plus exactement, la bonne foi étant présumée<sup>2322</sup>, il appartiendra à celui qui la contestera de prouver qu'elle n'existait pas à la date de la célébration de la cérémonie.

Ce principe est repris à l'identique du côté italien. En effet, la *pronunzia d'invalidità* peut ici aussi maintenir les effets du mariage en faveur du conjoint de bonne foi<sup>2323</sup>, bonne foi également présumée<sup>2324</sup>, en faveur de celui qui ignorait totalement la cause de l'invalidité, qu'elle soit imputable à une erreur de fait ou de droit.

---

<sup>2317</sup> Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, sur la filiation, JORF n° 4 du 29 février 1972.

<sup>2318</sup> Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, modifiant le Code civil relatif à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JORF n° 7 du 9 janvier 1993.

<sup>2319</sup> Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, JORF n° 15 du 18 janvier 2009.

<sup>2320</sup> C. c., art. 128 al. 2.

<sup>2321</sup> P. MURAT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 162.

<sup>2322</sup> C. civ., art. 2274.

<sup>2323</sup> C. c., art. 128.

<sup>2324</sup> C. c., art. 1147.



## b/ Putativité et mariage non-existant

**985.** Le principe putatif ainsi énoncé est-il pour autant transposable au mariage uniquement religieux contracté de bonne foi ? Les droits français et italien sont ici clairement en opposition, l'un acceptant de reconnaître le principe de putativité en cas de mariage non-existant (même exclusivement religieux) célébré de bonne foi (i) quand l'autre réfute cette option (ii).

### *i. Putativité et mariage non-existant en droit français*

**986.** Divers arrêts de tribunaux ont permis d'apporter quelques précisions en la matière.

**987. Critères de bonne foi et apparence de célébration.** - Dans un premier temps, la Cour d'appel de Bordeaux<sup>2325</sup> a souligné l'importance à accorder, en plus du critère de bonne foi, à la célébration du mariage : afin qu'un mariage religieux, normalement non reconnu par l'État, puisse bénéficier du principe de putativité, il importe que l'union donne l'apparence d'être célébrée. En l'espèce, le mariage célébré *in extremis* par un prêtre dans un sanatorium a pu être déclaré putatif, la bonne foi des époux n'ayant pas soulevé de doute.

L'argument de l'apparence de célébration a par la suite été repris par la Cour de cassation, qui a, en l'occurrence, refusé l'application du principe de putativité à un homme s'étant marié en Guinée avec deux sœurs selon des rites locaux<sup>2326</sup> : « Ainsi, en droit interne, deux conditions sont nécessaires pour qu'une personne puisse invoquer à son profit les effets du mariage putatif : 1° qu'elle fasse la preuve qu'il y a eu un mariage; 2° que l'on n'apporte pas la preuve qu'elle n'a pas été de bonne foi, c'est-à-dire qu'elle n'a pas cru s'unir en légitime mariage. »<sup>2327</sup>.

**988. Critère de bonne foi.** - Quelques années plus tard, la Cour de cassation<sup>2328</sup> a finalement opéré un certain revirement en ignorant la condition de l'apparence d'existence du mariage pour ne plus retenir que la seule condition de la bonne foi des époux, condition

---

<sup>2325</sup> CA Bordeaux 16 juin 1937, *DH* 1937, 539.

<sup>2326</sup> Req. 14 mars 1933, *S.* 1933. 1. 61.

<sup>2327</sup> *Ibid*, note 165.

<sup>2328</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 octobre 1955, *Bull. Civ.* 1955-1, n° 345, p. 283.

nécessaire et suffisante<sup>2329</sup> : « Il résulte de l'article 201 du Code civil que pour être admis au bénéfice du mariage putatif, il faut que l'époux qui s'en prévaut ait cru de bonne foi contracter une union produisant les effets d'un mariage légitime »<sup>2330</sup>, principe réitéré depuis<sup>2331</sup>.

Un mariage exclusivement religieux peut donc en droit français, en cas de bonne foi des parties, être déclaré putatif et produire des effets civils, bien que l'option reste rare.

## *ii. Putativité et mariage non-existant en droit italien*

**989.** La question du mariage célébré sans respecter la forme du mariage imposée par la loi italienne<sup>2332</sup>, c'est-à-dire le plus souvent sans venir déclarer sa volonté de se marier devant un officier d'état civil compétent<sup>2333</sup>, alors dans l'incapacité de délivrer le précieux *nulla osta*, dans le cadre d'une religion n'ayant pas signé d'entente et obtenu l'autorisation étatique pour ses ministres de procéder à des célébrations matrimoniales, relève également de l'inexistence du mariage.

En parallèle et à l'instar du droit français, le droit italien reconnaît le principe du mariage putatif si la bonne foi de l'un des époux au moins est attestée<sup>2334</sup>.

Cependant, pour que le principe de putativité puisse être appliqué, le droit italien précise ce qu'il faut entendre par bonne foi<sup>2335</sup> et impose de prouver que le mariage litigieux a été contracté soit dans l'ignorance des causes d'invalidité<sup>2336</sup>, soit dans des conditions de violence ou de terreur.

L'obligation de respecter ces derniers éléments explique qu'un mariage inexistant ne saurait, en Italie, bénéficier de la putativité<sup>2337</sup>, comme l'a précisé la Cour de cassation<sup>2338</sup>, distinguant ainsi clairement mariage nul potentiellement putatif, du mariage inexistant nécessairement non putatif<sup>2339</sup>.

---

<sup>2329</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1957, *D.* 1957, 557.

<sup>2330</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 1971, 70-12339, *Bull. civ.* n° 320.

<sup>2331</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 octobre 1984, 82-14.829, *Bull. civ.* 1984 n° 242.

<sup>2332</sup> Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 1975, n° 569, *FI* 1976, I, 794.

<sup>2333</sup> Trib. Milano, 31 ottobre 2002, *Gmer.* 2003, 1377.

<sup>2334</sup> C. c., art. 128.

<sup>2335</sup> Pour aller plus loin sur la bonne foi et le mariage putatif italien : M. F. COCUCCIO, « Il matrimonio putativo », *Dir. fam.*, 3, 2014, p. 1233 et s. et G. BONILINI (dir.), *Trattato di diritto di famiglia, op. cit.*, p. 490.

<sup>2336</sup> Cass., 5 agosto 1981, n° 4889, *FI* 1982, I, 110.

<sup>2337</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile 2.1 La famiglia, op. cit.*, p. 165.

<sup>2338</sup> Cass., 20 maggio 1976, n° 1808, *GI* 1977, I, 1, 1808.

<sup>2339</sup> G. BONILINI (dir.), *Trattato di diritto di famiglia, op. cit.*, p. 488.

Un mariage exclusivement religieux ne peut donc en droit italien, même en cas de bonne foi des parties, être déclaré putatif et produire des effets civils, l'hypothèse demeurant de toute manière rare.

## **B/ La solution anglaise**

**990. Angleterre et *cohabitation*.** - L'option de la *cohabitation* n'existe pas aux yeux de la loi anglaise.

Cette dernière offre bien quelques menues garanties récentes, mais elles sont extrêmement limitées (possibilité de *cohabitation contract*, de *children arrangement*, de protection en cas de violences domestiques, de *claim for financial provision from the estate of the deceased partner*) et laissent dans la grande majorité des cas les *cohabitants* sans réel droit et obligation l'un envers l'autre quand tout va bien (pas de droit spécifique en matière immobilière, par exemple), dans un état d'abandon fort en cas de séparation (aucun droit à un *financial support*, donc à une quelconque *maintenance*), voire très fort en cas de décès (aucun droit selon les *intestacy rules*, sauf en cas de testament), sans même parler des dettes, etc. En tout état de cause, il leur faudra s'adresser au juge de droit commun, et non à un juge d'une *Family Court*<sup>2340</sup>.

Diverses *Law Commissions*<sup>2341</sup> ont bien recommandé de s'intéresser au concept de *cohabitation* en 2007 et 2011; la Cour suprême<sup>2342</sup> a invité les législateurs à changer la loi ; l'Écosse a revu sa copie à ce propos. Impassible, l'Angleterre fait le dos rond, laissant se perpétuer la croyance de l'existence du « *common-law marriage* », un « *myth* »<sup>2343</sup> faisant croire à tort aux couples non mariés que la longévité de leur *cohabitation* leur accorde les mêmes droits qu'aux couples mariés<sup>2344</sup>.

---

<sup>2340</sup> S. GILMORE & L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, op. cit., 2014, p. 47.

<sup>2341</sup> Law Com. n° 307, *Cohabitation : the financial consequences of relationship breakdown*, July 2007 : <https://www.lawcom.gov.uk/document/cohabitation-the-financial-consequences-of-relationship-breakdown/> - Law Com. n° 331, *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, 13 December 2011 : <https://www.lawcom.gov.uk/project/intestacy-and-family-provision-claims-on-death/>

<sup>2342</sup> *Gow v Grant (Scotland)* [2012] UKSC 29.

<sup>2343</sup> S. GILMORE & L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, op. cit., 2014, p. 48.

<sup>2344</sup> R. PROBERT, "Common-law marriage: myths and misunderstandings", *CFLQ*, 20, 2018, p. 1 et s.

Cf. également R. H. GEORGE, *Ideas and debates in family law*, op. cit., 2012, p. 69 : « *According to consistent findings from nationally surveys, more than half of people believe that if two people live together for a certain period of time (2 years is the usual view), then the law will treat them for all purposes as if they were formally married* ».

**991. Angleterre et mariage putatif.** - Quant au concept de mariage putatif, sans doute trop « *catholic-orientated* », et celui de *good faith* n'ayant pas force de loi, ils ne sont mentionnés ni l'un ni l'autre en droit anglais, le problème des enfants nés dans des circonstances analogues ayant été résolu autrement, en les considérant légitimes, que le mariage soit déclaré *voidable* ou *void*<sup>2345</sup>.

**992.** Ce n'est donc pas sous cet angle qu'il faut chercher une solution au problème engendré par un *non-marriage*, mais sous celui, d'un côté, de la présomption de mariage (1), et, de l'autre, du *trust* (2), qui, à y regarder de près, tendent à finalement reconnaître une certaine forme de concubinage sans le dire.

### **1/ *Presumption of marriage***

**993.** La présomption de mariage consiste à reconnaître les effets d'une longue cohabitation, alignant alors cette dernière sur le mariage, si certaines circonstances sont réunies. Ce concept, établi il y a quelques années (a), continue à être appliqué de manière, cela dit, exceptionnelle (b).

#### a/ L'arrêt *Chief Adjudication Officer v Bath*

**994. Faits.** - L'arrêt de 2000<sup>2346</sup> revient sur la notion de *non-marriage* religieux et accepte de reconnaître le concubinage, sans le désigner sous ce nom.

En 1956, deux jeunes gens se marient en Angleterre selon la tradition sikhe, c'est-à-dire dans un temple sikh sous les auspices d'un brahmane. Le temple n'apparaît cependant pas sur la liste des bâtiments dûment enregistrés, ce que les principaux intéressés ignorent, à l'époque comme plus tard. Le couple vit trente-sept ans ensemble, devient parent,

---

<sup>2345</sup> *Family Reform Act* de 1987, S. 1 (5) + *Legitimacy Act* de 1976, S. 1 : un enfant est légitime dans l'hypothèse où il est issu d'un mariage *voidable* ou d'un mariage *void*, mais dans ce dernier cas, il faut que les parents, ou l'un des deux au moins, aient raisonnablement cru que le mariage était valide : « (ii) *a child born of a voidable marriage, such marriage being treated as valid until the decree of annulment is pronounced*'; (iii) *a child born of a void marriage where at the time of the act of intercourse resulting in his birth (or at the time of the celebration of the marriage if later) both or either of his parents reasonably believed that the marriage was valid provided that the father was domiciled in England and Wales at the time of the birth or at the time of his death if earlier* », ce qui revient à valider la thèse du mariage putatif en un sens.

<sup>2346</sup> *Chief Adjudication Officer v Bath* [2000] 1 FLR 8.

ignorant tout au long de leur vie commune que leur mariage n'a aucune efficacité civile. C'est une fois devenue veuve que la femme découvre que le couple qu'elle croyait légalement formé n'a aucune valeur aux yeux de l'État, ce qui explique que ce dernier refuse de lui verser sa pension de veuvage, bien que l'homme ait contribué à la *National Insurance* tout au long de sa vie de « mari ». La question se pose donc de savoir si le mariage ainsi célébré doit être déclaré *non* ou valable.

**995. Position de la Cour.** - La Cour d'appel a retenu la validité du mariage ainsi célébré et la veuve a en conséquence pu bénéficier de la retraite de son mari. Les juges ont rappelé en effet que le couple en question ignorait tout des exigences de la loi anglaise et qu'il n'a jamais cherché à la contrarier.

Ils ont en outre souligné que la partie adverse n'avait pas réussi à prouver que le temple n'avait pas été enregistré : ce faisant, pour les juges de la quasi instance suprême, il n'est donc pas possible de prouver qu'il n'y a pas eu de cérémonie valable. Si l'on ne peut pas prouver qu'il n'y a pas eu de cérémonie valable, c'est que l'on peut présumer qu'il y a eu une cérémonie considérée comme valable.

À la suite de ce mariage, présumé à défaut de preuve contraire, s'en est suivie une longue période de vie commune. Or, pour les juges, un couple qui cohabite pendant près de quarante ans, même à l'issue d'un mariage célébré dans les conditions précédemment décrites, doit être mis sur le même pied d'égalité qu'un couple légalement marié.

C'est pourquoi les juges ont accepté de déroger à la règle de la non-reconnaissance du concubinage : « (...) *there is nothing to suggest that the Sikh marriage ceremony and the consequences thereof in the eyes of the Sikh religious authorities was other than such a voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others. In my view that 'marriage' is validated by the common law presumption from long cohabitation, in pursuance of the policy of the law that, in the absence of the clearest possible reason why there should not be such a presumption, a ceremony of 'marriage' bona fide entered by parties who thereafter live monogamously and bring up children of the union should be respected and accorded the proper legal status of marriage.* »<sup>2347</sup> .

Cette présomption de mariage, *the presumption of marriage*, dorénavant relativement bien établie, permet à un couple non marié mais vivant ensemble depuis longtemps de se voir reconnu comme mari et femme, à partir du moment où il y a eu une

---

<sup>2347</sup> *Ibid.*

cérémonie qui a ressemblé à un mariage valable, sauf à pouvoir prouver le contraire.

Ce dernier point peut s'avérer difficile, car il s'agit alors de rapporter de *strong and weighty evidence*, donc des preuves irréfutables : « *Where a man and woman have cohabited for such a length of time and in such circumstances as to have acquired the reputation of being man and wife, a lawful marriage between them will be presumed, though there may be no positive evidence of any marriage having taken place, particularly where the relevant facts have occurred outside the jurisdiction; and this presumption can be rebutted only by strong and weighty evidence to the contrary* »<sup>2348</sup>.

#### b/ L'arrêt *A-M v A-M*

**996.** Le principe a été réitéré en 2001<sup>2349</sup> : un couple vivant ensemble depuis vingt ans, ayant deux enfants, procède, pour se marier, à deux cérémonies religieuses, l'une à Londres en 1980 (dans leur appartement), l'autre à Sharjah, dans les Émirats arabes unis, en 1984. Lors de la première cérémonie, tous savent, à commencer par les « conjoints » eux-mêmes, que l'homme est encore engagé à une tierce personne. Ce fait rend donc cette première union polygame, donc non valable aux yeux de la loi anglaise.

C'est pourquoi une seconde cérémonie a lieu quatre ans plus tard, afin de régulariser la situation dans un pays reconnaissant, cette fois, la polygamie. En effet, la loi anglaise admet la validité d'un mariage célébré à l'étranger si ladite cérémonie répond aux exigences de la loi étrangère, et cela même si les exigences en question ne sont pas nécessairement celles préconisées en Angleterre.

Finalement, le mari divorce à Sharjah.

Lorsque l'affaire est portée devant les tribunaux anglais, ceux-ci déclarent que ni l'une ni l'autre des deux cérémonies religieuses ne peut être reconnue comme valable aux termes de la législation anglaise. Ils ne reconnaissent pas plus le divorce religieux, aucun des conjoints n'étant domicilié, résident habituel ou originaire de Sharjah. Cependant, les juges estiment qu'il y a présomption de mariage puisque personne ne peut nier qu'il n'y a pas eu de cérémonie de mariage. Aux yeux de tous, l'homme et la femme sont donc présumés mari et femme. Les juges ne mettent pas tant l'accent sur la cohabitation que sur la cérémonie et les conséquences qui en découlent. Le fait est qu'il y a eu une cérémonie et

---

<sup>2348</sup> W. RAYDEN, J. JACKSON, N. P. R. WALL *et al.*, *Rayden and Jackson's law and practice in divorce and family matters*, London, Butterworths, 1997, p. 4.11.

<sup>2349</sup> *A-M v A-M* [2001] 2 FLR 6.

que personne ne peut prouver le contraire. Cela a amené tout le monde à considérer le couple comme un couple « officiel », considération renforcée par une longue cohabitation.

Conséquence non négligeable : à partir du moment où le mariage est présumé, il ouvre droit, comme pour un *valid marriage*, à l'obtention de *financial relief* de divers ordre, c'est-à-dire à des recours d'ordre financier. L'enjeu est donc réel.

## 2/ Le *trust*

997. La seconde solution permettant de combler le vide juridique laissé par l'absence de reconnaissance du concubinage consiste à recourir au *trust*. Encore faut-il y penser (*express trust*) (a) ou espérer une décision d'un juge en ce sens (*implied trust*) (b), ce qui explique que cette solution, qui plus est, complexe, ne soit pas souvent retenue. Elle a cependant le mérite d'exister et a permis de résoudre quelques problèmes matrimoniaux.

### a/ *Express trust*

998. **Anticipation et *three certainties*.** - Dans le cas de l'*express trust*, il faut avoir anticipé le problème en formant un *trust*, reconnu valable à partir du moment où les *three certainties*<sup>2350</sup> sont réunies, sans qu'il soit pour autant nécessaire de passer devant un *solicitor* (même si l'intervention de ce dernier est toujours préférable) : *certainty of intention* (il doit être clair que le créateur du *trust* a bien l'intention d'en établir un), *certainty of subject matter* (le bien placé sous *trust* doit être clairement identifié), *certainty of object* (le bénéficiaire doit être clairement identifié ou tout du moins identifiable).

À ces conditions, le *settlor*, le créateur du *trust*, est libre : libre de placer en *trust* ce qu'il désire, pour qui et pour la durée qu'il souhaite, ce qu'il fera par écrit<sup>2351</sup> ou par oral, en pouvant revenir sur ses termes ou non, en fonction de ce qui aura été initialement prévu.

---

<sup>2350</sup> *Knight v Knight* [1840] 3 Beav 148.

<sup>2351</sup> Si le *trust* vise plus spécifiquement un bien immobilier, il doit être écrit, aux termes de l'article 53 (1) (b) du *Law of Property Act* de 1925 : « *a declaration of trust respecting any land or any interest therein must be manifested and proved by some writing signed by some person who is able to declare such trust or by his will* ».

**999. En pratique.** - Il est tout à fait envisageable que la femme d'un couple issu d'un mariage religieux non légalement valable soit déclarée *beneficiary* d'un tel *trust*, ce qui la protège dans l'éventualité d'une séparation.

Cependant, cette solution implique une connaissance ne serait-ce que minime du monde juridique. Or, les personnes ayant le plus à perdre en cas de non-reconnaissance de leur *religious marriage* sont des personnes en situation précaire, ne connaissant bien ni la langue ni les coutumes anglaises. Il serait douteux qu'elles soient familières du système du *trust*, non pas en tant que tel - la majorité des musulmans habitant au Royaume-Uni étant originaires d'Asie, en particulier d'Inde, du Pakistan et du Bangladesh<sup>2352</sup>, tous pays de *common law* - mais de par la connaissance juridique qu'il suppose. La probabilité que ces personnes aient recours à un *express trust* semble donc faible et en toute logique, sera réservée à une autre catégorie de personnes, conscientes de son utilité, déjà informée des avantages et des inconvénients à être marié légalement, qui fera en sorte que le problème du *non-marriage* n'en soit pas un.

#### b/ Implied trust

**1000. Principe.** - La conclusion précédente nous conduit à considérer la seconde solution, celle de l'*implied trust*. Qui dit *implied*, dit intervention des tribunaux civils. C'est en effet un juge qui va décider qu'en l'état des circonstances, il lui appartient de reconnaître un *trust* là où les parties n'y avaient pas songé (*resulting trust*) ou ne voulaient pas y songer (*constructive trust*).

Il n'est cependant pas certain qu'une femme de confession musulmane, potentiellement sous l'emprise de son mari, de sa famille, de sa communauté, maniant mal l'anglais et encore moins l'anglais juridique, ose franchir le cap de la voie judiciaire. Elle aurait toutefois tort de ne pas le faire car la justice anglaise peut, en certaines circonstances, lui être favorable, comme l'illustrent deux arrêts célèbres, celui des époux Eves (i) et Grant et Edwards (ii), ce dernier donnant naissance au concept de *Common Intention Constructive Trust* (iii).

---

<sup>2352</sup> Source :

<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/populationandmigration/internationalmigration/articles/populationbycountryofbirthandnationalityreport/2015-09-27>



**1001. Arrêt *Eves*.** - Le cas classiquement évoqué est celui du couple *Eves*<sup>2353</sup>, aux nombreux projets de vie commune, dont celui d'avoir des enfants. Madame va jusqu'à porter le nom de famille de Monsieur, comme le lui permet la loi<sup>2354</sup>. Monsieur étant marié par ailleurs, le nouveau couple ne convole pas en justes noces mais prévoit de le faire, une fois le divorce du partenaire entériné. Quand l'occasion se présente d'acheter un bien immobilier, ils décident de franchir le pas ensemble, tout en plaçant la maison en son nom à lui, au prétexte que sa *partner* est alors trop jeune (elle n'a pas encore vingt-et-un ans<sup>2355</sup>). Concrètement, l'argent permettant l'acquisition du nouveau domicile conjugal provient de la vente d'une ancienne maison de Monsieur et d'un prêt que ce dernier contracte. Sur place, cependant, Madame ne reste pas inactive et entre deux grossesses, entreprend de remettre la maison complètement à neuf, en ôtant l'ancienne tapisserie des murs pour les repeindre, en abattant des cloisons de béton, en s'occupant du jardin, etc. De mariage, toujours point. Finalement, Monsieur quitte Madame pour une autre femme.

**1002. Logique de la *Court*.** - En toute logique, Madame *Eves* aurait pu ne rien percevoir de Monsieur *Eves*.

La Cour d'appel en décide pourtant autrement en reconnaissant un *constructive trust*, c'est-à-dire en jouant sur la fiction juridique. Les conjoints *Eves* n'ont jamais créé de *trust*, ils n'y ont même pas songé. Mais on ne peut nier que Madame a contribué à l'aménagement de la maison et de son jardin. Elle s'est occupée des enfants pendant que Monsieur travaillait de manière plus officielle. S'ils avaient été mariés puis en instance de divorce, elle aurait parfaitement été en droit de réclamer le partage des biens.

À ces premiers éléments vient s'ajouter l'argument de la confiance, une confiance trahie par l'une des parties, créant une forme d'injustice, ne pouvant pas ne pas être réparée, selon le principe de l'*Equity*. Comme le précise Lord Denning, alors *Master of the Rolls*<sup>2356</sup>, « *It seems to me that this conduct by Mr. Eves amounted to a recognition by him that, in all fairness, she was entitled to a share in the house, equivalent in some way to a declaration of trust; not for a particular share, but for such share as was fair in view of all*

---

<sup>2353</sup> *Eves v Eves* [1975] 1 WLR 1338.

<sup>2354</sup> Ce qui est possible grâce au *deed poll*, soit un changement de nom ou de prénom par la signature d'un acte sous seing privé, passé devant témoins et *solicitor*.

<sup>2355</sup> L'âge de la majorité a pourtant été abaissé à dix-huit ans depuis le *Family Law Reform Act* de 1969.

<sup>2356</sup> Deuxième juge dans la hiérarchie anglaise, après le *Lord Chief Justice*, il préside la chambre civile de la Cour d'appel.

*she had done and was doing for him and the children and would thereafter do. By so doing he gained her confidence. She trusted him. She did not make any financial contribution but she contributed in many other ways. She did much work in the house and garden. She looked after him and cared for the children. It is clear that her contribution was such that if she had been a wife she would have had a good claim to have a share in it on a divorce* »<sup>2357</sup>.

C'est pourquoi le *constructive trust* est imposé, construction légale reposant principalement sur la lutte contre l'injustice, l'abus, voire l'enrichissement sans cause, permettant ainsi à Madame de récupérer un quart de la valeur de la maison : « *In view of his conduct, it would, I think, be most inequitable for him to deny her any share in the house. The law will impute or impose a constructive trust by which he was to hold it in trust for them both. But what should be the shares? I think one half would be too much. I suggest it should be one quarter of the equity* »<sup>2358</sup>.

#### *ii. Arrêt Grant v Edwards*

**1003. Confirmation de la jurisprudence *Eves*** - La jurisprudence *Eves* a été non seulement confirmée par la suite, mais qui plus est, améliorée. En 1975, Madame Eves n'a eu droit qu'à un quart de la part de la maison commune. Aujourd'hui, elle aurait probablement droit à la moitié, comme le souligne l'arrêt *Grant v Edwards*<sup>2359</sup>, dont la similitude avec l'affaire *Eves* est d'ailleurs signalée : « *Just as in Eves v. Eves [1975] 1 WLR 1338, these facts appear to me to raise a clear inference that there was an understanding between the plaintiff and the defendant, or a common intention, that the plaintiff was to have some sort of proprietary interest in the house (...)* »<sup>2360</sup>.

Ici également, les juges ont estimé que le travail de Madame Grant (gérer la maison, s'occuper des enfants, etc.) a permis de limiter les mensualités dues au titre de l'emprunt, que le fait de ne pas être mariée à Monsieur Edwards ne changeait rien en l'espèce, et qu'en fin de compte, Madame Grant était en droit de réclamer la moitié du prix de vente de la maison, au nom d'un *constructive trust*.

On retrouve donc ici les éléments d'un *constructive trust* en faveur d'une

---

<sup>2357</sup> *Eves v Eves* [1975] 1 WLR 1338.

<sup>2358</sup> *Ibid.*

<sup>2359</sup> *Grant v Edwards* [1986] 3 WLR 114.

<sup>2360</sup> *Ibid.*, p. 649.

concubine : la participation de cette dernière aux frais du ménage, soit une autre forme de travail, ainsi que la confiance placée en l'autre, confiance trahie.

Ce qui est nouveau en revanche, c'est l'introduction de la notion de *common intention*, que l'on retrouve aujourd'hui dans toutes les affaires où entrent en jeu des couples, mariés ou non.

### *iii. Common Intention Constructive Trust*

**1004. Arrêt *Lloyds Bank*.** - Un arrêt<sup>2361</sup> postérieur est venu préciser les conditions d'application du *constructive trust* lorsqu'un couple - marié ou non - se porte devant les tribunaux et réclame l'un envers l'autre des droits en matière financière et non-financière.

Pour qu'un *constructive trust* soit mis en place par les tribunaux, deux conditions doivent être remplies.

**1005. Première condition.** - La personne désireuse de se voir attribuer un droit sur tel bien immobilier devra tout d'abord prouver qu'il a bien existé, à un moment ou à un autre, une *common intention*, une intention commune entre les parties, attestant, d'une part, du désir du non-propriétaire de posséder un certain intérêt bénéficiaire dans le bien en question, et, d'autre part, de la volonté du propriétaire qu'il en aille ainsi. Cette même personne devra ensuite démontrer la part qui revient à chacune des parties. Comme le rappelle Lord Bridge of Harwich : « *The question the judge had to determine was whether he could find that before the contract to acquire the property was concluded they had entered into an agreement, made an arrangement, reached an understanding, or formed a common intention that the beneficial interest in the property would be jointly owned* »<sup>2362</sup>.

**1006. Seconde condition.** - Cette intention commune doit être prouvée en toute équité, ce qui ne veut pas dire sur la base de bons sentiments, mais à l'inverse de manière objective, en prenant en compte le comportement des deux parties, dans leur rapport au bien immobilier, comme le précise un autre arrêt récent<sup>2363</sup> : « *The plight of Miss Graham-York (demanderesse) attracts sympathy, but it does not enable the court to redistribute property interests in a manner which right-minded people might think amounts to appropriate*

---

<sup>2361</sup> *Lloyds Bank plc v Rosset and others* [1990] UKHL 4.

<sup>2362</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>2363</sup> *Graham-York v York & Ors* [2015] EWCA Civ 72.

*compensation. Miss Graham-York is "entitled to that share which the court considers fair having regard to the whole course of dealing between them in relation to the property". It is these last words, which I have emphasised, which supply the confines of the enquiry as to fairness »*<sup>2364</sup>.

En l'occurrence, la demanderesse, bien que non mariée au propriétaire du bien immobilier, s'est donc vue confirmer la reconnaissance d'un *beneficial interest* à hauteur de 25% de la valeur de la maison en cause, de par sa contribution, même modeste, au bien en question, contribution pouvant être attestée de manière objective et tangible.

**1007. CICT.** - Ce *trust* spécial, où l'intention commune du couple joue afin de pouvoir faire reconnaître des droits l'un envers l'autre, en particulier en droit immobilier, est désormais désigné sous l'expression *Common Intention Constructive Trust (CICT)*. Il est devenu le dispositif légal de nombreux couples, en particulier de ceux non mariés, afin de faire valoir leurs droits respectifs.

Malheureusement, le *CICT* étant un outil jurisprudentiel, soumis à des *distinguishings*, n'ayant donc pas la stabilité que confère une loi d'origine parlementaire, il arrive qu'il ne soit pas retenu par les juges. Ainsi, dans *Thomson v Humphrey*<sup>2365</sup>, Madame Thomson, à l'instar de Mesdames Eves et Grant, ayant donc participé aux frais du ménage informel qu'elle formait avec Monsieur Humphrey en s'occupant de la maison et des enfants, s'est vue refuser tout *beneficial interest* dans la propriété immobilière. Ce dernier arrêt souligne la position relativement imprévisible, donc inconfortable, des concubins anglais.

**1008. Conclusion § 2.** - Les trois États ont tâché de trouver des solutions conformes à leurs principes d'*establishment*, de laïcité et de concordat-entente, en offrant aux couples non mariés ou mariés de manière non valable, qui le concubinage et/ou le principe du mariage putatif, qui la présomption de mariage ou la possibilité d'établir un *Common Intention Constructive Trust*.

Dans le cas anglais, encore faut-il ne pas se tromper lors de sa requête introductive d'instance et se présenter devant un juge de *common law* (qui pourra accorder une *presumption of marriage* ou reconnaître un *trust*) et non pas de *family law* (qui se contentera de déclarer un mariage *valid, void, voidable* ou *non*), les conséquences, lourdes,

---

<sup>2364</sup> *Ibid.*, § 22.

<sup>2365</sup> *Thomson v Humphrey* [2009] ChD 25.

étant fort diverses.

**1009. Conclusion Section 1.** – Comme souvent, confrontés à des difficultés proches, l'Angleterre, la France et l'Italie ont adopté une même ligne de principe, celle d'un même refus d'accorder une quelconque reconnaissance à un mariage religieux ne s'étant pas soumis à la législation civile.

Pour autant, les raisons de ce refus ainsi que les solutions avancées pour y remédier sont fort variées, soulignant à la fois la difficulté qu'il y aurait à tenter d'unifier le droit matrimonial des trois États et l'extrême richesse et ingéniosité des outils juridiques ainsi déployés.

## **Section 2 : L'épineux problème du divorce religieux– focus sur le divorce juif**

**1010.** Les nombreux cas et points de vue évoqués dans la section précédente sont tous liés à la façon dont la loi civile peut interpréter un mariage exclusivement religieux, jugé plus ou moins valable.

Sous un autre angle, on retrouve des difficultés équivalentes en ce qui concerne les divorces religieux. De ce point de vue là, le cas du *guet* est certainement des plus intéressants.

Rappelons très rapidement que le *guet* est un document émis par un époux par lequel ce dernier déclare sa volonté de faire cesser le mariage ; qu'en cas de refus du mari de délivrer le précieux libelle, personne, pas même un rabbin, ne pourra lui imposer de le remettre ; qu'il n'y aura alors pas de divorce juif, ce qui entraînera des conséquences dramatiques pour l'épouse entravée.

On retrouve de la part des tribunaux anglais comme français une même volonté de ne pas accepter une telle attitude allant à l'encontre de principes élémentaires à la base du droit au divorce et de l'égalité des droits. La solution trouvée n'est cependant pas, une fois n'est pas coutume, identique dans les deux cas, l'Angleterre ayant opté pour l'adoption d'une loi imposant de résoudre les différends, y compris religieux, entre le *decree nisi* et le *decree absolute* de la procédure de divorce (§1), quand les juges français retiennent la qualification d'abus de droit (§2).

## § 1 : L'Angleterre, le *guet* et le *Divorce (Religious Marriages) Act* de 2002

**1011. Contexte.** - L'histoire du *guet* en Angleterre et de sa reconnaissance civile n'est pas nouvelle, la communauté hébraïque ayant commencé à s'installer outre-Manche *a priori* en même temps que les Normands de Guillaume le Conquérant, soit à partir de 1066.

De même, la question de la saisine des tribunaux civils anglais pour un litige autour de l'émission (et surtout de la non émission) d'un *guet* n'a rien de récent. Il faut cependant bien reconnaître que le réel intérêt juridique suscité par cette discipline remonte aux années 50-60. Pendant longtemps donc, les choses existent, sans que des réponses tranchées soient énoncées : faut-il, civilement parlant, respecter le *guet*, c'est-à-dire ce libelle autorisant un couple de religion juive à divorcer ? Faut-il forcer Monsieur à le remettre, sachant que son absence place sa femme dans une situation de forte détresse ?

**1012. Juridiction.** - Depuis l'adoption du *Matrimonial Causes Act* de 1857, il faut avoir recours aux tribunaux civils pour obtenir son divorce civil. Complété par le *Family Law Act* de 1986, la législation anglaise précise que désormais, seuls les divorces ou les nullités accordés par les tribunaux civils, donc les *County courts* et les *High Courts*, seront reconnus comme étant valables par la loi anglaise<sup>2366</sup>.

Ce faisant, le législateur anglais tente de mettre un terme non seulement aux divorces exclusivement religieux obtenus sur son sol, mais également aux divorces obtenus dans son ex-Empire, puisque l'on peut considérer qu'à cette date, l'Empire britannique n'est officiellement plus<sup>2367</sup>. Du temps où le Royaume-Uni était encore à la tête d'un Empire sur lequel le soleil ne se couchait pas, il admettait, à l'instar de l'Empire ottoman et de son *Millet System*, les systèmes légaux déjà en place. En particulier, il reconnaissait les lois personnelles de ces systèmes juridiques pourtant différents du sien. C'est ainsi qu'un *guet*, obtenu par un couple britannique - de confession juive - résidant alors en Égypte, a pu être qualifié de valable par la loi britannique car légalement obtenu selon les

---

<sup>2366</sup> *Family Law Act* de 1986, S. 44 (1) : « no divorce or annulment obtained in any part of the British Islands shall be regarded as effective in any part of the United Kingdom unless granted by a court of civil jurisdiction ».

<sup>2367</sup> L'Empire britannique ne cesse réellement qu'au début des années 80, avec les dernières indépendances - de la Rhodésie (Zimbabwe actuel) et des Nouvelles-Hébrides (Vanuatu actuel) en 1980 ; du Bélize en 1981. Avec le vote de la loi de 1982 mettant un terme aux derniers liens constitutionnels entre le Royaume-Uni et le Canada. Avec la signature des Accords sino-britanniques de 1984 devant mener à la rétrocession de Hong-Kong en 1997.

prescriptions de la loi égyptienne<sup>2368</sup>. Les lois personnelles égyptiennes ayant été respectées, le couple a pu obtenir sur place ce qu'il aurait été impossible de faire admettre par un juge en Angleterre, à savoir un divorce exclusivement religieux, sans aucun revêtement civil. Cette approche ne serait aujourd'hui pas concevable pour les tribunaux civils anglais, qui ont, avec l'aide des parlementaires britanniques, stabilisé depuis 2002 une certaine approche du *guet*, après avoir expérimenté diverses pistes.

L'influence du Canada en la matière aura été déterminante, bien qu'un arrêt et une loi de l'État de New-York aient été en réalité à l'origine de la loi anglaise.

Il y a donc nettement un avant (A) et un après 2002 (B).

## **A/ Avant 2002**

**1013.** Avant 2002, les juges anglais hésitent, empruntent l'une après l'autre trois voies face à la problématique du refus de délivrance de *guet* de la part de l'époux : exercer une pression financière sur le mari réticent (1), faire jouer la pression de l'épouse (2) ou refuser l'octroi du divorce tant que cette histoire de *guet* n'est pas réglée (3).

### **1/ Pression financière sur le mari**

**1014. Arrêt *Brett v Brett*.** - La première voie consiste à faire financièrement pression sur le mari récalcitrant. À ce titre, l'affaire du couple Brett<sup>2369</sup> est une bonne illustration.

L'épouse cherche en l'occurrence à obtenir un divorce sur fond de violences domestiques, de *cruelty*, infligées par son mari. Si elle finit par obtenir le divorce sur le plan civil, rien ne bouge au niveau religieux : la femme se voit donc empêchée de se remarier et contrainte d'attendre un changement d'attitude chez son ex-mari. Quatorze mois après l'émission du *decree absolute* entérinant officiellement la fin du mariage civil, aucun *guet* à l'horizon. Pas plus d'ailleurs que de *financial provision*, de pension alimentaire, pourtant acceptée en première instance, l'ex-mari trouvant cette dernière finalement trop élevée. C'est ce point qui l'amène d'ailleurs à interjeter appel devant la *Court of Appeal*.

---

<sup>2368</sup> *Sasson v Sasson* [1924] A.C. 1007.

<sup>2369</sup> *Brett v Brett* [1969] 1 All ER 1007.

**1015. Court of Appeal.** - Après s'être posé la question de l'opportunité d'intervenir tant sur la provision financière litigieuse que sur le refus de délivrance du *guet*, les juges de la Cour d'appel décident de lier les deux affaires. Ils imposent alors à l'ex-mari de payer à son ex-épouse la somme forfaitaire de trente mille *pounds*, payable en deux fois, soit vingt-cinq mille livres à déboursier dans les quatorze jours de l'issue du procès, plus cinq mille livres trois mois plus tard, si le *guet* n'a toujours pas été remis à l'ex-femme. En ce qui concerne la pension alimentaire, originellement fixée à deux mille livres par an, hors impôts, dans le cas où le *guet* serait finalement délivré, c'est-à-dire dans le cas où les trente mille livres n'auraient plus à être déboursées, elle passerait à deux mille deux cent cinquante livres par an (hors impôts). Dans tous les cas, l'ancien mari est amené à délier sa bourse.

Pour la Cour, l'ex-mari a clairement utilisé le *guet* comme moyen de pression et cherché à obtenir sur son ex-femme un avantage, en l'obligeant à négocier<sup>2370</sup>. Son attitude a été déraisonnable, ce que les juges rectifient à leur manière.

**1016. Accueil de l'arrêt.** - Cet arrêt a été bien accepté pendant quelques temps. Il a cependant vite posé question sur deux plans. Tout d'abord, tous les ex-maris n'ont pas les moyens financiers leur permettant de répondre à une telle pression des juges. Surtout, les autorités rabbiniques pointent du doigt un raisonnement coercitif, qui conduit le mari à donner le *guet* potentiellement contre son gré, ce qui va complètement à l'encontre de la *halakha* et en fait un divorce forcé, un *guet me'useh*<sup>2371</sup>, donc non valable.

## 2/ Pression de l'épouse

**1017. Arrêt *Beales v Beales*.** - Une deuxième voie est alors tentée, mise en avant par l'affaire des époux Beales<sup>2372</sup>. Cette fois encore, il y a pression. Elle ne vient cependant pas des juges, mais de l'épouse elle-même. Cette dernière finit par consentir à divorcer après deux années de séparation mais fait dépendre son accord au divorce civil à l'obtention du *guet*. Ce point de vue approuvé par les juges revient à donner droit à une autre forme de contrainte, encore une fois contraire à la loi talmudique.

---

<sup>2370</sup> C. HAMILTON, *Family, law and religion, op. cit.*, p. 134.

<sup>2371</sup> M. FREEMAN, "Is the Jewish Get Business of the State ? ", in R. O'DAIR & A. D. E. LEWIS (dir.), *Law and religion, op. cit.*, p. 373.

<sup>2372</sup> *Beales v Beales* [1972] All ER 667.



### 3/ Accorder le *decree absolute* quand absolument tout est réglé

**1018.** Ce n'est que bien des années plus tard, très exactement en 2000, qu'est empruntée une troisième voie (a), selon une idée originellement américano-canadienne (b).

#### a/ L'arrêt *O v O*

**1019.** Il revient à la *County Court* de Watford d'avoir initié cette troisième voie, amenée à devenir la solution législative. Cette fois, les juges n'imposent rien à personne en cas de refus de *guet* ; ils ne cèdent pas plus au « chantage » potentiel de l'épouse ; ils refusent simplement d'accorder le *decree absolute*, c'est-à-dire l'autorisation finale de divorcer civilement, tant que le problème du *guet* n'est pas résolu par les parties elles-mêmes<sup>2373</sup>. Or, en l'absence de *decree absolute*, il ne peut y avoir de divorce civil ; en conséquence, il ne peut y avoir de remariage civil. Les juges laissent donc les époux libres de faire ce qu'ils entendent d'un point de vue religieux. Ils savent que, effectivement, l'époux a un avantage en la matière, puisqu'on ne peut pas lui imposer d'accorder un *guet* et que la *halakha* lui est en ce sens plus favorable. Cependant, si le mari agit ainsi, les conséquences civiles ne sont plus du tout les mêmes : cette fois, la femme comme l'homme ne pourront pas divorcer civilement, voire ne pourront pas se remarier. Les deux parties sont remises sur un même pied d'égalité civile, sans que les magistrats aient eu besoin de se pencher sur la question religieuse.

Rendons à César ce qui lui appartient : l'idée n'a pas germé dans la tête des magistrats de la *County Court* de Watford en une nuit. Elle remonte en réalité aux années 80, a fait le tour de l'hémisphère nord anglophone, a été approuvée, désapprouvée, amendée, pour être finalement adoptée en Angleterre (entre autres) à l'aube du nouveau siècle.

#### b/ Influences américano-canadiennes

**1020.** La loi anglaise de 2002 est grandement influencée par l'expérience américaine d'une part (i), canadienne d'autre part (ii).

---

<sup>2373</sup> *O v O (Jurisdiction : Jewish divorce)* [2002] 2 FLR 147.

*i. L'expérience américaine*

**1021. Arrêt Avitzur.** - Tout commence, judiciairement parlant, en 1982, aux États-Unis<sup>2374</sup>, avec l'arrêt Avitzur<sup>2375</sup>. Mariés religieusement en 1966, après avoir signé une *kétouba* dans laquelle les époux s'engageaient, entre autres, à recourir au *Beth Din* dans le cas où cela s'avérerait nécessaire, les époux Avitzur divorcent civilement quelques années plus tard. En parallèle, l'ex-épouse tente d'obtenir son divorce religieux et invite son ex-époux au civil à se présenter devant le *Beth Din* new-yorkais. Face au refus de l'ex-mari, c'est alors devant les tribunaux civils qu'est porté le litige, l'ex Madame Avitzur requérant, à l'encontre de Monsieur, une injonction à comparaître devant les tribunaux rabbiniques. L'ordonnance est également refusée par ce dernier, au motif, entre autres, de la séparation de l'Église et de l'État.

Amenée à se prononcer, la Cour d'appel estime que la femme ne cherche pas à obtenir coûte que coûte un *guet* de la part d'un tribunal civil, mais à pouvoir en parler ensemble devant les autorités rabbiniques, comme les époux s'étaient engagés à le faire en signant la *kétouba*. Il n'est donc pas ici question pour les juges civils de faire exécuter un accord religieux mais de rappeler que les termes exigeant la comparution des parties devant un tribunal religieux pour des faits en lien avec un mariage sont analogues à ceux d'une clause d'arbitrage insérée dans un accord pré-nuptial, principe reconnu admissible constitutionnellement parlant. La *kétouba* étant présentée comme un accord ordinaire, c'est donc sous l'angle contractuel que se place la Cour d'appel américaine, s'affranchissant par ailleurs des critiques sur son supposé non respect des principes de séparation de l'Église et de l'État, estimant que des juges civils peuvent « appliquer des principes de droit laïc à un litige religieux »<sup>2376</sup>.

**1022. Domestic Relations Law 253 of the New York State.** – En 1983, un an après le procès, ce même État de New-York adopte ce que l'on qualifie parfois officieusement de *New-York Get Statute*, bien que le titre officiel de la loi soit très neutre, s'intitulant le *Domestic Relations Law 253 of the New York State*<sup>2377</sup>.

Son sous-titre est on ne peut plus clair : « *Removal of barriers to remarriage* »,

---

<sup>2374</sup> L. J. JOFFE, "The impact of « foreign law » bans on the struggle for women's equality under Jewish law in the United States of America", in F. BANDA & L. F. JOFFE (dir.), *Women's rights and religious law*, Abingdon, Routledge, 2016, p. 186.

<sup>2375</sup> *Avitzur v Avitzur*, 86 A.D.2d 133 (N.Y. App. Div. 1982).

<sup>2376</sup> I. STIBBE, *Le divorce juif en droit international privé*, op. cit., p. 96.

<sup>2377</sup> *New York Consolidated Laws, Domestic Relations Law - § 253. Removal of barriers to remarriage.*

suppression des obstacles au remariage, et semble s'adresser à toute personne à même de rencontrer un obstacle à l'occasion de son remariage.

L'article 253.6 explique que, par « obstacles au remariage », il faut entendre toute sorte de restriction ou d'inhibition relevant du domaine religieux ou de la conscience, imposée à une partie à l'occasion de son mariage, en vertu de principes professés par le ministre du culte ayant célébré ledit mariage, du fait de la commission ou de l'abstention d'un acte volontaire de la part de l'autre partie, « *any religious or conscientious restraint or inhibition, of which the party required to make the verified statement is aware, that is imposed on a party to a marriage, under the principles held by the clergyman or minister who has solemnized the marriage, by reason of the other party's commission or withholding of any voluntary act* »<sup>2378</sup>. Il faut donc tout faire pour supprimer ces obstacles et pouvoir non seulement divorcer mais également se remarier librement. En pratique, la loi ne s'adresse qu'aux seuls divorces juifs<sup>2379</sup>, nulle autre religion n'imposant un acte volontaire d'une partie en faveur d'une autre à l'occasion d'un divorce, à savoir la délivrance du *guet*. Une fois cet obstacle au remariage supprimé, l'État peut alors accorder le divorce civil<sup>2380</sup>.

**1023. Échec anglais.** - C'est sur la base de cette loi new-yorkaise qu'en 1984, la Chambre des communes britannique propose d'introduire un nouvel article, intitulé *Remarriage (religious barriers) Clause*, dans le cadre de son projet de loi portant sur les *Matrimonial and Family Proceedings*<sup>2381</sup>, sur les procédures matrimoniales et familiales. La clause portant plus particulièrement sur les divorces tant musulmans que juifs est cependant rejetée, le *Lord Chancellor* l'estimant mal rédigée et inadaptée au *Matrimonial and Family Proceedings Bill*<sup>2382</sup>. On en reste donc là en Angleterre.

#### *ii. L'expérience canadienne*

**1024. Affidavit tendant à la suppression des obstacles au remariage religieux.** - L'idée va continuer à faire son chemin, à nouveau de l'autre côté de l'Atlantique : le

---

<sup>2378</sup> M. DE BLOIS, "Jewish family law and secular legal orders : the example of get refusal", in J. MAIR & E. ÖRÜCÜ, *The place of religion in family law, op. cit.*, p. 217.

<sup>2379</sup> J. A. NICHOLS (dir.), *Marriage and divorce in a multicultural context*, Cambridge University Press, 2012, p. 29.

<sup>2380</sup> *Ibid.*

<sup>2381</sup> *Matrimonial and Family Proceedings Bill* de 1983.

<sup>2382</sup> C. HAMILTON, *Family, law and religion, op. cit.*, p. 134-135.

Canada modifie en effet en 1990 sa propre *Loi sur le divorce* et introduit à son tour le principe de l'« Affidavit tendant à la suppression des obstacles au remariage religieux » en son article 21.1<sup>2383</sup>. Ce faisant, le nouvel article habilite les tribunaux à refuser d'accorder un divorce civil s'ils sont d'avis que le demandeur n'a pas levé tous les obstacles à un potentiel remariage religieux.

Mais, modèle canadien oblige, l'article 21.1 se distingue de son homologue new-yorkais sur un point fondamental, en autorisant, au niveau fédéral, les tribunaux à refuser d'exercer leur pouvoir dans le cas où le conjoint récalcitrant aurait des motifs sérieux de nature religieuse ou de conscience pour refuser de lever l'obstacle au remariage religieux<sup>2384</sup>. Il lui suffit pour ce faire de déposer à son tour auprès du tribunal « un affidavit faisant état de motifs sérieux, fondés sur la religion ou la conscience, pour refuser de supprimer tout obstacle »<sup>2385</sup>. Il n'est pas dit, à partir de là, que la tentative, pour louable qu'elle puisse être, ne se retourne pas contre la femme à la recherche d'un *guet*.

**1025. Échec anglais.** - L'insertion d'un tel article dans une loi sur le divorce, au sein d'un pays ayant un lien très particulier avec la monarchie britannique, a un effet certain en Angleterre, qui est alors justement en train d'examiner une éventuelle nouvelle réforme de sa propre loi sur le divorce, *via* une *Law Commission* à l'origine de deux rapports « *Facing the Future* »<sup>2386</sup> et « *Grounds of Divorce* »<sup>2387</sup>.

La Commission propose, entre autres, que le divorce devienne « *a process over time* »<sup>2388</sup>, un processus non pas précipité par une volonté, même commune, de se débarrasser au plus vite de l'ancien conjoint mais accordant, à l'inverse, du temps à la réflexion. Elle conseille donc d'instaurer une période de onze mois minimum entre l'émission du *statement of marital breakdown*, cette déclaration de rupture conjugale qui lance le processus du divorce, et le *decree absolute*, qui signe le divorce lui-même, afin d'avoir le temps de régler, calmement, tout ce qui concerne les enfants, les biens, les finances.

---

<sup>2383</sup> Loi sur le divorce (L.C.R. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.)) (Canada) : [https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/D-3\\_4/textecomplet.html](https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/D-3_4/textecomplet.html)

<sup>2384</sup> M. DE BLOIS, "Jewish family law and secular legal orders : the example of get refusal", in J. MAIR & E. ÖRÜCÜ, *The place of religion in family law*, *op. cit.*

<sup>2385</sup> Loi sur le divorce (L.C.R. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.)) (Canada), art. 21.1 (4) (a).

<sup>2386</sup> *Law Com. n° 170, Facing the Future – A Discussion Paper on the Ground for Divorce, 24 May 1988.*

<sup>2387</sup> *Law Com. n° 192, The Ground for Divorce, 31 October 1990.*

<sup>2388</sup> C. HAMILTON, *Family, law and religion*, *op. cit.*, p. 135.

Cette proposition est bien accueillie par le *Board of Deputies of British Jews*<sup>2389</sup>, qui suggère que les parties profitent de ce laps de temps pour régler leurs éventuels différends religieux et déposent une déclaration en ce sens, « *setting out their proposals for terminating their marriage religiously* »<sup>2390</sup>. Si la proposition est jugée pertinente par la *Law Commission*, elle ne passe cependant pas le cap ultérieur.

## **B/ La réforme de 2002**

**1026.** Finalement, après dix-huit années de mûres réflexions, le *Divorce (Religious Marriages) Act* de 2002<sup>2391</sup> est voté, qui amende le *Matrimonial Causes Act* de 1973 et change considérablement la donne en matière de divorce religieux, pour ne pas dire en matière de divorce juif. Il convient d'en examiner la procédure et le principe (1), ayant entraîné une nette diminution du nombre de cas de femmes entravées, même si des critiques sont émises au sujet de la loi (2).

### **1/ Procédure et principe**

**1027.** Il est important de bien intégrer la procédure de divorce de droit anglais (a), afin de réaliser la manière dont s'articule le principe de la loi de 2002 (b).

#### a/ La procédure de divorce

**1028.** Pour apprécier pleinement l'effet de la loi de 2002, il faut se rappeler que le processus du divorce anglais se fait par étapes, en commençant par celle de la *divorce petition*<sup>2392</sup>, cette requête émise par le demandeur qui initie la procédure en divorce et précise les raisons de la rupture irréparable de la relation conjugale.

Cette demande est suivie de l'*acknowledgment of service* que le défendeur doit compléter dans un délai de sept jours et renvoyer à la cour, en précisant s'il approuve ou conteste ladite requête en divorce.

---

<sup>2389</sup> Établie en 1760, cette organisation sert de lien entre la communauté juive britannique et le gouvernement du Royaume-Uni. Pour aller plus loin : N. DOE, *Comparative religious law, op. cit.*, p. 357.

<sup>2390</sup> C. HAMILTON, *op. cit.*.

<sup>2391</sup> *Divorce (Religious Marriages) Act* de 2002.

<sup>2392</sup> *Form D8*.

Une fois cette partie actée, la partie demanderesse peut alors *apply for a decree nisi*, donc demander une première ordonnance dans laquelle la cour précise qu'elle ne voit pas de raison de refuser un divorce, « *a document that says that the court does not see any reason why you cannot divorce* »<sup>2393</sup>.

Le *decree* émis par la cour, le couple en instance de divorce a alors douze mois maximum pour passer à l'étape suivante mais doit également attendre très exactement six semaines et un jour avant de pouvoir demander la seconde ordonnance, celle du *decree absolute*, attestant de la fin réelle du mariage et autorisant les parties à se remarier dans la foulée.

C'est dans cette fenêtre de tir de six semaines et un jour, donc entre le *decree nisi* et le *decree absolute*, qu'intervient le changement législatif promu par le *Divorce (Religious Marriages) Act*. Il est en effet précisé qu'à compter de l'adoption de la loi de 2002, et donc de l'article 10 du *Matrimonial Causes Act* de 1973, l'octroi de la décision finale de divorcer, donc du *decree absolute*, peut être conditionné à la coopération des parties en matière de divorce religieux<sup>2394</sup>.

#### b/ Le principe de la loi de 2002

**1029.** Le principe de la loi de 2002 se veut très explicite (i), ses conséquences beaucoup plus implicites (ii).

##### *i. Principe explicite*

**1030. Principe explicite.** - De manière très explicite, la loi vise les couples mariés selon le rite juif ou tout autre rite religieux prescrit, « *married in accordance with (i) the usages of the Jews, or (ii) any other prescribed religious usages* »<sup>2395</sup>, qui ont l'obligation de trouver un terrain d'entente s'ils veulent divorcer selon ces mêmes rites, « *must cooperate if the marriage is to be dissolved in accordance with those usages* »<sup>2396</sup>.

Lors de la requête en mariage, la cour peut accorder ou refuser d'accorder le

---

<sup>2393</sup> Source : <https://www.gov.uk/divorce/apply-for-decree-nisi>

<sup>2394</sup> La nouvelle loi relative au divorce, *Divorce, Dissolution and Separation Act* de 2020, ne devrait pas affecter le *Divorce (Religious Marriages) Act* de 2002.

<sup>2395</sup> *MCA* de 1973, S. 10 A (1) (a).

<sup>2396</sup> *Ibid.*, S. 10 A (1) (b).

fameux *decree absolute* si elle estime que les parties ont - ou non - pris les mesures qui s'imposaient, afin justement de respecter lesdits rites : « *on the application of either party, the court may order that a decree of divorce is not to be made absolute until a declaration made by both parties that they have taken such steps as are required to dissolve the marriage in accordance with those usages is produced to the court* »<sup>2397</sup>.

## ii. Conséquences implicites

**1031.** Implicitement, ce nouvel article signifie plusieurs choses.

**1032. Discretion du judge.** - Premièrement, la cour *may*, peut, en de pareilles circonstances, accorder ou non un *decree absolute*. La référence au *discretionary power* du juge est claire, il lui appartient, à lui et à lui seul, de décider d'allouer ou non le précieux sésame. Refuser d'octroyer le *guet* peut donc amener un juge à suspendre sa décision de concéder un *decree absolute*. Cela n'a cependant rien d'automatique pour autant, le juge restant maître de sa décision, ce qui ne signifie pas que la décision soit prise de manière arbitraire. Comme l'a précisé Lord Mansfield il y a bien longtemps, « *discretion when applied to a court of justice means sound discretion guided by law. It must be governed by rule, not by humour : it must not be arbitrary, vague and fanciful ; but legal and regular* »<sup>2398</sup>.

Il n'en demeure pas moins que si le *decree absolute* peut être refusé ou accordé, il n'y a là aucune obligation incombant au juge.

**1033. Aucune pression.** - Deuxièmement, il n'y a ici aucune forme de coercition. Ni la loi, ni le juge ne peut imposer à un mari réfractaire de remettre un *guet* à son ex-épouse. Le mari garde donc toute sa liberté en la matière et agira comme bon lui semble. S'il décide de ne pas accorder de *guet*, il ne pourra pas être soumis à une amende ou toute forme de pression juridique. En revanche, et dans la mesure où les époux n'auront pas réglé tous leurs différends, le juge sera en droit d'estimer que le divorce civil pourra ou ne pourra pas être prononcé.

Cela ne signifie pas pour autant que le divorce religieux est reconnu par la loi

---

<sup>2397</sup> *Ibid.*, S. 10 A (2).

<sup>2398</sup> *R v Wilkes* [1770] 4 Burrow 2527.

anglaise : il n'existe en effet pas aux yeux de cette dernière. Si elle en tient ici compte, c'est au titre d'un élément parmi d'autres et c'est à ce titre, mais comme à d'autres titres (enfants, maison, etc.), qu'une décision va être prise dans le cadre du processus du divorce civil et qu'un juge va exercer sa juridiction : « *the religious divorce (...) has no legal status in the state's eyes (...) whether it exists or not is part of the factual background that is relevant to the state's exercise of its legal jurisdiction* »<sup>2399</sup>.

**1034. Qualification de la *kétouba*.** - La loi de 2002 clôt définitivement le débat autour de la qualification de la *kétouba* et déplace le problème de la sphère contractualiste (ou non) à celle judiciaire et procédurale : les époux étant invités à trouver un terrain d'entente quant à la fin de leur mariage religieux, sous peine de ne pas pouvoir divorcer civilement, ils auront recours, au cas par cas, à la *kétouba*, au *Beth Din*, à tous les expédients pouvant faciliter le dénouement heureux du divorce religieux et donc civil, sans que les juges civils aient eu à se prononcer sur tel aspect ou tel autre du mariage et du divorce religieux.

**1035. Importance du *Beth Din*.** La loi de 2002 suppose que les autorités religieuses compétentes confirmeront que la façon dont se sera déroulé le *guet* sera conforme aux usages religieux. D'où l'importance du *Beth Din* et autre arbitrage rabbinique, dont le rôle n'est en l'occurrence pas d'obliger, de contraindre, mais bien de surveiller, de s'assurer que les parties sont toutes deux désireuses de mettre fin au mariage.

Être d'accord sur la fin du mariage signifie aussi être accord quant aux conséquences de la fin d'un tel mariage, donc s'entendre sur la question du remariage de chacune des parties, ce qui signifie s'entendre sur la question de la descendance éventuelle qui en découlerait. Le *guet* sera donc très explicitement rédigé en ce sens, et il appartient encore une fois à l'arbitrage rabbinique de s'assurer qu'il en aille bien ainsi. Enfin, ce dernier veillera à ce que la procédure soit parfaitement respectée, afin qu'aucun vice de forme ne vienne par la suite entacher le processus<sup>2400</sup>.

En un sens, la fonction du *Beth Din* est de s'assurer du bon déroulé de ce qui ressemble à un divorce mutuel<sup>2401</sup>, notion pourtant étrangère au droit anglais (du moins, jusqu'à l'automne 2021).

---

<sup>2399</sup> A. BRADNEY, *Law and faith in a sceptical age*, op. cit., p. 47.

<sup>2400</sup> G. DOUGLAS, N. DOE, S. GILLIAT-RAY, R. SANDBERG, A. KHAN, "Social Cohesion and Civil Law : Marriage, Divorce and Religious Courts", loc. cit., p. 38.

<sup>2401</sup> *Ibid.*, p. 45.



## 2/ Accueil de la loi

**1036.** La loi de 2002 a nettement diminué le nombre de cas de femmes entravées, atteignant ainsi son objectif premier (a), même si des critiques sont parfois émises, principalement afin d'ouvrir cette même loi aux autres religions, qui n'en font cependant pas la demande (b).

### a/ Diminution du nombre d'agunot

**1037. Diminution des cas de femmes entravées.** - Depuis l'entrée en vigueur du *Divorce (Religious Marriages) Act* de 2002, qui ne concède pas aux tribunaux civils la possibilité de reconnaître le divorce juif<sup>2402</sup> mais uniquement celle de suspendre la procédure civile devant normalement mener au *decree absolute* dans le cas où il resterait des empêchements divers, dont religieux, le *London Beth Din* note que le nombre d'*agunot*, de femmes enchaînées, a nettement diminué<sup>2403</sup>.

### b/ Critiques de la loi de 2002

**1038. De la question de la discrimination éventuelle.** - Pourtant, cette loi pose un vrai souci : elle ne concerne en effet que le seul divorce religieux juif<sup>2404</sup>.

La loi prévoit bien dans son article qu'elle vise tous les couples mariés, qu'ils le soient selon le rite juif ou tout autre rite religieux prescrit, « *married in accordance with (i) the usages of the Jews, or (ii) any other prescribed religious usages* »<sup>2405</sup>. Mais, pour bénéficier de cette reconnaissance, et donc de cette protection, il faut être « *registered to use this facility* »<sup>2406</sup>, c'est-à-dire homologués afin de pouvoir faire usage du système. À l'heure actuelle, seule la religion juive a été reconnue telle quelle. Pour que des fidèles d'autres religions puissent bénéficier de la loi de 2002, il faudrait donc, d'une part, que la religion en question soit également homologuée et, d'autre part, amender la loi pour y

---

<sup>2402</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>2403</sup> *Ibid.*

<sup>2404</sup> A. FARRAH & J. C. NORTON, "Religious tribunals, religious freedom, and concern for vulnerable women", *CFLQ*, 24, 2012, p. 371.

<sup>2405</sup> *MCA* de 1973, S. 10 A (1) (a).

<sup>2406</sup> M. MALEIHA, "Muslim legal norms and the integration of European Muslims", *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, RSCAS 2009/29, p. 22.

insérer l'équivalent d'un « (ii) *the usages of the Muslims – the Christians – the Hindus – etc., or (iii) any other prescribed religious usages* ». Or, cela n'est pas le cas aujourd'hui.

**1039. Pas de réforme en vue.** - Des voix se font régulièrement entendre pour demander à ce que la loi soit étendue (donc amendée) aux autres religions.

Il en va ainsi, du dernier rapport présenté au Parlement sur l'application de la loi islamique en Angleterre, qui demande clairement la modification de l'article 10 A du *Matrimonial Causes Act* de 1973<sup>2407</sup>, afin que ce dernier concerne dorénavant également le divorce musulman, mettant ainsi plus d'égalité dans les religions. L'idée serait que les tribunaux civils soient également en droit de refuser de finaliser un divorce civil, donc de refuser d'accorder le *decree absolute*, tant qu'un divorce religieux musulman n'aura pas été obtenu ou, s'il a bien été obtenu, de le refuser au nom des pressions injustes exercées sur l'une des parties.

À ce jour, la loi n'a pas été modifiée. Ni par le législateur lui-même, ni à la demande d'aucun représentant d'une quelconque religion, musulmane ou autre, au Royaume-Uni. Personne donc, en dehors de la confession juive, n'a demandé à pouvoir bénéficier de l'article 10A du *Matrimonial Causes Act* de 1973<sup>2408</sup>. Pour la plupart des pratiquants, qu'ils soient musulmans ou fidèles d'autres religions, la façon de divorcer en Angleterre reste donc placée sous le signe de la dualité, avec une procédure civile, indispensable, et une procédure religieuse, accessoire, l'ordre n'ayant pas d'importance : « *religious divorces are obtained under or following one procedure and civil divorces under another* »<sup>2409</sup>.

**1040. Conclusion § 1.** – Le problème du *guet*, dont la résolution a un temps été hésitante, est depuis 2002 quasiment résolu en Angleterre. Désormais, les époux juifs se doivent de résoudre cet aspect de leur divorce religieux entre l'obtention du *decree nisi* et celui du *decree absolute*, s'ils entendent obtenir leur divorce civil, sans que les juges aient besoin d'interférer en aucune manière.

La France, ne connaissant pas le principe d'un divorce par étapes, s'est tournée vers une autre solution, celle de l'abus de droit.

---

<sup>2407</sup> *The independent review into the application of sharia law in England and Wales (dit Report into Sharia Law in the UK)*, op. cit., p. 18.

<sup>2408</sup> G. DOUGLAS, N. DOE, S. GILLIAT-RAY *et al.*, "The role of religious tribunals in regulating marriage and divorce", *CFLQ*, 24, 2012, p. 153.

<sup>2409</sup> U. KHALIQ, "The Accommodation and Regulation of Islam and Muslim Practices in English Law", *Ecc LJ*, 6, 2002, p. 345.

## § 2 : La France, le *guet* et l'abus de droit

**1041.** La loi française ne tient pas compte des mariages uniquement religieux célébrés sur son sol, ne reconnaissant comme valable que le mariage civil, qui peut néanmoins être éventuellement suivi d'une cérémonie religieuse. Elle n'admet pas non plus les divorces religieux. Mais, dans un cas comme dans l'autre, les tribunaux français peuvent être amenés, de manière indirecte, à prendre en compte des données religieuses dans la résolution des conflits qui leur sont soumis. Le *guet* en fait partie. Certes, il ne représente assurément qu'une petite partie des affaires portées devant les tribunaux civils, même si depuis 1872<sup>2410</sup>, nous n'avons guère de chiffres pouvant nous aider à comprendre la place réellement occupée par la problématique du *guet* en France. Nous retiendrons donc les données présentées par Monsieur Daniel Dahan<sup>2411</sup>, qui estime à environ cent trente-cinq mille le nombre de divorces prononcés chaque année en France depuis 2006 par les juridictions civiles, à comparer aux quelques quatre cent vingt *guitin*<sup>2412</sup> délivrés par le *Beth Din* de Paris, toujours depuis 2006. Parmi ces quatre cent vingt *guitin*, rares sont ceux qui seront examinés par un tribunal civil.

À l'instar du juge anglais, le magistrat français a lui aussi hésité dans sa qualification du refus de délivrer un *guet*, avant de stabiliser la thèse de l'abus de droit (A), plaçant alors le refus de remettre le libelle de divorce juif sous l'angle de la responsabilité civile délictuelle (B).

### A/ Qualification du refus de délivrance du *guet*

**1042.** Les juges français, à l'instar de leurs homologues anglais, ont eux aussi tâtonné quant à la conduite à tenir face au refus de délivrer un *guet*, adoptant d'abord la thèse contractualiste (1) pour ensuite préférer se placer sous l'angle délictuel (2).

---

<sup>2410</sup> Date du dernier recensement « religieux » en France ; cf. Sénat : <https://www.senat.fr/rap/r15-757/r15-7574.html>

<sup>2411</sup> D. DAHAN, *'Agounot, « les femmes entravées », op. cit.*, p. 19.

<sup>2412</sup> Pluriel de *guet*.

## 1/ De la thèse contractualiste

**1043. Principe.** - Pendant un temps, les juges français se sont placés sous l'angle contractuel, suivant, en un sens, le point de vue juridique hébraïque : le mariage juif est un contrat, le divorce juif en est un autre. Lorsqu'un couple décide de s'unir selon la loi juive, il s'engage à en respecter les termes et les conditions, ce qui implique également de respecter les règles en matière de dissolution du mariage. En conséquence, refuser de remettre le *guet* à une épouse ou refuser d'accepter le *guet* des mains de son époux, élément essentiel du divorce juif, constitue une rupture de contrat, une violation desdits termes contractuels.

**1044. Jurisprudence.** - C'est là la thèse, donc contractualiste, reprise par le tribunal civil de Casablanca en 1949<sup>2413</sup>, qui exigea de Madame, qui refusait d'accepter le *guet*, de « se présenter personnellement et (d') assister aux formations nécessitées pour l'application des conséquences sacramentelles de la loi mosaïque » au motif « qu'elle s'était contractuellement engagée à le faire en se mariant selon la loi mosaïque »<sup>2414</sup>.

C'est ce même argument qui est encore avancé par la demanderesse devant le tribunal de Metz en 1955<sup>2415</sup> lorsqu'elle avance que « le mariage religieux comportait un contrat, la *kétouba*, générateur d'obligations auxquelles (l'ex-mari) est astreint »<sup>2416</sup>. Si le tribunal rejette néanmoins le raisonnement, c'est parce que « la demanderesse se place à tort sur le terrain contractuel, l'acte dit *kétouba*, qui constitue le contrat de mariage, ne contenant aucune stipulation relative à une séparation éventuelle des époux »<sup>2417</sup>. Arguer du non-respect de la *kétouba* implique donc qu'une clause relative à la fin du mariage y soit préalablement intégrée.

## 2/ Le *guet*, vu comme un délit

**1045.** Le refus d'accorder un *guet* va rapidement s'affirmer comme un délit civil, engageant la responsabilité civile de celui qui en est à l'origine (a), principe qui va ensuite s'affiner et évoluer vers l'abus de droit (b).

---

<sup>2413</sup> T. civ. Casablanca, 21 décembre 1949, *D.*, II, 1953, p. 538.

<sup>2414</sup> I. STIBBE, *Le divorce juif en droit international privé*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>2415</sup> T. civ. Metz, 27 avril 1955, *JCP* 1960, II, n° 11632.

<sup>2416</sup> I. STIBBE, *op. cit.*

<sup>2417</sup> *Ibid.*, p. 94.

## a/ Du délit civil

**1046. Principe.** - Le point de vue contractualiste va laisser place à une autre raisonnement. Comme le précise le substitut du procureur de la République lors d'une affaire similaire portée devant le tribunal civil de la Seine en 1957<sup>2418</sup> : « Je crois qu'une telle thèse ne peut être acceptée – car elle suppose la reconnaissance par le tribunal du mariage religieux comme d'un véritable acte juridique générateur d'obligations civiles, parallèle à cet autre acte juridique qu'est le mariage civil »<sup>2419</sup>. Dès lors, pour la grande majorité de la jurisprudence française, il ne faut pas envisager le refus d'accorder un *guet* sous l'angle du contrat, mais sous celui du délit, voire du quasi-délit, un point de vue qui avait d'ailleurs été affirmé dès le premier arrêt français ayant eu à connaître du *guet*, en 1875<sup>2420</sup>.

**1047. Premier arrêt.** - Les faits de ce premier arrêt évoquant le *guet* sont les suivants : Isaac Pariente et Yamina Lelouch, alors âgée de treize ans, se marient religieusement. Par acte sous seing privé préalable, Monsieur s'engage à épouser Mademoiselle au civil dès qu'elle atteindra quinze ans. Quelques mois après leur union religieuse, le mari renvoie cependant la jeune femme chez ses parents. En parallèle, et alors que la jeune fille s'apprête à fêter ses quinze ans, il fait publier les bans de son mariage avec une autre femme, au lieu de procéder à son union civile avec Yamina Lelouch.

La Cour d'appel d'Alger, devant laquelle est portée l'affaire, consciente que le mariage religieux d'un citoyen français n'a aucune valeur et que le divorce n'est pas admis à l'époque, énonce pour la première fois que « Si le mariage religieux est inhabile à créer un lien conjugal civil ; et s'il n'a pas la valeur légale d'un contrat, il est du moins un fait qui peut, dans certains cas, devenir la source d'un préjudice et d'un quasi-délit passibles de dommages-intérêts »<sup>2421</sup>, une position non seulement reprise ultérieurement lors d'un autre arrêt jugé par la Cour d'appel<sup>2422</sup> mais qui plus est, confirmée en cassation<sup>2423</sup>.

**1048. Responsabilité civile.** - En se plaçant sous le signe du délit, la justice française s'autorise à traiter du problème du *guet* non pas d'un point de vue religieux *stricto sensu*,

---

<sup>2418</sup> Tribunal. civ. Seine, 22 février 1957, *JCP* 1957, II, 9892.

<sup>2419</sup> *Ibid.*

<sup>2420</sup> CA Alger, 29 juillet 1875, *Jurisprudence algérienne*, 1875, p. 35.

<sup>2421</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>2422</sup> CA Alger, 9 avril 1908, *Revue algérienne*, 1910, II, p. 51.

<sup>2423</sup> Req. 28 février 1876, *S.* 1877, p. 27.

mais sous l'angle d'une obligation non respectée engageant la responsabilité civile, tout en respectant la liberté de conscience des parties en présence, telle que proclamée ultérieurement par l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958<sup>2424</sup> et l'article premier de la loi du 9 décembre 1905<sup>2425</sup>. L'exercice consiste à trouver un équilibre, délicat à atteindre, entre, d'une part, la neutralité religieuse de l'État, sa non-confessionnalité, et, d'autre part, la nécessaire intervention des instances judiciaires face à une rupture d'égalité entre des parties, ce qui est le cas lorsque l'homme refuse de manière injustifiée de remettre le *guet* mais également lorsque la femme refuse de l'accepter (même si le cas est plus rare), de manière également injustifiée.

#### b/ De l'abus de droit

**1049. Principe.** - Avec le temps, la thèse délictuelle en matière de refus de délivrance de *guet* va s'affiner et évoluer vers la notion d'abus de droit, principe développé en l'espèce par Émile Larcher, avocat et professeur à l'école de droit d'Alger<sup>2426</sup>. Ce dernier note en effet que « ne pas faire ce que l'on n'est pas obligé de faire ne saurait constituer une faute »<sup>2427</sup>. En effet, comme le précise encore Monsieur Émile Larcher, le mari « a le droit de ne pas délivrer le *guet* ». En conséquence, « il ne peut, par définition, être condamné parce qu'il n'a pas usé de son droit »<sup>2428</sup>.

Il n'en demeure pas moins qu'il serait opportun pour l'avocat « de chercher dans la théorie de l'abus du droit une justification à la solution que la cour a adoptée »<sup>2429</sup>. Cet argument va être repris par le tribunal d'Alger quelques années plus tard<sup>2430</sup> puis traverser la Méditerranée<sup>2431</sup> en direction de la métropole pour s'y résolument implanter.

**1050. Précisions.** - Il est important de souligner que la justice française ne cherche en aucun cas à « sanctionner la méconnaissance d'une obligation morale trouvant sa source

---

<sup>2424</sup> Constitution du 4 octobre 1958, JORF du 5 octobre 1958, art. 1 : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».

<sup>2425</sup> Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, JORF du 11 décembre 1905, art. 1 : « Le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ».

<sup>2426</sup> F. RENUCCI, « Les solutions aux conflits en matière de divorce religieux du XIX<sup>e</sup> à nos jours - Le cas de refus de délivrance du *gueth* en droit interne », *CNRS, Centre d'Histoire Judiciaire*, 2011, p. 43.

<sup>2427</sup> *Ibid.*

<sup>2428</sup> CA Alger, 9 avril 1908, *Revue algérienne*, 1910, II, p. 53, notes de Monsieur Émile Larcher.

<sup>2429</sup> *Ibid.*

<sup>2430</sup> T. civ. Alger, 2 juin 1939, *Journal des tribunaux algériens*, 12 juin 1941.

<sup>2431</sup> Cass. civ., 13 décembre 1972, *D.*, 1973, p. 493.

dans la religion »<sup>2432</sup> mais à blâmer l'abus d'un droit, d'une liberté, au même titre que n'importe quel autre droit, n'importe quelle autre liberté. Que faut-il donc entendre par cette expression « abus de droit » ? La définition classique consiste à y voir « le fait par un titulaire d'un droit de le mettre en œuvre en dehors de cette finalité »<sup>2433</sup>. Ce que l'on reproche ici au mari (puisqu'il s'agit plus souvent de lui que de sa femme) récalcitrant, ce n'est pas d'avoir la possibilité d'accepter de remettre ou non un libelle pouvant considérablement changer la vie de l'autre partie – ce qui est sa liberté, son droit -, mais de refuser de manière injustifiée, excessive, anormale, dolosive<sup>2434</sup>, de délivrer l'acte en question – ce qui constitue alors un abus de liberté, un abus de droit.

Une demande visant à ordonner « l'exécution forcée d'une obligation religieuse » n'a que peu de chance d'aboutir devant les tribunaux. En revanche, « celle tendant à sanctionner un comportement abusif (...) relève » bien « de la sphère juridique »<sup>2435</sup>.

**1051. Voix discordantes.** - Notons quelques voix discordantes, qui se font toujours entendre à ce propos, comme celle de Monsieur Éric Agostini<sup>2436</sup>, pour qui cette théorie de l'abus de droit fait fausse route. Il précise en effet qu'en Israël, un tribunal rabbinique a parfaitement le pouvoir de contraindre un mari à délivrer un *guet* et en veut pour exemple la condamnation du mari, en cas de persistance de refus, non seulement au fouet et au bannissement mais également à l'emprisonnement pour *contempt of court* : « Fouet ou bannissement ne sont pas vraiment le signe de la simple faculté du point de vue du manquement sous examen »<sup>2437</sup>. On notera par ailleurs que la Knesset a fait voter une loi en 2018 donnant aux tribunaux rabbiniques israéliens compétence internationale contre les hommes juifs (la loi n'accordant ce droit qu'aux seules femmes) refusant le divorce. Les femmes juives, sans réel droit de recours dans de nombreux pays, peuvent donc désormais venir en Israël afin d'obtenir un divorce religieux<sup>2438</sup>.

---

<sup>2432</sup> A.-C. RÉGLIER, « L'appréhension par les juridictions de l'ordre judiciaire du dommage subi par l'ex-épouse de confession israélite causé par le refus de délivrance du "guett" opposé par son ex-époux », *RRJ*, 34, 2009, p. 1041 et s., § n° 10.

<sup>2433</sup> R. GUILLIEN et J. VINCENT, s.v. « Abus de droit », *Lexique de termes juridiques*, op. cit., p. 3.

<sup>2434</sup> A.-C. RÉGLIER, loc. cit., § n° 23.

<sup>2435</sup> *Ibid.*, n° 12.

<sup>2436</sup> J.-M. HISQUIN, *Liberté de religion et droit de la famille*, thèse Lyon 3, 2012, p. 165.

<sup>2437</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 novembre 1990, *D.* 1991, p. 434, note E. AGOSTINI.

<sup>2438</sup> « Selon les termes de la loi, une femme peut tenter une action en divorce en Israël même si elle n'est pas citoyenne israélienne, si l'une des conditions suivantes s'applique : il n'y a pas de tribunal rabbinique à proximité de sa ville natale ou de celle du mari ; la femme a présenté une demande de divorce devant un tribunal rabbinique de diaspora, mais l'homme a refusé de se présenter à la convocation pendant au moins quatre mois ; ou le tribunal rabbinique étranger a ordonné au mari de donner le *guet*, ou divorce religieux, mais il manque de moyens pour faire appliquer la décision qui reste sans effet pour une période d'au moins

D'autres auteurs soulignent que « si le principe de laïcité qui s'impose aux juridictions de l'État, mettait obstacle aux astreintes, il devrait aussi fermer la voie à l'allocation de dommages-intérêts »<sup>2439</sup> et que « si on admet que le refus injustifié de délivrer le *guet* est fautif, le but auquel il convient de tendre, c'est l'obligation de délivrer dont l'exécution en nature permettra seule à l'épouse de jouir véritablement de sa propre liberté, celle de se remarier religieusement »<sup>2440</sup>, ce que permet justement l'astreinte<sup>2441</sup>.

À ce jour, ces points de vue ne semblent pas être entendus.

## **B/ Conséquences de l'abus de droit en cas de refus de *guet***

**1052.** Comme pour tout autre fait susceptible d'engendrer une responsabilité civile délictuelle, les juges veilleront à ce que les termes de l'article 1240 (ancien 1382) du Code civil soient respectés : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Cela signifie qu'ils veilleront à ce que soient établis en particulier un fait générateur (1), ainsi qu'un préjudice (2).

### **1/ Fait générateur**

**1053.** Le fait générateur a reposé pendant longtemps sur la mauvaise foi (a) et l'intention de nuire (b) de qui refuse d'accorder ou de recevoir le *guet*. La jurisprudence a cependant évolué en la matière pour ne plus sembler retenir que le comportement du conjoint récalcitrant (c).

#### a/ La mauvaise foi

**1054. Mauvaise foi.** - La Cour de cassation de 1982<sup>2442</sup>, à l'instar d'autres cours avant elle, retient que, dans le cas d'un refus de délivrance de *guet*, le fait générateur de l'abus de

---

six mois ». Source : <https://fr.timesofisrael.com/les-femmes-enchainees-non-israeliennes-peuvent-desormais-divorcer-en-israel/>

<sup>2439</sup> DESBOIS, obs. *RTDC* 1989, p. 300.

<sup>2440</sup> G. DURRY, « Le contrôle exercé par les tribunaux sur le refus d'un mari de confession israélite de délivrer le *gueth* à sa femme ? », *RTD civ.* 1984, p. 114.

<sup>2441</sup> E. FOREY, *État et institutions religieuses*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>2442</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 avril 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, p. 590.



droit est caractérisé par la mauvaise foi de la partie refusant d'accorder ou de recevoir ledit *guet*.

#### b/ L'intention de nuire

**1055. Intention de nuire.** - « La théorie de l'abus de droit, qui se réfère à l'usage excessif d'un droit qui a engendré une atteinte aux droits d'autrui, suppose une intention de nuire. Cette dernière révèle le caractère abusif de l'abstention »<sup>2443</sup>. C'est donc cette intention de nuire que les juges chercheront à prouver en cas d'abus de pouvoir du mari récalcitrant. Elle pourra prendre de nombreuses formes, mais en tout étant de cause, il faudra y trouver « un but malicieux »<sup>2444</sup>, qui plus dommageable : la partie refusant l'octroi du *guet* sait en effet que, en agissant comme elle le fait, elle prive l'autre partie d'un document essentiel, dont le défaut engendre de graves conséquences.

**1056. Exemples.** - Figureront donc dans cette catégorie un « défaut d'intérêt sérieux du mari à refuser le *guet* »<sup>2445</sup>, une « attitude obstinée et volontaire (qui), en interdisant tout remariage religieux à son ex-épouse, cause à celle-ci un préjudice important (sans que l'époux) ne s'explique sur les raisons qui le poussent à refuser de délivrer le *guet* »<sup>2446</sup>, « une liberté qu'il s'est attribué à lui-même »<sup>2447</sup> par rancune ou pour des motifs pécuniaires<sup>2448</sup>, des « aspirations d'une basse vengeance ou à des calculs d'une abjecte cupidité »<sup>2449</sup> ou encore un « désir (...) nuisible de spéculation »<sup>2450</sup>.

On le voit, l'intention de nuire est multiforme.

---

<sup>2443</sup> F. RENUCCI, « Les solutions aux conflits en matière de divorce religieux du XIX<sup>e</sup> à nos jours - Le cas de refus de délivrance du *gueth* en droit interne », *loc. cit.*, p. 44.

<sup>2444</sup> A.-C. RÉGLIER, « L'appréhension par les juridictions de l'ordre judiciaire du dommage subi par l'ex-épouse de confession israélite causé par le refus de délivrance du "guett" opposé par son ex-époux », *loc. cit.*, § n° 19.

<sup>2445</sup> T. civ. Guelma, 15 mai 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, II, p. 424.

<sup>2446</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 12 décembre 1994, n° 92-17.098, *Bull. civ.* II, n° 262.

<sup>2447</sup> CA Alger, 22 octobre 1917, *Revue Algérienne*, 1919-20, II, p. 144.

<sup>2448</sup> CA Alger, 29 juillet 1875, *Jurisprudence algérienne* 1875, p. 37.

<sup>2449</sup> Req. 28 février 1876, S. 1877, p. 28.

<sup>2450</sup> T. civ. Alger, 2 juin 1939, *Journal des tribunaux algériens*, 12 juin 1941, p. 44.

### c/ Le comportement du récalcitrant

**1057.** On notera ici une évolution de la Cour de cassation<sup>2451</sup> en la matière, la cour ayant admis la possibilité de ne pas exiger l'intention de nuire pour qualifier un fait d'abus de droit, le comportement du conjoint récalcitrant suffisant à lui tout seul et constituant la faute engageant sa responsabilité. Cette position semble celle retenue à l'heure actuelle, un arrêt relativement récent de la Cour d'appel de Versailles retenant que le « refus prolongé, sans motif légitime »<sup>2452</sup> engage la responsabilité du mari. La cour ne s'est donc pas fondée sur l'intention de nuire, même si cette dernière apparaît nettement dans un courrier envoyé par le mari à sa femme<sup>2453</sup>.

## **2/ Préjudice**

**1058.** Une fois le fait générateur établi, la justice française veillera à ce que le préjudice soit également attesté (a), avant de conclure à des dommages-intérêts (b).

### a/ Perte de chance réelle et sérieuse

**1059. Perte de chance réelle et sérieuse.** - Il ne suffit pas que le fait soit qualifié d'abusif pour conclure immédiatement aux dommages-intérêts. Il faut encore prouver que le refus injustifié de délivrance du *guet* entraîne un préjudice, moral ou matériel. Les tribunaux ont ainsi retenu qu'en refusant de remettre un *guet*, un conjoint empêchait l'autre partie de fonder un nouveau foyer<sup>2454</sup> ou attentait à ses convictions religieuses<sup>2455</sup>.

À l'inverse, dans le cas où la femme en attente du *guet* ne parviendrait pas à démontrer aux juges le préjudice subi, comme par exemple un projet avorté ou retardé de remariage<sup>2456</sup> ou d'enfant, elle pourrait se voir refuser la reconnaissance de l'existence de

---

<sup>2451</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 juin 1985, n° 84-11.088, *Bull. civ.* 1985 II n° 113, p. 76 - Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 15 juin 1988, n° 86-15.476, *Bull. civ.* 1988 II n° 146, p. 78.

<sup>2452</sup> CA Versailles, 16 février 2012, n° 10-04809, RDLF 2013, chron. 10 note J.-M. HISQUIN. 197.

<sup>2453</sup> *Ibid.* : « Faute d'accord amiable sur la liquidation de la communauté, rien ni personne ne m'obligera à faire en sorte que ton statut personnel sur le plan religieux ne change et qu'il faudra faire avec jusqu'à la fin de tes jours ».

<sup>2454</sup> A.-C. RÉGLIER, « L'appréhension par les juridictions de l'ordre judiciaire du dommage subi par l'ex-épouse de confession israélite causé par le refus de délivrance du "guett" opposé par son ex-époux », *loc. cit.*, § n° 30.

<sup>2455</sup> Cass. civ., 17 juin 1914, *DP* 1919, I, p. 36.

<sup>2456</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 avril 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, p. 590.

préjudice et, par là-même, la mise en action de toute responsabilité civile délictuelle en l'encontre de son conjoint<sup>2457</sup>.

Il faut donc réussir à attester d'une perte de chance réelle et sérieuse, en pratique et non pas en théorie, ce qui n'est pas toujours évident, et l'est encore moins pour une femme pieuse, qui hésitera plus d'une fois à se lancer dans une nouvelle relation au regard de la loi talmudique impitoyable vis-à-vis des femmes enchaînées et des potentiels *mamzerim*.

## b/ Conséquences

**1060.** En combinant les principes tant de l'abus de droit que de la responsabilité du fait personnel, la justice française en est venue à imposer divers types de sanctions en cas de refus de délivrance du *guet* et a ainsi essayé tour à tour les dommages-intérêts réductibles (i), l'astreinte (ii), pour ne finalement garder que les dommages-intérêts (iii).

### *i. Dommages-intérêts réductibles*

**1061. Dommages-intérêts réductibles.** - En 1875, la Cour d'appel, non sans anticiper en quelque sorte l'arrêt anglais *Brett* de 1969, condamne le défendeur à verser dix mille FF de dommages-intérêts à son épouse pour non remise de *guet*, montant néanmoins amené à être considérablement atténué si ledit *guet* est finalement et rapidement remis : « cette somme sera réduite à trois mille FF si, avant le surlendemain de la signification du présent arrêt, date de rigueur, Pariante a consenti ou valablement offert à demoiselle Lelouch la répudiation selon la loi mosaïque »<sup>2458</sup>. Les juges, ici mais également au cours d'autres procès<sup>2459</sup>, n'ont donc pas fixé de manière définitive une compensation financière à allouer, tout en déterminant un montant maximum<sup>2460</sup>.

---

<sup>2457</sup> CA Aix-en-Provence, 1<sup>ere</sup> chambre, sect. B, 23 octobre 2008, rôle 07-17212.

<sup>2458</sup> CA Alger, 29 juillet 1875, *Jurisprudence algérienne* 1875, p. 37.

<sup>2459</sup> CA Alger, 9 avril 1908, *Revue algérienne* 1910, II, p. 51 ; T. civ. Tlemcen, 11 février 1909, *RDIP*, 1909, p. 562.

<sup>2460</sup> F. RENUCCI, « Les solutions aux conflits en matière de divorce religieux du XIXe à nos jours - Le cas de refus de délivrance du *gueth* en droit interne », *loc. cit.*, p. 45.

*ii. Astreinte*

**1062.** Par la suite, la position des dommages-intérêts réductibles va être abandonnée, les tribunaux hésitant entre dommages-intérêts simples (donc non réductibles)<sup>2461</sup> et astreinte<sup>2462</sup>, appliquant parfois les deux solutions<sup>2463</sup>.

**1063. Astreinte.** – Les juges français vont proposer un temps d'imposer, en cas de préjudice né du refus d'octroyer un *guet*, une astreinte, soit « la condamnation à une somme d'argent, à raison de tant par jour - semaine - mois de retard, prononcée par le juge du fond ou le juge des référés, contre un débiteur récalcitrant, en vue de l'amener à exécuter en nature son obligation »<sup>2464</sup>. Ce faisant, les juges français se retrouvent cependant face à la difficulté soulevée par les juges anglais<sup>2465</sup> : astreindre un mari à délivrer le *guet*, c'est, par définition, l'obliger à remettre le précieux libelle. Or, selon la *halakha*, rien ni personne ne peut agir ainsi, l'époux devant donner son *guet* de manière volontaire, afin d'absolument éviter le *guet me'useh*.

En outre, imposer l'astreinte pose un cas de conscience aux juges français soumis au principe de laïcité. Comme le remarque le substitut du procureur de la République dans le jugement du Tribunal civil de la Seine de 1957<sup>2466</sup> : « le principe de la laïcité du mariage, sécularisé par le Code civil, n'entraîne-t-il pas une absolue séparation du domaine civil et du domaine religieux ? Comment l'État sanctionnerait-il par votre organe la non-application d'une discipline religieuse qui n'est plus de son ressort ? ». Il ajoute ensuite qu'« Admettre l'astreinte, ce serait nécessairement reconnaître l'existence de droits et de devoirs antérieurs à ce refus, découlant directement de la loi religieuse. Et cela, vous ne pouvez pas le faire, sans pénétrer sur le terrain qui vous est interdit »<sup>2467</sup>.

C'est pourquoi, il sera finalement décidé qu'« en application du principe de laïcité de l'état civil il n'appartient pas au juge civil de rechercher si la loi rabbinique donne à dame Muskat le droit de réclamer le « *guet* » et si elle fait ou non à Danan l'obligation de

---

<sup>2461</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 13 décembre 1972, n° 71-12-043, *Bull. civ.* II, n° 320 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 avril 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, p. 590 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 novembre 1990, *D.* 1991, p. 434, note E. Agostini.

<sup>2462</sup> TGI Seine, 22 juin 1967, *RDIP*, 1968, p. 356.

<sup>2463</sup> T. civ. Grenoble, 7 mai 1958, *JCP*, 1960, II, n° 11632.

<sup>2464</sup> R. GUILLIEN et J. VINCENT, s.v. « Astreinte », *Lexique de termes juridiques*, op. cit., p. 45.

<sup>2465</sup> *Beales v Beales* [1972], op. cit.

<sup>2466</sup> E. FOREY, *État et institutions religieuses*, op. cit., p. 144 : Tribunal. civ. Seine, 22 février 1957, *JCP* 1957, II, 9892.

<sup>2467</sup> *Ibid.*

le délivrer ; qu'ainsi, ne pouvant l'y contraindre, ni consacrer le droit de la femme, le Tribunal ne peut faire droit à la demande d'astreinte »<sup>2468</sup>.

**1064. Rejet jurisprudentiel.** – En un sens, la Cour de cassation a tenu compte de ces argumentaires quand elle a à son tour rejeté l'utilisation de l'astreinte en 1982<sup>2469</sup> et réitéré sa décision quelques années plus tard<sup>2470</sup>, puisqu'elle précise que le *guet* « est une faculté relevant du domaine de la liberté de conscience »<sup>2471</sup>, excluant toute contrainte, donc toute astreinte, « et dont l'abus ne pouvait donner lieu qu'à des dommages-intérêts ».

Principe de laïcité oblige, les juges de la haute cour ne placent pas leur argumentaire sous le signe de la *halakha*, mais sous celui du droit d'agir selon des doctrines philosophiques ou religieuses jugées bonnes par le détenteur du droit en question, un droit protégé tant par l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>2472</sup> que par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2473</sup> et l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>2474</sup>.

Puisque la délivrance du *guet* relève de la liberté de conscience, elle ne saurait être mise sur le même plan qu'une obligation juridique *lambda*, pouvant faire l'objet, elle, d'une exécution forcée. Ne reste donc à ce jour que les dommages-intérêts simples.

---

<sup>2468</sup> *Ibid.*

<sup>2469</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 avril 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, p. 590.

<sup>2470</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 novembre 1990, *D.* 1991, p. 434, note E. Agostini.

<sup>2471</sup> F. RENUCCI, « Les solutions aux conflits en matière de divorce religieux du XIX<sup>e</sup> à nos jours - Le cas de refus de délivrance du *gueth* en droit interne », *loc. cit.*

<sup>2472</sup> DDHC, art. 18 : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites. »

<sup>2473</sup> Conv. EDH, art. 9 : « Liberté de pensée, de conscience et de religion 1) Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2) La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

<sup>2474</sup> La liberté de conscience est rattachée à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 - Cons. const., décisions n° 2013-353, QPC du 18 octobre 2013 et 2017-695 du 29 mars 2018, *La liberté de conscience* : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. »

### iii. Dommages-intérêts simples

**1065. Dommages-intérêts.** - À ce jour, en présence d'un refus injustifié de délivrer le *guet* de la part d'un mari, il ne reste donc, une fois la qualification de délit retenue par le juge, que la solution des dommages-intérêts.

Officiellement, le juge ne contraint pas ce dernier à accomplir un acte religieux, il ne peut d'ailleurs le faire. Mais, en un sens, il l'y conduit, bon gré, mal gré, par le biais financier. Ce biais entraîne, selon certains auteurs, un risque réel de « marchandage »<sup>2475-2476</sup>, les parties étant alors amenées à négocier entre elles, à l'issue du jugement, la délivrance du *guet* contre le non paiement des dommages-intérêts, agissement hautement regrettable mais qui pour autant, il est vrai, « ne concerne pas le juge »<sup>2477</sup>.

Ces mêmes auteurs regrettent que « si celui-ci (le juge) n'a pas cru devoir, dans un premier temps, condamner le débiteur à une exécution directe, sous astreinte, en raison du caractère personnel de l'obligation, il n'a pas le droit de se raviser en cours de délibéré, dans un deuxième temps, sous le seul prétexte que l'attitude ultérieure (mais très incertaine) des parties serait susceptible d'aboutir à l'exécution forcée »<sup>2478</sup>. Il n'est en effet pas du tout acquis que, dans un cas tel que ci-dessus décrit, la partie récalcitrante finisse par remettre le *guet*, sa réelle condamnation civile étant de payer une somme du fait de la qualification de son attitude en délit, pas d'exécuter en nature une obligation à laquelle la partie adverse tient tant. Il arrive ainsi que le mari soit condamné deux fois de suite, une première fois pour refus de délivrance de *guet*, suivie d'une deuxième fois pour demander réparation de la part de l'épouse qui n'a toujours pas reçu son libelle de divorce<sup>2479</sup>.

**1066. Conclusion § 2.** – Confrontée à la même problématique du *guet*, la justice française a elle aussi décidé de ne plus exiger la délivrance dudit *guet*, même si ses raisons diffèrent de celles anglaises. Contrairement à ce qui se passe outre-Manche, elle n'a cependant pas réellement prévu de solution de remplacement, en dehors de la possibilité d'accorder des dommages-intérêts, laissant ainsi insatisfaites un certain nombre de personnes, à

---

<sup>2475</sup> P. BARBIER, « Le problème du Gueth », *Gaz. Pal.* 1987, 2, Doctr. 484.

<sup>2476</sup> Cf. les articles parus dans la presse :

[https://www.lexpress.fr/actualite/societe/religion/divorce-juif-la-guerre-du-guet\\_1547028.html](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/religion/divorce-juif-la-guerre-du-guet_1547028.html)  
[https://www.lepoint.fr/societe/divorce-l-affaire-qui-dechire-la-communaute-juive-14-05-2014-1822908\\_23.php](https://www.lepoint.fr/societe/divorce-l-affaire-qui-dechire-la-communaute-juive-14-05-2014-1822908_23.php)

<sup>2477</sup> P. BARBIER, *loc. cit.*

<sup>2478</sup> *Ibid.*

<sup>2479</sup> CA Versailles, 14 novembre 1996, *Juris-Data* n° 048618.

commencer par les femmes qui intentent une procédure en ce sens. Principe de laïcité oblige, il est vrai qu'il serait difficile, voire impossible, de faire voter en France une loi équivalente au *Divorce (Religious Marriages) Act* de 2002. Qui plus est, non seulement le système du divorce français ne comprend pas les deux phases clé de *decree nisi* et *decree absolute*, qui permettent de clarifier la situation personnelle de chacun à tout point de vue, y compris religieux, mais, depuis une décision du Grand Sanhédrin en date du 2 mars 1807, les juifs de France sont tenus de se soumettre au droit civil en passant devant le juge civil avant de recourir aux formalités de la délivrance du *guet*<sup>2480</sup>.

**1067. Conclusion Section 2.** – Face aux mêmes problèmes de refus de délivrer un *guet*, l'Angleterre et la France réagissent de manière désormais attendue, c'est-à-dire chacune selon ses principes d'*establishment* ou de laïcité. Si la plupart du temps, ce dernier permet d'éviter des controverses, il faut bien reconnaître que dans le cas très particulier du *guet*, la solution retenue par la France manque de pragmatisme.

---

<sup>2480</sup> E. FOREY, *État et institutions religieuses*, *op. cit.*, p. 148.

### Section 3 : De la place des tribunaux religieux dans l'ordre juridique anglais, français et italien

1068. Les chapitres précédents ont plus ou moins clairement mis en évidence l'existence de tribunaux religieux, ce qui nous conduit à aborder le thème de la place desdits tribunaux dans l'ordre juridique anglais, français et italien.

Si nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer le rôle joué par le *Beth Din* en cas de *guet* ou encore du tribunal ecclésiastique en cas de dissolution des liens du mariage, il nous semble intéressant d'examiner de plus près non seulement le fonctionnement de ces tribunaux religieux, mais également les questions, voire les peurs, qu'ils suscitent.

D'une manière générale, on retiendra que si des tribunaux civils, par exemple anglais, doivent intervenir dans la sphère du religieux, en fonction de circonstances bien définies, ils n'accepteront pas de prendre en compte les décisions émises par tel *Sharia council* ou tel *Beth Din*, mais les lois de ces divers groupes religieux. En conséquence, en Angleterre, en France, comme dans de nombreux autres États, « la déclaration de nullité ou de dissolution de mariage prononcée par une autorité religieuse interne n'a pas d'efficacité civile dans le système étatique »<sup>2481</sup>.

Il serait faux d'en conclure que, pour autant, les sentences des tribunaux religieux n'exercent pas une influence, à tout le moins, sur la société, mais surtout que cette affirmation ne souffre d'aucune exception. L'Italie<sup>2482</sup> a ainsi mis au point un système de reconnaissance des décisions de nullité de mariage par une autorité religieuse interne, selon un modèle rappelant la façon dont les États peuvent homologuer un jugement émis par un État étranger, que l'on désigne sous l'expression *giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale*. Le système est remarquable, les juridictions civile et ecclésiastique étant à la fois bien distinctes, tout en ne s'ignorant pas mutuellement<sup>2483</sup>.

Toutes les religions n'ayant pas développé ces principes de justice religieuse, notre étude portera plus particulièrement sur la justice religieuse juive et musulmane (§1), pour s'intéresser ensuite à la notion de réserve ecclésiastique matrimoniale italienne (§2).

---

<sup>2481</sup> S. FERRARI, « Le mariage des autres », *RDC*, 55, 2005, p. 25

<sup>2482</sup> Tout comme l'Espagne et le Portugal.

<sup>2483</sup> R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États*, *op. cit.*, p. 514.



## § 1: De la justice religieuse

**1069.** Toutes les religions ne conçoivent pas d'avoir recours à la justice religieuse. Il en va ainsi des cultes polythéistes asiatiques, mais également protestant et anglican (A). Seules les confessions dites du Livre ont établi des tribunaux confessionnels, à savoir le *Deth Din* juif (B) ainsi que le tribunal musulman (C). Le tribunal ecclésiastique catholique romain sera, quant à lui, étudié à l'occasion du §2.

### A/ Des religions qui refusent la notion de justice religieuse

**1070.** Les religions polythéistes (1) n'envisagent ni la justice religieuse, ni les tribunaux confessionnels. Les cultes protestant (2) et anglican (3) partagent ce même rejet de la justice religieuse, tout en connaissant le principe du tribunal religieux, amené à débattre de la politique générale protestante ou des procédures disciplinaires anglicanes.

#### 1/ Les religions polythéistes asiatiques

**1071.** Pour des raisons totalement différentes des cultes judéo-chrétiens, les hindouistes et les bouddhistes - sans oublier les confessions qui en dérivent ou qui en sont proches - n'ont pas jugé bon de mettre en place des tribunaux religieux.

**1072. Société c. Individu.** - Traditionnellement, les pays asiatiques où sont nées les religions polythéistes hindouistes et bouddhistes n'ont jamais accordé une importance fondamentale à l'individu. Ce qui prime, c'est l'État ; ce qu'il faut développer, c'est donc le droit administratif ainsi que le droit pénal, quand l'individu met en danger la société. Pour le reste, ce même individu est invité à résoudre ses conflits personnels en usant de médiation, de persuasion, de modération, de conciliation<sup>2484</sup>.

**1073. Li et Fa.** – Il faut rajouter à ce premier élément un sentiment de défiance envers tout ce qui est droit, loi et tribunal.

---

<sup>2484</sup> R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 2016, p. 430.

Confucius<sup>2485</sup> est sans doute celui qui résume le mieux cet état esprit : l'homme naît bon, avec une certaine morale innée ; il demeure tel quel à partir du moment où il respecte *Li*<sup>2486</sup>, un ensemble de règles de bienséance et de rites. Parmi ces règles, figurent les « cinq relations » : celles-ci impliquent qu'une personne considérée comme inférieure obéisse à une personne vue comme supérieure. C'est ainsi que le jeune doit obéissance à la personne âgée ; le fils, à son père ; la femme, à son mari ; l'ami, à son ami ; le sujet, à son empereur. En respectant *Li*, l'ordre naturel est maintenu. Il arrive malheureusement que l'harmonie soit rompue et que l'on soit obligé d'avoir recours à *Fa*<sup>2487</sup>, c'est-à-dire à la loi, au juge, au tribunal. Mais qui dit *Fa*, dit échec de *Li*. C'est donc avec suspicion qu'une personne asiatique envisagera un procès : mal nécessaire, il est par définition « contraignant et coercitif », « un moyen de gouvernement »<sup>2488</sup>, mais surtout la preuve d'une faillite personnelle qui entraîne honte (*chi*) et déshonneur. Or, précise encore Confucius, « Si l'on conduit le peuple au moyen des lois et qu'on réalise la règle uniforme à l'aide de châtiments, le peuple cherchera à éviter les châtiments mais il n'aura pas le sentiment de la honte (*chi*). Si on conduit le peuple au moyen de la vertu et qu'on réalise la règle uniforme à l'aide des rites, le peuple acquerra le sens de la honte (*chi*) et en outre deviendra meilleur »<sup>2489</sup>. On fera donc tout pour éviter *Fa* au nom de *chi*, car les répercussions, multiples, sont extrêmement sévères, une particularité de *chi* consistant à descendre de son vivant aux enfers, aux nombres et aux supplices variés.

**1074.** Si l'on rajoute enfin que le mariage est un domaine purement personnel selon les religions asiatiques qui ont, dans l'ensemble, adopté une attitude indifférente quant à qui se marie avec qui, quand et comment, attitude reprise en cas de séparation, on comprend bien qu'elles n'ont aucunement ressenti la nécessité d'introduire des tribunaux religieux.

## 2/ Chez les protestants

**1075.** Les réformateurs du XVI<sup>e</sup> siècle ont rejeté de nombreux éléments liés à Rome. Techniquement, tout n'a cependant pas été aboli : les calvinistes ont ainsi instauré en 1541

<sup>2485</sup> Maître Kong Qiu, 551-479 av. J.-C.

<sup>2486</sup> X. LI, « La civilisation chinoise et son droit », *RID comp.* 51, 1999, p. 514.

<sup>2487</sup> *Ibid.*, p. 519.

<sup>2488</sup> *Ibid.*, p. 520.

<sup>2489</sup> J. HOAREAU-DODINAU, *La culpabilité*, Limoges, Presse Universitaire de Limoges, 2001, p. 175.

le Consistoire de Genève, parfois qualifié de tribunal ecclésiastique. Cependant, les fonctions de ce tribunal ne sont pas judiciaires.

En effet, comme le précise le site du Consistoire lui-même, ses principales attributions sont de définir « les grandes orientations du projet ecclésial que met en œuvre la Direction », de se prononcer « sur la politique générale de l'Église (ressources humaines, formation, immobilier, finances, communication) », « sur le budget et les comptes », « sur des propositions stratégiques présentées par les différents lieux de l'Église », d'élaborer et de modifier « la Constitution et les Règlements de l'Église »<sup>2490</sup>. Constitué « des représentants des paroisses, des Services, des pastorales, de la Faculté de théologie, de la Compagnie des pasteurs et des diacres ainsi que des membres du Conseil du Consistoire », il est loin de l'image que l'on peut se faire d'une cour jugeant d'une dissolution de mariage, ce qui n'aurait aucun sens, en outre, dans la mesure où les protestants acceptent l'idée que les liens du mariage soient dissolubles.

La Constitution de l'Église protestante unie de France prévoit de son côté un article consacré aux « Différends, manquements et sanctions disciplinaires »<sup>2491</sup>, mais il ne concerne que les seuls ministres de l'Église protestante unie de France. « Autrement dit, les dispositions en cause intéressent l'ordre religieux interne à titre exclusif, ce qui signifie *a contrario* que tous les autres litiges relèvent de la compétence des juridictions étatiques »<sup>2492</sup>.

### 3/ Chez les anglicans<sup>2493</sup>

**1076.** Bien qu'ayant également coupé leurs relations avec Rome au XVI<sup>e</sup> siècle, les anglicans ont dans un premier temps conservé leurs *ecclesiastical courts*, en maintenant l'organisation diocésaine telle que précédemment établie par la hiérarchie catholique romaine<sup>2494</sup>. En ce qui concerne la fin du mariage, deux options étaient donc possibles :

---

<sup>2490</sup> Consistoire de Genève : <https://epg.ch/qui-sommes-nous/notre-organisation/autorites/consistoire/>

<sup>2491</sup> « Les différends relatifs aux ministres et à celles et ceux qui exercent des ministères au sein de l'Église protestante unie de France peuvent être soumis au conseil régional, qui désigne une équipe de conciliation. Si la conciliation ne permet pas de résoudre le différend, il peut être porté devant la commission d'appel mentionnée au § 5 du Règlement d'application du présent article ».

<sup>2492</sup> P.-H. PRÉLOT, « La liberté religieuse en France - Un état des lieux », *Quaderni dir. pol. eccles.*, 2018, n° 1, p. 79.

<sup>2493</sup> N. DOE, *Comparative religious law*, *op. cit.*, p. 192-193.

<sup>2494</sup> R. H. HELMHOLZ, "Judges and trials in the English ecclesiastical courts", in M. MULHOLLAND, B. PULLAN & A. PULLAN, *Judicial tribunals in England and Europe, 1200-1700*, Manchester, Manchester University Press, 2018, p. 102.

avoir recours aux *ecclesiastical courts* afin de faire déclarer son mariage annulé, en suivant alors les préceptes religieux anglicans encore très proches de ceux des catholiques romains ; avoir recours au Parlement qui octroyait ou non un *Parliamentary divorce*. La situation, bancal, nécessitait une prise de position, donc une réforme. En 1857, dans un souci de rationalisation de son système judiciaire d'une part, du fait de la confirmation de l'*establishment* de l'Église d'Angleterre dans le pays d'autre part, l'Angleterre adopte deux lois importantes, qui transfèrent la majorité de la juridiction des tribunaux religieux vers les tribunaux civils. En ce qui concerne les *probates*, les testaments homologués, ils seront dorénavant entendus par la *Court of Probate*<sup>2495</sup>, tandis que les divorces seront désormais jugés par la *Court of Divorce and Matrimonial Causes*<sup>2496</sup>, dans les deux cas, des tribunaux civils nouvellement et spécialement créés.

D'autres réformes visant à la réorganisation des tribunaux ayant eu lieu depuis, en particulier avec les *Judicature Acts* de 1873-75, les tribunaux ecclésiastiques anglicans ont aujourd'hui juridiction pour uniquement juger des litiges en rapport avec les droits et obligations de ses membres, c'est-à-dire en rapport avec les biens immobiliers de l'Église et les procédures disciplinaires, et sont soumis à la *judicial review*<sup>2497</sup> de la *High Court*<sup>2498</sup>. Du divorce, ils n'en entendent plus parler depuis longtemps.

## **B/ Le Beth Din juif**

**1077.** L'origine du tribunal rabbinique est aussi lointaine que la religion qui le porte. Après l'exil babylonien et la reconstruction du Temple (538 av. J.-C.), la communauté juive se réorganise et met en place le Grand Sanhédrin, composé de soixante-et-onze membres triés sur le volet, « juges-législateurs » chargés des principales questions d'ordre religieux et judiciaire du pays, donc « experts dans tous les domaines de la Torah »<sup>2499</sup>, suivant en cela les versets bibliques : « Rassemble-Moi 70 sages d'Israël que tu reconnais comme étant des sages du Peuple... Et Je placerai sur eux un esprit Divin comme Je l'ai fait pour toi »<sup>2500</sup>. Autorité suprême, les rois devant obtenir son accord préalable pour toute décision importante, il a également le pouvoir de désigner pour chaque ville de petits Sanhédrins, de vingt-trois membres cette fois, ayant pour rôle de juger les litiges criminels

---

<sup>2495</sup> *Court of Probate Act* de 1857.

<sup>2496</sup> *Divorce and Matrimonial Causes Act* de 1857.

<sup>2497</sup> Contrôle judiciaire.

<sup>2498</sup> N. DOE & R. SANDBERG (dir.), *Law and religion*, op. cit., p. 158.

<sup>2499</sup> F.-X. LICARI, *Le droit talmudique*, Paris, Dalloz, 2015, p. 72.

<sup>2500</sup> Bamidbar/Nombres 11, 16-17.

locaux et les violations de la Loi : « Tu placeras des juges et des magistrats dans toutes les villes qu'Hachem<sup>2501</sup> te donnera dans chacune de tes tribus, et ils jugeront le peuple selon une justice équitable »<sup>2502</sup>. Tolérés par Rome, même après la disparition du Temple, ils perdent néanmoins petit à petit toute autorité sous Théodose II (401-450) et sont finalement dissous<sup>2503</sup>.

Le terme de Grand Sanhédrin est remis à l'honneur par Napoléon 1<sup>er</sup> le 10 décembre 1806, lorsque ce dernier convoque soixante-et-onze rabbins et personnalités juives afin d'entériner les principes adoptés à la suite des douze questions posées par le gouvernement et de favoriser l'intégration de la communauté hébraïque dans la société française.

Entre ces deux périodes historiques, distantes de plusieurs siècles, et aujourd'hui, une nouvelle institution s'est progressivement développée : le *Beth Din* (la maison du jugement) (1), aux caractéristiques fondamentales (2).

## 1/ Précision lexicale et implantation

**1078. Précision.** - Il est courant de qualifier le *Beth Din* de tribunal : constitué de trois sages (les *dayanim*), il est chargé de gérer, au niveau local, les affaires courantes religieuses de la communauté juive, qu'elles soient commerciales, sociales, sociétales ou bien sûr matrimoniales.

Le terme « tribunal » peut cependant induire en erreur : pour la plupart des auteurs spécialisés en droit talmudique, il s'agit davantage d'arbitrage rabbinique. Comme le précise Monsieur François-Xavier Licari, « Aujourd'hui, il n'y a plus guère qu'en Israël et au Maroc qu'il existe d'authentiques tribunaux rabbiniques, et encore ceux-ci voient-ils leur *imperium* cantonné au statut personnel. Hormis ces cas, une sentence rabbinique ne pourra être reconnue et exécutée qu'à condition que le *Beth Din* ait respecté le droit de l'arbitrage du pays où il siège »<sup>2504</sup>.

L'auteur précise en outre que le terme « rabbinique » n'est pas davantage approprié puisque « les arbitres n'ont pas forcément la qualité de rabbins. Il suffit qu'ils

---

<sup>2501</sup> Un des noms de Dieu.

<sup>2502</sup> Dévarim 16, 18.

<sup>2503</sup> Pour une description historique plus détaillée du processus de perte d'influence : F.-X. LICARI, *op. cit.*, p. 138.

<sup>2504</sup> *Ibid.* p. 139.

soient suffisamment versés en droit talmudique pour siéger dans un tribunal arbitral »<sup>2505</sup>.

En conclusion, il serait plus judicieux de « parler d'*arbitrage par un Beth Din appliquant le droit talmudique* »<sup>2506</sup>. Suivant les recommandations de l'auteur, nous nous permettons de désormais utiliser les expressions *Beth Din* et arbitrage rabbinique.

**1079. Implantation.** - L'arbitrage rabbinique, s'il est ancien, s'il s'est implanté partout où des communautés juives se sont installées, a connu une longue période de déclin pour finalement, mais récemment, connaître « une véritable renaissance »<sup>2507</sup>.

Si le *Beth Din of America*, fondé à New-York en 1960, est souvent mentionné comme l'instigateur de cet élan renouvelé, on se rappellera que le *London Beth Din*, qui représente la majorité de la communauté juive orthodoxe britannique<sup>2508</sup>, date, quant à lui, du début du XVIII<sup>e</sup> siècle, même si son existence juridique n'a été véritablement reconnue qu'avec l'adoption de l'*Arbitration Act* de 1996<sup>2509</sup>, loi permettant aux citoyens britanniques de régler leurs litiges civils par voie d'arbitrage plutôt que judiciaire.

En France, la Chambre arbitrale rabbinique (CAR)<sup>2510</sup> a été fondée en 2007, à la suite du décret insérant dans l'ordre juridique français la possibilité du recours à l'arbitrage<sup>2511</sup>.

En Italie, le *Beth Din* de Milan ayant été dissous en 2008, il reste à ce jour le Tribunal rabbinique du Nord et du Centre de l'Italie, il *Tribunale Rabbinico del Centro Nord Italia*, ainsi que le *Beth Din* de Rome, établis selon les termes de l'entente conclue avec le gouvernement italien le 27 février 1987<sup>2512</sup>.

Contrairement aux tribunaux ecclésiastiques, *Beth Din* et arbitrage sont donc intimement liés.

---

<sup>2505</sup> *Ibid.*

<sup>2506</sup> *Ibid.*

<sup>2507</sup> *Ibid.*

<sup>2508</sup> G. DOUGLAS, N. DOE, S. GILLIAT-RAY, R. SANDBERG, A. KHAN, "Social Cohesion and Civil Law : Marriage, Divorce and Religious Courts", *loc. cit.*, p. 25.

<sup>2509</sup> *Arbitration Act* de 1996.

<sup>2510</sup> Chambre arbitrale rabbinique : <https://www.dintorah.fr/>

<sup>2511</sup> Décret n° 80-354 du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile – Art. 1442 à 1492 NCPC, JORF du 18 mai 1980.

<sup>2512</sup> L'entente ne prévoit pas spécifiquement l'organisation d'un *Beth Din* ; en revanche, elle insiste sur le droit de « pratiquer librement la religion hébraïque sous quelle que forme que se soit » « *praticare liberamente la religione ebraica in qualsiasi forma* » (*L. 8 marzo 1989, n° 101 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, G.U. del 23 marzo 1989, n° 69 - modificata dalla L. 20 dicembre 1996, n° 638, G.U. del 21 dicembre 1996, n° 299, art. 1*).

## 2/ Caractéristiques fondamentales

**1080.** Le *Beth Din* repose sur deux principes fondamentaux (a) et une procédure spécifique (b).

### a/ Principes fondamentaux

**1081. Primauté du *Beth Din*.** - Selon la loi talmudique, l'arbitrage rabbinique n'est et ne doit pas être conçu comme une alternative à un litige, mais bien comme le seul et unique moyen de résoudre ce dernier : le recours à un *Beth Din* « n'est pas un mode alternatif de règlement des différends, mais son mode normal, puisque le recours aux tribunaux séculiers est, d'une manière générale, prohibé »<sup>2513</sup>.

Il existe cependant des exceptions à cette règle stricte, au demeurant peu respectée, du moins de nos jours<sup>2514</sup> : il en va ainsi, si l'une des parties refuse de se présenter, et cela par trois fois, devant le *Beth Din*<sup>2515</sup> ; si elle est assignée à comparaître devant une cour séculière ou encore si elle risque un dommage imminent<sup>2516</sup>.

**1082. « La loi du royaume est la loi ».** - Il est bon, malgré ce qui précède, de rappeler un autre principe fondamental, édicté en araméen, « *Dina de – malkhuta dina* », littéralement « la loi du royaume est la loi »<sup>2517</sup>. Ce dogme impose de respecter avant toute chose la loi du pays, puis, mais seulement dans un second temps, la loi talmudique. C'est pourquoi le *London Beth Din* insiste sur le fait que la démarche consistant à porter un litige devant ses *dayanim* doit être « volontaire »<sup>2518</sup> quand la CAR rappelle que l'arbitrage rabbinique est une « faculté »<sup>2519</sup> et que le *Beth Din* de Rome précise qu'il « se propose de résoudre les litiges »<sup>2520</sup>. On se conformera donc en priorité aux lois du pays où se trouve l'arbitrage rabbinique, à consulter avant tout recours religieux.

---

<sup>2513</sup> F.-X. LICARI, *Le droit talmudique*, op. cit., p. 141.

<sup>2514</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>2515</sup> Ce qui est très mal vu car ce refus répété entraîne une forme de *nidduy*, de 'réprobation', sorte d'exclusion communautaire, sur laquelle on ne peut revenir qu'en se repentant.

<sup>2516</sup> F.-X. LICARI, op. cit., p. 143-144.

<sup>2517</sup> E. FOREY, *État et institutions religieuses*, op. cit., p. 291.

<sup>2518</sup> *London Beth Din* : <https://henryjacksonsociety.org/wp-content/uploads/2018/09/The-Beth-Din-Jewish-Law-in-the-UK-Amended.pdf>, p. 4.

<sup>2519</sup> CAR : <https://www.dintorah.fr/> (Procédure).

<sup>2520</sup> *Beth Din di Roma* : <https://web.archive.org/web/20140212053909/http://www.romaebraica.it/bet-din/>

## b/ Procédure

**1083. Affaires exclusivement civiles.** - Les sujets de compétences des arbitrages rabbiniques sont exclusivement restreints au civil : « Depuis la destruction du Second temple, les tribunaux rabbiniques ont cessé de juger les affaires criminelles »<sup>2521</sup>. Les *Beth Din* entendent ainsi principalement des affaires en lien avec le statut du fidèle, en particulier avec la *cacherout* et l'ensemble des règles alimentaires juives, les conversions, l'arbitrage et les divorces. À ce titre, le *London Beth Din* entend une centaine de cas chaque année, quelques 20% des affaires portées devant lui étant consacrées au divorce<sup>2522</sup>.

**1084. Autres aspects procéduraux.** - La présence d'un avocat n'est pas obligatoire, la procédure, pour peu coûteuse qu'elle puisse être, n'est pas gratuite<sup>2523</sup> et a lieu à huis clos<sup>2524</sup>.

**1085. Les arbitres.** - Au nombre de trois, les arbitres sont invités à prendre une décision (*psak*), en général à la majorité, qui sera délivrée oralement et qui n'a pas à être motivée.

Ce dernier point peut d'ailleurs poser problème aux tribunaux séculiers. Ainsi, la Cour d'appel française, par un arrêt en date du 11 décembre 2012<sup>2525</sup>, a annulé une sentence de la Chambre arbitrale rabbinique, car « peu satisfaite de la motivation en principe fondée sur la Torah »<sup>2526</sup>.

Si les conditions sont en revanche bien remplies, la sentence arbitrale, considérée comme un acte juridictionnel dans son intégralité, aura autorité de la chose jugée dès son prononcé<sup>2527</sup>.

**1086. Pas d'appel.** - Contrairement à ce qui peut se passer dans la religion catholique, il n'est pas possible de faire appel d'une sentence rabbinique : « Un *Beth Din* n'examine pas les actions d'un autre *Beth Din* »<sup>2528</sup>.

Exceptionnellement, si la preuve d'une erreur commise au cours de l'arbitrage est

---

<sup>2521</sup> F.-X. LICARI, *Le droit talmudique*, op. cit., p. 144.

<sup>2522</sup> G. DOUGLAS, N. DOE, S. GILLIAT-RAY, R. SANDBERG, A. KHAN, "Social Cohesion and Civil Law : Marriage, Divorce and Religious Courts", loc. cit., p. 33.

<sup>2523</sup> F.-X. LICARI, op. cit., p. 146.

<sup>2524</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>2525</sup> CA Paris, 11 décembre 2012, *Rev. arb.* 2013. 286.

<sup>2526</sup> B. CASTELLANE, « Justice et religion en arbitrage », *RID Comp.*, 66, 2014, p. 736.

<sup>2527</sup> NCPC, art. 1476.

<sup>2528</sup> F.-X. LICARI, op. cit., p. 155.



attestée ou si l'existence d'un nouvel élément décisif est rapportée, le *Beth Din* peut être amené à réviser partiellement ou totalement sa décision<sup>2529</sup>.

Cet aspect est retenu quasiment à la lettre outre-Manche : l'article 69 de l'*Arbitration Act* de 1996 restreint en effet sensiblement la possibilité de faire appel d'une sentence arbitrale devant une cour séculière, en l'occurrence devant la *High Court*<sup>2530</sup>. En France, si les parties ont donné compétence à la CAR dans leur clause compromissoire (en cas de contrat) ou dans leur compromis d'arbitrage (en dehors de tout contrat)<sup>2531</sup>, elles ne sont plus autorisées à faire appel. En cas contraire, la Cour d'appel de Paris, compétente pour entendre des appels en provenance de la CAR, ne statuera pas sur le fond du litige mais sur la régularité de la procédure, c'est-à-dire sur le respect des principes du procès civil français, et en particulier du principe du contradictoire.

## **C/ Le tribunal musulman**

**1087.** Le sujet du tribunal musulman mérite que l'on s'y attarde plus longuement que pour le *Beth Din*. Non pas tant pour la structure même du tribunal, à dire vrai assez sommaire (1). Mais pour les peurs qu'il suscite, à tort ou à raison. Il nous semble utile à ce stade de revenir en Angleterre sur ce que l'on appelle parfois - et à tort - les *Sharia courts*, quand il s'agit en fait de *Sharia councils* et/ou de *Muslim Arbitration Tribunals*, ces confusions ayant entraîné (et entraînant toujours) beaucoup de tensions (2). Nous nous proposons de clore cette partie consacrée au tribunal musulman par l'étude de la situation française, sous un angle relativement peu connu, celui du droit mahorais (4).

### **1/ Le cadi**

**1088. Statut du cadi.** - De manière traditionnelle, il revient au seul cadi, *al-qâdi*, de rendre la justice ordinaire, la notion de collégialité (de même que celle de jury) étant inconnue en droit musulman<sup>2532</sup>. Si le cadi est censé juger seul, il a la possibilité de

---

<sup>2529</sup> *Ibid.*

<sup>2530</sup> Nécessité d'obtenir l'autorisation de toutes les parties à l'instance ainsi que le *leave* de la *Court*, sur une question de droit, « *on a question of law arising out of an award* ».

<sup>2531</sup> À défaut, la juridiction compétente en appel d'une décision de la CAR est la Cour d'appel de Paris.

<sup>2532</sup> H. BLEUCHOT, *Droit musulman*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 467.

demander conseil auprès d'un *mufti*, c'est-à-dire d'un « jurisconsulte officiel »<sup>2533</sup>, souvent futur *cadi*<sup>2534</sup>, appartenant au collège des *oulémas*, ces savants ayant étudié au sein d'une *madrassa* (école coranique) ou d'une université reconnue qui sont habilités à délivrer des *fatâwâ*, c'est-à-dire des consultations sur un sujet de droit.

Tout musulman peut être *cadi* ; il suffit d'être pubère, sain d'esprit, libre, c'est-à-dire non esclave, et de sexe masculin<sup>2535</sup>. Il est également requis de savoir lire et écrire en arabe, et surtout de connaître le Coran - compilant les révélations d'Allah telles que reçues par le prophète Mohamed - et la *Sunna* -les enseignements du prophète<sup>2536</sup> -, les deux sources principales de la *Sharia*<sup>2537</sup>. En parallèle de « la source dont dérive la loi », par définition divine dans sa nature et donc immuable, il lui faudra également appréhender le *Fiqh*, « la méthode d'où découle la loi applicable », produite par l'homme, pouvant être altérée en fonction des circonstances<sup>2538</sup>.

Cumulant plusieurs rôles à la fois, on dit du *cadi* qu'il est « à la fois le procureur, le juge d'instruction, le juge de jugement et le juge d'application des peines »<sup>2539</sup>.

Enfin, les décisions rendues ne sont pas en principe susceptibles d'appel : c'est pourquoi on dit également du *cadi* qu'il est « un juge à compétence universelle qui juge sans appel en premier et dernier ressort »<sup>2540</sup>. Son jugement n'est toutefois pas définitif à 100%. En effet, cinq situations peuvent se présenter et remettre en cause l'autorité de la chose jugée : l'erreur de droit, l'erreur de fait, la rétractation des témoins, le faux témoignages et l'appel à l'équité<sup>2541</sup>.

**1089. Procédure.** - La procédure devant le *cadi* n'est guère formaliste. La partie lésée, qui doit être capable, portera plainte devant le juge musulman en formulant le plus clairement possible ses griefs. Le procès se déroulera de manière contradictoire, orale et libre. Autant que faire se peut, le juge cherchera à obtenir une résolution à l'amiable<sup>2542</sup>. En tout état de cause, il se fondera non sur son intime conviction, mais sur les preuves

---

<sup>2533</sup> E. TAWIL, *Justice et religions*, *op. cit.*, p. 231.

<sup>2534</sup> H. BLEUCHOT, *op. cit.*, p. 462.

<sup>2535</sup> Seule l'école hanéfite admet qu'une femme puisse être juge en matière de biens.

<sup>2536</sup> E. TAWIL, *op. cit.*, p. 231.

<sup>2537</sup> Sur les diverses façons de comprendre le terme *sharia* : N. DOE & R. SANDBERG (dir.), *Law and religion*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>2538</sup> G. DOUGLAS, N. DOE, S. GILLIAT-RAY, R. SANDBERG, A. KHAN, "Social Cohesion and Civil Law : Marriage, Divorce and Religious Courts", *loc. cit.*, p. 27.

<sup>2539</sup> H. BLEUCHOT, *op. cit.*, p. 467.

<sup>2540</sup> *Ibid.*, p. 462.

<sup>2541</sup> *Ibid.*, p. 501.

<sup>2542</sup> *Ibid.*, p. 482.

rapportée<sup>2543</sup>, ce qui « a l'avantage (ou l'inconvénient) de dégager totalement la responsabilité du juge »<sup>2544</sup>.

## **2/ Confusions et précisions autour de la notion de *Sharia court* en Angleterre**

**1090.** Quand on évoque la justice musulmane dans le monde occidental, on ne pense guère au *cadi*, mais plutôt aux *Sharia courts* anglaises, qui pourtant n'existent pas, alors que d'autres institutions, telles les *Sharia councils* et le *Muslim Arbitration Tribunal*, sont elles bien réelles. En ce qui concerne la perception erronée de la justice musulmane en Angleterre depuis l'étranger, il faut sans doute y voir une confusion lexicale, une *court* et un *tribunal* étant pour beaucoup de non Anglo-saxons identiques. Or, en droit anglais, il n'en est rien (a). En interne, il faut sans doute imputer la confusion à deux événements en lien l'un avec l'autre, avec tout d'abord l'expérience canadienne en matière de justice religieuse, puis le discours de l'archevêque de Canterbury en 2008, qui a mis le feu aux poudres en proposant de déléguer certaines fonctions juridiques aux tribunaux religieux (b). Face à la violence des réactions et aux mauvaises pratiques des *Sharia councils*, un récent rapport rédigé par le Secrétaire d'État à l'Intérieur propose, pour mettre un terme à toutes ces polémiques, d'introduire des changements radicaux en matière matrimoniale, depuis l'introduction du mariage civil en passant par la régulation des *Sharia councils* (c).

### a/ Confusion 1 : *a court is not a tribunal, a tribunal is not a court*

**1091.** Le terme de *Sharia court* est impropre. Pour éviter toute confusion, il convient tout d'abord de distinguer les notions de *court*, de *tribunal* et d'instance arbitrale selon les principes du droit anglais (i), puis d'examiner les institutions en présence, à savoir le *Muslim Arbitration Tribunal* (ii) ainsi que le *Sharia council* (iii).

---

<sup>2543</sup> *Ibid.*, p. 496.

<sup>2544</sup> *Ibid.*

*i. Terminologie juridique anglaise*

**1092.** Si, en France comme en Italie, les termes de cour et de tribunal sont interchangeable, il en va différemment dans la plupart des pays de tradition anglo-saxonne. La première confusion est donc d'ordre terminologique, le droit anglais établissant une distinction claire entre *court* et *tribunal*.

**1093. *Court c. Tribunal*** - Une *court* est par définition une émanation du *Judiciary*, de l'ordre judiciaire, donc un organe indépendant des autres branches que sont le législatif et l'exécutif<sup>2545</sup>. En revanche, le *tribunal* doit son existence et sa raison d'être à la fois au Parlement<sup>2546</sup> et au gouvernement. C'est en effet le Parlement, sous l'impulsion du gouvernement, qui décide de son établissement, sur un sujet de droit bien précis. Les affaires portées devant tel ou tel *tribunal* seront donc limitées dans leur juridiction<sup>2547</sup> ; elles contesteront par ailleurs des décisions prises par le gouvernement. Elles seront entendues par des juges, parfois, mais le plus souvent par des *adjudicators*, c'est-à-dire par des professionnels, des experts dans le domaine couvert par le *tribunal*, et non pas par des anciens *barristers* ou *solicitors*, étape normalement indispensable pour tout *judge* de sa Gracieuse Majesté. Qui plus est, l'idée sous-jacente étant de s'éloigner des *courts*, les *tribunals* offriront un procès plus collégial<sup>2548</sup>, plus rapide, plus souple, moins formel<sup>2549</sup>. Les décisions adoptées par le premier degré des *tribunals* (*First-tier Tribunals*) sont passibles d'appel devant les *Upper Tribunals*<sup>2550</sup>. À ce stade, en cas de nouvel appel, l'affaire sera portée devant la *Court of Appeal*, réintégrant alors le circuit de l'ordre judiciaire.

---

<sup>2545</sup> Même si le principe de séparation des pouvoirs dans les pays anglo-saxons est en général moins strictement respecté que dans les pays de droit continental.

<sup>2546</sup> Contrairement aux *courts*, qui connaissent de vraies différences entre l'Angleterre, l'Irlande du Nord et l'Écosse, le système de *tribunals* est national et s'applique à tout le Royaume-Uni.

<sup>2547</sup> Les tribunaux anglais sont : *Employment Tribunal*; *Property Chamber*; *Immigration & Asylum Chamber*; *Tax Chamber*; *General Regulatory Chamber*; *Health, Education and Social Care Chamber*; *Social Entitlement Chamber*; *War Pensions and Armed Forces Compensation Chamber*.

<sup>2548</sup> Les *adjudicators* siègent en effet en *bench*.

<sup>2549</sup> Ainsi, il n'y a pas d'obligation d'être représenté par un conseil, qui dans tous les cas est invité à laisser sa perruque au vestiaire, invitation valable également pour les membres du *tribunal* eux-mêmes, ce qui dénote d'un relâchement sans nom des règles procédurales anglaises.

<sup>2550</sup> Les *Upper Tribunals* sont : *Administrative Appeals Chamber* ; *Tax and Chancery Chamber* ; *Immigration and Asylum Chamber* ; *Lands Chamber* ; *Employment Appeals Tribunals*.

**1094.** À ce jour, il n'y a donc aucune *Sharia court* en Angleterre. Il existe en revanche un *Muslim Arbitration Tribunal* mais il convient à ce stade d'opérer une nouvelle distinction, cette fois entre le *tribunal* précédemment décrit et l'instance arbitrale.

**1095. Tribunal c. Arbitration.** - L'organisme qu'est le *Muslim Arbitration Tribunal* n'a en aucun cas été institué par le Parlement britannique, sur un sujet précis, avec des décisions ayant même valeur que n'importe quel autre *court judgment*. Il doit son existence non pas à la loi *Court and Enforcement*<sup>2551</sup> de 2007, qui a profondément modifié le système des *tribunals*, mais à l'*Arbitration Act* de 1996<sup>2552</sup>, qui porte en son cœur la notion de liberté. Liberté de choisir le moyen de résoudre un litige, comme le rappelle l'article 1 (b) de la loi, « *parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest* ». Liberté de respecter et de faire respecter ce choix, et donc obligation faite aux tribunaux civils de respecter le *valid arbitration agreement*<sup>2553</sup>, sauf en cas de « *serious irregularity* »<sup>2554</sup>.

De manière concrète, afin que l'*Arbitration Act* puisse s'appliquer, les parties doivent s'engager, dans leur convention d'arbitrage, à préciser les termes qui régiront le litige, à commencer par le mode de désignation des arbitres et la loi applicable, ce qui peut inclure des normes religieuses<sup>2555</sup>.

La convention d'arbitrage ne pourra pas se voir reconnaître de force exécutoire par les tribunaux civils si ces derniers l'estiment « *unreasonable* » ou « *contrary to public policy* »<sup>2556</sup>, ou s'ils sont d'avis que les arbitres n'ont pas agi en respect des « *principles of natural justice* », c'est-à-dire s'ils n'ont pas agi de manière juste, impartiale, dans les délais et les frais impartis. Par ailleurs, les tribunaux civils sont en droit de ne pas accorder de force exécutoire à une convention d'arbitrage si cette dernière déborde du cadre institutionnel légalement dévolu : le domaine pénal est ainsi exclu du champ de compétence ; de même, le domaine civil exclut tout ce qui peut avoir trait aux pensions alimentaires et aux enfants<sup>2557</sup>.

S'est alors posé la question de savoir si la loi excluait d'autres matières civiles, comme les affaires matrimoniales. Certains parlementaires ont répondu à l'époque que

---

<sup>2551</sup> *Court and Enforcement Act* de 2007.

<sup>2552</sup> *Arbitration Act* de 1996.

<sup>2553</sup> *Ibid.*, S. 30 (1).

<sup>2554</sup> *Ibid.*, S. 68.

<sup>2555</sup> A. FARRAH & J. C. NORTON, "Religious tribunals, religious freedom, and concern for vulnerable women", *loc. cit.*, p. 368.

<sup>2556</sup> *Ibid.*

<sup>2557</sup> *Ibid.*

L'*Arbitration Act* n'avait pas vocation à s'intéresser aux problèmes familiaux : « *Arbitration is not a system of dispute resolution that may be used in family cases. Therefore no draft consent orders embodying the terms of an agreement reached by the use of the Sharia Council have been enforced within the meaning of the Arbitration Act 1996 in matrimonial proceedings* »<sup>2558</sup>. Ce que le député<sup>2559</sup> voulait sans doute dire, quand il s'est exprimé ainsi en 2008, c'était que la loi sur l'arbitrage n'avait pas alors été utilisée dans le domaine matrimonial, comme semble l'attester l'emploi du *present perfect* et l'usage du modal *may*.

Quoi qu'il arrive, et contrairement à ce qui peut se passer en matière commerciale, une convention d'arbitrage ne peut pas exclure la juridiction des *Family Courts* : si une partie à une telle convention n'en était pas satisfaite, pour quelle que raison que ce soit, elle aurait toujours la faculté de saisir les tribunaux civils afin de revenir sur la décision arbitrale<sup>2560</sup>.

Il n'existe donc pas de *Sharia Court* en Angleterre, pas plus qu'il n'existe de *Sharia Tribunal*. En revanche, il existe bien un *Muslim Arbitration Tribunal*.

#### ii. *Le Muslim Arbitration Tribunal*<sup>2561</sup>

**1096. MAT.** - Le *Muslim Arbitration Tribunal (MAT)*<sup>2562</sup> est une institution offrant, à l'instar du *London Beth Din*, et cela depuis 2007, la faculté d'avoir recours à un arbitrage sous l'égide de la loi sur l'arbitrage de 1996<sup>2563</sup>. À la différence du *Beth Din* cependant, le *MAT* était supposé ne s'intéresser qu'aux seuls dossiers commerciaux, ce qu'il fait dans 90% des cas<sup>2564</sup>. C'est parce que le *MAT* a commencé à s'occuper d'autres domaines, tels que les enfants, les violences domestiques et les divorces, qu'il a attiré l'attention des médias. Le *MAT* a alors tenu à préciser qu'il ne gérait des affaires familiales que dans 10% des cas. Mais, parmi ces 10%, 70% des affaires portées à sa connaissance concernent les

---

<sup>2558</sup> *Ibid.*, p. 369.

<sup>2559</sup> Jack Straw, *MP*.

<sup>2560</sup> A. FARRAH & J. C. NORTON, "Religious tribunals, religious freedom, and concern for vulnerable women", *loc. cit.*, p. 369.

<sup>2561</sup> Pour aller plus loin sur le fonctionnement du *MAT* : N. DOE, *Comparative religious law, op. cit.*, p. 199.

<sup>2562</sup> *MAT* : <http://www.matribunal.com/>

<sup>2563</sup> M. J. BROYDE, *Sharia tribunals, rabbinical courts, and Christian panels*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 179. *Arbitration Act 1996*, S. 1 : « *Parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest* ».

<sup>2564</sup> *The independent review into the application of sharia law in England and Wales (dit Report into Sharia Law in the UK)*, *op. cit.*, p. 11.

divorces musulmans<sup>2565</sup>. À ce jour, si l'on s'en tient à ce que son site internet laisse voir, le *MAT* offre toujours ses services en matière matrimoniale (divorce, litige familial, mariage forcé, héritage)<sup>2566</sup>.

### iii. Le Sharia council

**1097.** En parallèle du *MAT*, existent également, depuis 1982<sup>2567</sup>, des *Sharia councils*. Les décisions de ces derniers n'ont aucune autorité en droit civil. Il ne s'agit donc en aucun cas de *tribunals*. De même, les membres des *councils* ne sont en aucun cas des *judges*. En 2018<sup>2568</sup>, un rapport présenté au Parlement par le Secrétaire d'État à l'Intérieur, visant à mieux comprendre l'importance et l'impact de la *Sharia law* au Royaume-Uni<sup>2569</sup>, définit ces *Sharia councils* comme étant « des associations locales bénévoles, constituées de spécialistes qui se considèrent ou sont considérées par leurs communautés comme ayant autorité pour offrir leurs conseils aux musulmans, en particulier dans les domaines du mariage et du divorce »<sup>2570</sup>, allant dans le sens de décisions précédemment établies par les juges<sup>2571</sup>. D'après ce rapport, il existerait entre trente et quatre-vingt-cinq *Sharia councils*, situés un peu partout à travers le pays, mais en particulier là où les communautés musulmanes sont les plus nombreuses, c'est-à-dire à Londres, Birmingham, Bradford et Dewsbury, et cela depuis les années 1980<sup>2572</sup>. Le Rapport note une augmentation du nombre de *Sharia councils* depuis l'adoption du *LAPSO Act* de 2012<sup>2573</sup>, c'est-à-dire depuis que l'aide juridique en cas de divorce civil a été supprimée. Dans 90% des cas, souligne le Rapport, les personnes s'adressant aux *Sharia councils* sont des femmes

---

<sup>2565</sup> *Ibid.*

<sup>2566</sup> <http://www.matribunal.com/services.php>

<sup>2567</sup> A. NEGRI, « Le Sharia Court in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, p. 3. En 1982 est créé l'*Islamic Sharia Council* à Leyton, district de Londres, premier du genre au Royaume-Uni mais également en Europe.

<sup>2568</sup> Ce n'était pas le premier *report* en ce sens, cf. par exemple l'enquête ministérielle menée en 2008-2009 : F. SONA, « Giustizia religiosa e islam. Il caso degli Shariah Councils nel Regno Unito », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, n° 34, p. 1 et s.

<sup>2569</sup> *The independent review into the application of sharia law in England and Wales* (dit *Report into Sharia Law in the UK*), *op. cit.*, p. 10.

<sup>2570</sup> *Ibid.*, note 1681 : « For the purposes of this review we are defining sharia councils as a voluntary local association of scholars who see themselves or are seen by their communities as authorised to offer advice to Muslims principally in the field of religious marriage and divorce. ».

<sup>2571</sup> *Al-Midani v Al-Midani* [1999] Lloyd's Rep 923 : les *Sharia councils* y sont décrits comme « a welcome facility to the Muslim community of the United-Kingdom to render decisions on Islamic law, particularly in the matrimonial and family sphere ».

<sup>2572</sup> *The independent review into the application of sharia law in England and Wales* (dit *Report into Sharia Law in the UK*), *op. cit.*

<sup>2573</sup> *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* de 2012, S. 49 et s.

cherchant à divorcer<sup>2574</sup>, ce qui leur coûtera au minimum 100 £, au maximum 900 £, la moyenne s'établissant autour de 300 à 500 £<sup>2575</sup>.

## b/ Confusion 2 : Expérience canadienne et discours de l'archevêque de Canterbury en 2008

**1098.** Dans les années 90, le Canada se lance dans une politique multiculturelle intense, culminant avec la tentative ontarienne de favoriser la médiation au niveau des tribunaux civils ; pour beaucoup, cela signifie alors l'instauration de tribunaux islamiques (i). Le retentissement d'une telle expérience va être perceptible même en Angleterre, où l'archevêque de Canterbury va reprendre quelques unes des idées canadiennes (ii), provoquant des réactions d'une violence à laquelle l'Angleterre n'est guère habituée (iii).

### *i. L'expérience canadienne*

**1099. *The Ontario Arbitration Act* et ses conséquences.** - Il faut remonter aux années 90 pour bien appréhender la déflagration canadienne de 2003-2005 et les conséquences de cette dernière en Angleterre. En 1991, le ministère de la Justice ontarien recommande, *via* l'*Ontario Arbitration Act*<sup>2576</sup>, de favoriser l'arbitrage au procès. Deux conditions préalables sont alors imposées : d'une part, les parties en désaccord doivent approuver ce mode de règlement ; d'autre part, les lois provinciales et fédérales d'ordre public doivent être respectées.

D'un amendement à un autre, le ministère de la Justice ontarien étend, en 1997, « la médiation au niveau des différends civils puis, en 1999, au niveau des différends familiaux »<sup>2577</sup>. Les buts de cette réforme visent aussi bien le désengorgement des tribunaux et la réduction du temps d'attente que la volonté de « favoriser des formes d'une médiation qui ont fait leurs preuves, comme, par exemple, les tribunaux islamiques appliquant la charia dans le monde musulman sans qu'il y ait résistance ou opposition de la population à leur égard » et de « reconnaître la légitimité de la logique communautaire

---

<sup>2574</sup> *The independent review into the application of sharia law in England and Wales (dit Report into Sharia Law in the UK)*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>2575</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>2576</sup> *Arbitration Act*, 1991, L.O. 1991, ch. 17.

<sup>2577</sup> S. CHARLES, « Tolérance et multiculturalisme », *Le Débat*, 2006, n° 142, p. 33.



selon laquelle un membre de la communauté est censé mieux connaître les us et coutumes propres à sa culture qu'un juge d'une cour civile qui lui est extérieur »<sup>2578</sup>. Afin de limiter de potentiels abus, des limites sont introduites par le ministère : sujets évoqués (le droit pénal reste du ressort exclusif de la compétence fédérale), arbitre soumis à des principes conformes au droit canadien (dont celui de l'impartialité), acceptation commune et volontaire des deux parties des futurs jugements rendus, interdiction de violer les droits et libertés de la Charte canadienne ou des lois provinciales.

En 2003, un représentant de l'Organisation musulmane internationale « annonce la création en Ontario d'un *Darul-Qada*, c'est-à-dire d'un institut confessionnel de justice civile, l'*Islamic Institute of Civil Justice*, doté d'un conseil de trente membres ayant pour mandat d'arbitrer certaines questions relatives au droit familial, au droit civil ou encore au droit commercial, arbitrages devant respecter le droit canadien, et évoque la possibilité d'étendre cette mesure au Canada tout entier »<sup>2579</sup>. La nouvelle organisation vise à favoriser « l'uniformité des jugements », accentuer « l'imputabilité des arbitres », encourager « la formation des médiateurs qualifiés et soucieux tant du droit islamique que canadien »<sup>2580</sup>.

**1100. Accueil.** – Ces avantages ne sont pas perçus comme tels par tous les Canadiens. Les remarques d'abord, puis les critiques pleuvent, y compris de la part de musulmans<sup>2581</sup> : peur de la privatisation du droit civil, commercial ou familial ; problème du défaut d'accès public à la délibération ; rôle des tribunaux canadiens réduits à jouer « le rôle de caisse d'enregistrement de décisions privées »<sup>2582</sup> ; question de la transparence et de la représentativité des membres de l'Institut non abordée ; respect des droits individuels et de l'égalité des sexes ; personnalité très controversée du fondateur de l'Institut<sup>2583</sup>, etc.

**1101. Le rapport Boyd.** - Le gouvernement confie alors à Madame Marion Boyd, ancienne procureure générale et ancienne ministre déléguée à la condition féminine, le soin d'émettre un rapport préconisant des recommandations : le rapport Boyd<sup>2584</sup>, remis à la fin

---

<sup>2578</sup> *Ibid.*

<sup>2579</sup> *Ibid.*

<sup>2580</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>2581</sup> Par exemple la directrice du Conseil canadien de la femme musulmane, Madame Alia Hogben, le Congrès Musulman de l'Ontario et le Congrès musulman canadien.

<sup>2582</sup> S. CHARLES, « Tolérance et multiculturalisme », *loc. cit.*

<sup>2583</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>2584</sup> *Dispute Resolution in Family Law : Protecting Choice, Promoting Inclusion (dit Rapport Boyd)*, December 2004 :

de l'année 2004, conclut tout en nuance qu'« il convient d'établir un équilibre entre, d'une part, une tolérance et des adaptations nécessaires pour les groupes minoritaires qui privilégient un règlement extrajudiciaire de leurs différends, et, d'autre part, un engagement ferme en faveur de l'autonomie individuelle »<sup>2585</sup>, c'est-à-dire des droits individuels.

Madame Marion Boyd envisage diverses mesures pour calmer les esprits : formation des arbitres ; rencontre individuelle avec chacune des parties, pour éviter toute pression ; entente rédigée (et non pas diffusée par oral) ; décision également rendue par écrit, motivée, conservée pendant dix ans et transmise au gouvernement ; notion d'appel ; dénonciation et sanctions des arbitres ne respectant pas ces principes ; droits impartis aux parties expliqués à ces derniers ; respect du droit des enfants quoi qu'il arrive<sup>2586</sup>.

**1102. Recul du gouvernement.** - Le 26 mai 2005, l'Assemblée nationale du Québec « vote une motion contre toute implantation de tribunaux islamiques dans la province »<sup>2587</sup>. Le 11 septembre 2005, le Premier ministre de l'Ontario, Monsieur Dalton McGuinty, fait modifier la loi ontarienne et interdit l'arbitrage religieux dans le domaine familial<sup>2588</sup>. Le 23 février 2006, une nouvelle loi relevant à la fois du droit de la famille et de l'arbitrage est adoptée<sup>2589</sup>. Elle insiste sur « 1) la nécessaire conformité du jugement rendu à la loi sur le droit de la famille ontarienne par les arbitres, jugement qui devra être désormais consigné par écrit ; 2) la nécessité d'informer du mieux possible les citoyens ontariens de leurs droits en leur fournissant durant le processus d'arbitrage des conseils juridiques leur permettant de comprendre la décision rendue ; 3) la création d'instances professionnelles spécifiquement chargées de traiter les questions d'arbitrage familial, tout en reconnaissant par ailleurs la légitimité des compétences communautaires, notamment religieuses, en termes de conseils à donner aux parties ayant des différends familiaux à régler ; 4) la prise en compte prioritaire des intérêts des parties les plus vulnérables, à savoir les enfants »<sup>2590</sup>.

La loi de 2006 est étrangement proche du rapport Boyd, tant décrié. On y note cependant une différence fondamentale : l'arbitrage, pour être reconnu, ne peut plus être fondé sur une religion, mais uniquement sur sa conformité aux normes juridiques

---

<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.html>

<sup>2585</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>2586</sup> S. CHARLES, « Tolérance et multiculturalisme », *loc. cit.*, p. 36.

<sup>2587</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>2588</sup> J.-S. IMBEAULT, « L'arbitrage religieux et les conditions normatives de la « reconnaissance » », *Diversité urbaine* 2009, 9(1), p. 97.

<sup>2589</sup> Questions familiales (Loi de 2006 modifiant des lois en ce qui concerne des), L.O. 2006, chap. 1.

<sup>2590</sup> S. CHARLES, *loc. cit.*, p. 37.

canadiennes. Un jugement fondé sur une religion « n'aurait aucun effet juridique en droit positif »<sup>2591</sup>. L'arbitrage est maintenu, quand l'arbitrage religieux avec effet juridique est enterré.

*ii. Le discours de l'archevêque de Canterbury de 2008*

**1103. Contexte.** - Le Canada et le Royaume-Uni sont liés, historiquement, culturellement et même juridiquement parlant. Depuis quelques années, on note par ailleurs que les courants intellectuels ont tendance à traverser l'Atlantique depuis l'Amérique du Nord vers l'Angleterre (et non l'inverse). Parce que les liens anglo-canadiens sont donc forts, l'expérience ontarienne a été largement diffusée en Angleterre. C'est donc dans ce contexte particulier que l'archevêque de Canterbury, le Dr Rowan Williams, va tenir un discours, le 7 février 2008 aux *Royal Courts of Justice*<sup>2592</sup>, qui va alimenter maintes critiques.

**1104. De la délégation des fonctions juridiques aux cours religieuses.** - L'archevêque commence son discours en se demandant quel espace peut être accordé, en parallèle des lois civiles, aux lois des diverses communautés religieuses, hormis la religion anglicane, celle-ci ayant une place à part sur l'échiquier politique britannique.

Il poursuit en s'intéressant plus particulièrement à l'islam et à la *sharia*, et surtout aux mauvaises interprétations que l'on en fait. Ainsi, il note que la *sharia* n'est pas intrinsèquement liée à une quelconque exigence de domination musulmane sur les non-musulmans, « *Sharia is not intrinsically to do with any demand for Muslim dominance over non-Muslims* »<sup>2593</sup>. Beaucoup de juristes musulmans, poursuit-il, sont convaincus que pluralité politique et intégrité musulmane sont compatibles, « *a degree of political plurality as consistent with Muslim integrity* »<sup>2594</sup>.

Il conclut sa première partie en rappelant qu'il faut accepter que diverses façons d'interagir existent, que cela peut se faire soit de manière civile, soit de manière religieuse, qu'il n'y a pas un modèle unique en la matière : « *There is a recognition that our social*

---

<sup>2591</sup> *Ibid.*

<sup>2592</sup> L'*Archbishop Rowan William's 2008 lecture* est à retrouver dans son intégralité dans : ECCLESIASTICAL LAW SOCIETY, "Civil and Religious Law in England, a religious perspective", *Ecc LJ*, 10, 2008, p. 262 et s. V. également R. GRIFFITH-JONES, *Islam and English Law : Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

<sup>2593</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>2594</sup> *Ibid.*

*identities are not constituted by one exclusive set of relations or mode of belonging* »<sup>2595</sup>. C'est pourquoi il suggère la « *delegation of certain legal functions to the religious courts of a community* »<sup>2596</sup>, de déléguer un certain nombre de fonctions juridiques aux cours religieuses d'une communauté.

**1105. «Votre culture ou vos droits».** - Dans la deuxième partie de son discours, l'archevêque, qui se doute que certaines objections lui seront opposées, tâche de prendre les devants.

À ceux qui s'inquièteraient que la reconnaissance d'une strate juridictionnelle supplémentaire dans certains domaines, en particulier en droit de la famille, puisse avoir pour effet de renforcer au sein des communautés minoritaires des sentiments répressifs et rétrogrades, avec des conséquences particulièrement graves pour le rôle et les libertés des femmes, l'archevêque répond que ces juridictions supplémentaires ne devraient en aucun cas avoir le pouvoir de nier les droits accordés aux autres citoyens, en dehors de toute affiliation religieuse, ou de punir les membres réclamant ces droits. Il cite à cet effet un théoricien juif, qui soutient qu'il est nécessaire de dépasser l'ultimatum qu'impose la dichotomie « votre culture ou vos droits » : « *The second objection is that recognition of supplementary jurisdiction in some areas, especially family law, could have the effect of reinforcing in minority communities some of the most repressive or retrograde elements in them, with particularly serious consequences for the role and liberties of women.*" *Accepting this, he says that were "any kind of plural jurisdiction ... recognized, it would presumably have to be under the rubric that no 'supplementary' jurisdiction could have the power to deny access to the rights granted to other citizens [regardless of faith affiliation], or to punish its members for claiming those rights. He quotes the Jewish legal theorist Ayelet Shachar in Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights (2001), who argues that we need to 'work to overcome the ultimatum of "either your culture or your rights"' »*<sup>2597</sup>.

**1106. «Nouvelles Lumières».** - À l'objection potentielle « La loi est la loi », l'archevêque répond « affiliations multiples » et « nouvelles Lumières », faisant référence aux Lumières du XVIII<sup>e</sup> siècle qui ont su dépasser les formes traditionnelles de

---

<sup>2595</sup> *Ibid.*

<sup>2596</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>2597</sup> *Ibid.*, p. 270.

gouvernance, instaurer une juridiction universelle contre le despotisme, « *Its (the Enlightenment) claim to override traditional forms of governance and custom by looking towards a universal tribunal was entirely intelligible against the background of despotism* »<sup>2598</sup> et offrir à tous les hommes devenus citoyens l'accès aux mêmes chances.

Ce qui était vrai à une certaine époque l'est moins au sein de nos sociétés complexes, si ethniquement, culturellement et religieusement différentes. Aujourd'hui, l'identité se forme de diverses manières mais surtout par superposition d'affiliations multiples : « *But this set of considerations alone is not adequate to deal with the realities of complex societies: it is not enough to say that citizenship as an abstract form of equal access and equal accountability is either the basis or the entirety of social identity and personal motivation.* »<sup>2599</sup>, « *Societies that are in fact ethnically, culturally and religiously diverse are societies in which identity is formed... by different modes and contexts of belonging, 'multiple affiliation'.* »<sup>2600</sup>.

L'archevêque note qu'il est difficile pour le citoyen contemporain de se soumettre à la règle du droit uniforme d'un État souverain, car cela induit de reléguer ses relations et ses engagements à la sphère privée : « *(...) to be a citizen is essentially and simply to be under the rule of the uniform law of a sovereign state, in such a way that any other relations, commitments or protocols of behaviour belong exclusively to the realm of the private and of individual choice* »<sup>2601</sup>.

Fort de ce constat, l'archevêque nous invite à réfléchir à ce qu'il faut entendre par règle de droit, au rôle tenu par cette dernière dans une société plurielle où les identités se chevauchent. Selon le prélat, cette règle de droit doit permettre d'établir un espace accessible à tous, dans lequel il est possible d'affirmer et de défendre le respect de la dignité humaine : « *This means that we have to think a little harder about the role and rule of law in a plural society of overlapping identities...the rule of law is thus not the enshrining of priority for the universal/abstract dimension of social existence but the establishing of a space accessible to everyone in which it is possible to affirm and defend a commitment to human dignity* »<sup>2602</sup>.

---

<sup>2598</sup> *Ibid.*

<sup>2599</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>2600</sup> *Ibid.*

<sup>2601</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>2602</sup> *Ibid.*, p. 265.

**1107. « Transformative accommodation ».** - En conclusion, l'archevêque prône ce que Madame Ayelet Shachar<sup>2603</sup> appelle « l'arrangement transformatif », « *transformative accommodation* »<sup>2604</sup>, c'est-à-dire un mécanisme dans lequel les individus conservent la liberté de choisir la juridiction qui leur semble le plus appropriée pour résoudre leurs conflits, y compris ceux familiaux, à l'instar de ce que le Canada a fait pour les Amérindiens et certains groupes religieux, comme les musulmans : « *a scheme in which individuals retain the liberty to choose the jurisdiction under which they will seek to resolve certain carefully specified matters (...). This may include aspects of marital law, the regulation of financial transactions and authorized structures of mediation and conflict resolution – the main areas that have been in question where supplementary jurisdictions have been tried, with native American communities in Canada as well as with religious groups like Islamic minority communities in certain contexts.* »<sup>2605</sup>.

*iii. Réactions au discours de l'archevêque de Canterbury de 2008*

**1108. Réactions politiques, religieuses, médiatiques.** - La réponse des uns et des autres au discours de l'archevêque de Canterbury et en particulier la réponse des politiciens, est immédiate et sans appel<sup>2606</sup>. Le *Sharia Debate*<sup>2607</sup>, sur le « *dangerous Muslim Other* » et la « *moral panic* » qu'il engendre<sup>2608</sup>, est lancé.

Le Ministre de l'Intérieur de l'époque, Madame Jacqui Smith, du *Labour Party*, s'empresse de préciser : « *There is one law in this country and it is the democratically determined law* ». Elle est appuyée par des personnes d'autres bords politiques, comme Monsieur Nick Clegg, alors leader des *Liberal Democrats*, « *(W)e cannot have a situation where is one law for one person and different laws for another* » ou la baronne Warsi, alors *Shadow Minister for community cohesion and social action*<sup>2609</sup>, « *(A)ll British citizens must be subject to British laws developed through Parliament and the courts* »<sup>2610</sup>.

---

<sup>2603</sup> A. SHACHAR, *Multicultural jurisdictions: cultural differences and women's rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

<sup>2604</sup> ECCLESIASTICAL LAW SOCIETY, "Civil and Religious Law in England, a religious perspective", *loc. cit.*, p. 274.

<sup>2605</sup> *Ibid.*

<sup>2606</sup> N. DOE & R. SANDBERG, *Law and religion*, *op. cit.*, p. 301-304.

<sup>2607</sup> S. BANO, "In Pursuit of Religious and Legal Diversity", *Ecc LJ*, 10, 2008, en référence au sous-titre de l'article : "A response to the Archbishop of Canterbury and the 'Sharia Debate' in Britain", p. 283.

<sup>2608</sup> *Ibid.*, p. 284.

<sup>2609</sup> Ministre 'fantôme', c'est-à-dire de l'opposition, pour la cohésion communautaire et l'action sociale.

<sup>2610</sup> N. DOE & R. SANDBERG, *Law and religion*, *op. cit.*, p. 302.

Le porte-parole du Premier Ministre<sup>2611</sup> précise que « *Sharia could not be used as a justification for committing breaches of English law, nor should principles of Sharia be included in a civil court for resolving contractual disputes* »<sup>2612</sup>.

L'archevêque se voit vilipendé non seulement par sa propre Église (certains membres iront jusqu'à demander sa destitution, ce qui fut refusé<sup>2613</sup>) mais également par certains musulmans et représentants d'autres religions, y compris par le *Muslim Council of Britain*<sup>2614</sup> et les *Liberal Judaism*<sup>2615</sup>.

Quant aux médias<sup>2616</sup>, ils résument la situation en écrivant que l'archevêque de Canterbury est favorable à l'incorporation de la Sharia islamique dans l'ordre interne britannique<sup>2617</sup>.

**1109. « *Angrezi Sharia* ».** - Pour certains auteurs, une des raisons expliquant la réaction des communautés musulmanes au discours de l'archevêque tient à la façon dont ces mêmes Britanniques musulmans associent droit islamique et droit anglais, créant ce que Monsieur Werner Menski a désigné comme la « *Angrezi Sharia* », littéralement jurisprudence islamique anglaise<sup>2618</sup>, une nouvelle forme hybride de lois, pratiquées au Royaume-Uni par une communauté originaire en particulier d'Asie, gangrénée par de fortes rivalités internes<sup>2619</sup>. Il en résulte non pas *une* interprétation mais *des* interprétations de la *Sharia*, et *a priori* aucune volonté des uns et des autres d'unifier leurs positions. Or, la proposition de l'archevêque, en admettant qu'elle eût été retenue, aurait imposé une nécessaire unité.

---

<sup>2611</sup> Monsieur Gordon Brown, du *Labour Party*.

<sup>2612</sup> S. BANO, "In Pursuit of Religious and Legal Diversity", *loc. cit.*, p. 285.

<sup>2613</sup> Pour rappel, l'archevêque de Canterbury est, après le monarque britannique, le chef de l'Église d'Angleterre. Demander sa démission est loin d'être anodin.

<sup>2614</sup> « Organisation parapluie regroupant les diverses organisations musulmanes au Royaume-Uni » : <https://mcb.org.uk/>

<sup>2615</sup> S. BANO, *loc. cit.*, p. 285.

<sup>2616</sup> *Daily Express*, plus de 310 000 lecteurs quotidiens : « *Muslims laws must come to Britain* » « *Britain has 85 Sharia courts* » - *The Sunday Telegraph*, plus de 260 000 lecteurs quotidiens : « *Islamic law is adopted by British legal chiefs* » - *The Sun*, 1 371 000 lecteurs quotidiens : « *What a burkha* » « *Archbishop wants Muslim law in UK* » « *Arch enemy* ». Sources :

<https://www.statista.com/statistics/529060/uk-newspaper-market-by-circulation/>

<https://www.churchtimes.co.uk/articles/2008/15-february/books-arts/press-behind-the-bonkers-headlines>

<sup>2617</sup> J. BRECHIN, "A Study of the Use of Sharia Law in Religious Arbitration in the United Kingdom and the Concerns That This Raises for Human Rights", *Ecc LJ*, 15, 2013, p. 295.

<sup>2618</sup> N. DOE & R. SANDBERG, *Law and religion*, *op. cit.*, p. 143.

<sup>2619</sup> S. BANO, *loc. cit.*, p. 294.

**1110.** « *Conservative pluralism* ». - Quant aux non-musulmans, leur réaction est peut-être à mettre en lien avec ce que Monsieur David Feldman appelle le « *conservative pluralism* »<sup>2620</sup>.

Selon l'auteur, la notion de pluralisme remonte à l'Empire britannique et fait écho à la *British rule* dont le but était officiellement de faire en sorte que les dirigeants locaux conservent le pouvoir en intégrant de nombreuses références aux coutumes locales dans les lois de l'Empire. Ainsi, d'une manière générale, en cas de litiges, la justice coloniale britannique tenait principalement compte des usages locaux, et non des lois issues directement de Westminster. Au fur et à mesure que l'Empire se disloque et que de nouvelles communautés arrivent sur le sol britannique, cette attitude est retenue par le législateur britannique et érigée en principe suprême de la politique religieuse du gouvernement.

Cependant, cette solution n'aurait pas été développée pour contenter la population immigrée sur le sol britannique mais pour préserver la domination anglaise au sein du Royaume-Uni ainsi que les privilèges de l'Église d'Angleterre, dans une stratégie d'endiguement : « *as part of a strategy of containment calculated to preserve English dominance within the United Kingdom to govern subject peoples within the Empire, and to preserve the privileges of the established Church* »<sup>2621</sup>.

Selon Monsieur David Feldman, le multiculturalisme serait donc le bienvenu au Royaume-Uni à partir du moment où l'*establishment* n'est pas menacé. Quand l'archevêque a parlé en 2008, il a, consciemment ou non, menacé cet *establishment*. La réponse de ce même *establishment* ne pouvait qu'être rapide et cinglante.

**1111.** L'archevêque restera en poste jusqu'à la fin de son investiture, en 2012, pour être remplacé par Justin Welby. Tout débat qui rappellerait peu ou prou le fameux discours de 2008 est depuis soigneusement évité. Mais ce discours de l'archevêque de Canterbury de 2008 a laissé des traces et le doute s'est depuis instillé quant aux vertus du pluralisme.

---

<sup>2620</sup> D. FELDMAN, "Conservatism Pluralism and the Politics of Multiculturalism", in N. YUVAL-DAVIS & P. MARFLEET, *Secularism, Racism and the Politics of Belonging*, London, Runnymede Trust publication, 2012, p. 10.

<sup>2621</sup> *The independent review into the application of sharia law in England and Wales (dit Report into Sharia Law in the UK)*, op. cit., p. 12, note 1700.



c/ Réforme suggérée

**1112.** C'est pourquoi en 2018 une enquête sur les *Sharia councils* est lancée par le Secrétaire d'État à l'Intérieur et aboutit à un rapport<sup>2622</sup> mettant en évidence un certain nombre de pratiques suivies par les *Sharia councils*, certaines qualifiées de bonnes, d'autres de mauvaises (i)<sup>2623</sup>. Le rapport suggère en outre un certain nombre de réformes, depuis l'introduction du mariage civil et d'amende en cas de non-respect de l'obligation de déclarer un mariage jusqu'à l'encadrement des *Sharia councils* (ii).

*i. Pratiques des Sharia councils*

**1113.** Le rapport de 2018 pointe les aspects positifs mais également négatifs des *Sharia councils*.

**1114. *Good practice.*** - Au registre des *good practice*<sup>2624</sup>, le rapport précise que les *councils* signalent souvent à la police les violences familiales, surtout celles nécessitant une protection des enfants. Par ailleurs, les femmes n'ayant pas les moyens de payer les honoraires des *councils* se voient souvent offrir des rabais, voire sont invitées à ne rien payer. Il y est également noté que le divorce religieux est souvent considéré comme une formalité supplémentaire, à obtenir au moment du divorce civil, et que les *councils* refusent de gérer ce qui annexe, comme la pension alimentaire, invitant alors les parties à se tourner vers les tribunaux civils. Enfin, quelques *councils* intègrent des membres féminins.

**1115. *Bad practice.*** - Néanmoins, le rapport met également en exergue un certain nombre de *bad practice*<sup>2625</sup>.

Beaucoup de questions, portant sur les relations personnelles des parties, sont visiblement posées, questions que le rapport juge à la fois « *inappropriate and unnecessary* ». Afin d'être certaines d'obtenir le divorce, les femmes sont invitées par les

---

<sup>2622</sup> *Ibid.*

<sup>2623</sup> Des comportements déjà relevés dans A. SHAHEEN SARDA, "Authority and authenticity: Sharia councils, Muslims women's rights and the English courts", *CFLQ*, 25, 2013, p. 122.

<sup>2624</sup> *The independent review into the application of sharia law in England and Wales (dit Report into Sharia Law in the UK)*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>2625</sup> *Ibid.*, p 16.

*councils* à faire des concessions à leurs maris. Le rapport précise que les maris ne sont jamais invités à en faire de même. Le rapport donne l'exemple d'arrangements financiers jugés à la fois excessifs et injustes, puisque unilatéraux.

Le rapport souligne ensuite la durée des procès, parfois si longs que certaines personnes abandonnent le processus en cours de route (jusqu'à dix ans) ; il signale surtout des décisions contradictoires au sein d'un même *council*, ainsi que des interprétations divergentes et contradictoires du droit musulman d'un *council* à un autre, ce qui mène à des incohérences notoires.

Quant aux membres du *council*, ils sont rarement de sexe féminin, ne parlent pas toujours anglais et ne connaissent pas toujours bien le droit anglais. En conséquence, ils ne sont pas toujours capables de suggérer les bonnes options en termes de divorce civil et peuvent abusivement user d'expressions ou de mots juridiques appartenant au registre civil, créant une sorte de confusion légale. Enfin, même en présence d'un *decree absolute* accordant un divorce civil, le divorce religieux n'est jamais acquis et ne saurait constituer une preuve absolue pour le *council*.

Tous ces éléments, précise le rapport, remettent dangereusement en cause le droit des femmes, en l'occurrence le droit à l'égalité des femmes musulmanes<sup>2626</sup>.

## *ii. Préconisation de réformes*

**1116.** Au vu de ce bilan déséquilibré, le rapport préconise des changements assez radicaux.

**1117. Mariage civil et amendes.** - Le premier changement suggéré par le Ministère de l'Intérieur est législatif<sup>2627</sup> : le rapport conseille purement et simplement d'instaurer le mariage civil, avant ou en même temps que le mariage musulman.

Trop de femmes, signale le rapport, ignorent qu'en contractant un mariage religieux elles n'obtiendront aucun droit, aucune garantie de la part de l'État, leur mariage religieux n'ayant aucune reconnaissance civile. N'étant pas mariées civilement, elles ne pourront pas davantage obtenir un divorce civil. Elles se retrouveront (et leurs « maris » aussi, bien sûr)

---

<sup>2626</sup> A. SHAHEEN SARDA, "Authority and authenticity : Sharia councils, Muslims women's rights and the English courts", *loc. cit.*, p. 121.

<sup>2627</sup> *The independent review into the application of sharia law in England and Wales (dit Report into Sharia Law in the UK)*, *op. cit.*, p. 17.

dans le cas du *non-marriage*, c'est-à-dire non pas d'un mariage *void* ou *voidable*, mais comme n'existant tout simplement pas, n'ayant jamais eu lieu. Afin d'éviter toute situation ambiguë, le rapport suggère d'introduire des *penalties* à l'encontre de l'imam qui ne ferait pas enregistrer un mariage religieux, privant ce dernier d'effets civils.

Le rapport note que, ce faisant, les mariages musulmans seraient alors à égalité avec les mariages anglicans, juifs et quakers, sans mentionner les autres religions, pourtant également potentiellement concernées

Enfin, précise le rapport, de telles mesures permettraient à l'État de mieux lutter contre les mariages polygamiques.

**1118. Campagne de sensibilisation.** - Le deuxième changement suggéré par le Ministère de l'Intérieur est davantage culturel<sup>2628</sup> : les communautés musulmanes doivent changer et accepter les droits de la femme, en particulier dans le domaine du mariage et du divorce. Il suggère donc des campagnes de sensibilisation, des programmes éducatifs et toute autre mesure qui faciliterait l'information quant aux droits de la femme, autant de mesures que le gouvernement pourrait mettre en place directement ou *via* diverses ONG.

**1119. Régulation des *Sharia councils*.** – Enfin, le rapport conseille de réduire l'influence des *Sharia councils*, mais pas de les abolir. C'est donc là le troisième changement suggéré par le Ministère de l'Intérieur<sup>2629</sup> : réguler les *Sharia councils*. Trois options peuvent être envisagées : 1) inviter les *Sharia councils* à adopter un système d'autorégulation autonome ; 2) imposer ce système d'autorégulation aux *Sharia councils* 3) imposer ce système et mettre en place un organisme officiel similaire à l'OFSTED, *the Office for Standards in Education, Children's Services and Skills*, l'organisme britannique en charge de contrôler le système éducatif national, cette dernière option étant celle favorisée par le Ministère de l'Intérieur.

**1120.** Toutes ces recommandations ont été présentées au *Home Affairs Select Committee* de la *House of Commons*, sorte de commission des affaires intérieures de la Chambre des communes. Malheureusement, entre les diverses élections parlementaires, le *Brexit* et la

---

<sup>2628</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>2629</sup> *Ibid.*, p. 19-20.

Covid-19, tout a été mis entre parenthèses, faisant du rapport *into Sharia Law in the UK a non-event*, selon l'expression de certains juristes<sup>2630</sup>.

### 3/ Le cas de Mayotte

**1121. France métropolitaine.** - On ne trouve également officiellement nulle trace de tribunaux musulmans en France. Certains journaux dénoncent de temps à autre l'existence clandestine de tels tribunaux, sans que cela donne lieu à des procès autres que médiatiques. La création de telles structures n'a par ailleurs jamais été évoquée de manière officielle par le Conseil français du culte musulman<sup>2631</sup>. Il n'est pas exclu que, à défaut de tribunal musulman officiel, des cadis n'opèrent pas de manière occulte. Cela ne serait pas très difficile à faire, au regard du formalisme minimaliste avec lequel ils peuvent juger. Cependant, rien ne permet d'affirmer une telle chose de manière scientifique. Il en allait différemment jusqu'à il y a peu en France d'outre-mer, ce qui nous amène à nous intéresser aux régimes dérogatoires à la loi de 1905 (a), et plus précisément à celui dont a longtemps bénéficié Mayotte (b).

#### a/ Les régimes dérogatoires à la loi de 1905

**1122.** Selon certains auteurs, la loi de 1905 constitue un « échec »<sup>2632</sup> au regard des nombreuses exceptions s'étant constituées au gré des événements historiques. Si le cas particulier de l'Alsace-Moselle est connu de tous (i), le statut des départements et collectivités territoriales situés outre-mer bénéficiant également de réserves en matière de laïcité l'est moins (ii).

##### *i. L'Alsace-Moselle*

**1123. 1870, guerre et conséquences.** – En 1870, la France de Napoléon III vit sous le régime concordataire institué en 1801 par l'oncle de l'empereur, Napoléon Bonaparte. À

---

<sup>2630</sup> M. FISHER, S. SALEEM & V. VORA, "Islamic Marriages: Given the independent review into the application of Sharia Law in England and Wales, what is the way forward? ", *loc. cit.*, p. 552.

<sup>2631</sup> P.-H. PRÉLOT, « La liberté religieuse en France - Un état des lieux », *loc. cit.*, p. 76.

<sup>2632</sup> J. VOLFF, *Le droit des cultes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 45 citant F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003.

l'occasion de la guerre franco-allemande de 1870, le territoire français se trouve amputé des départements actuels du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, à l'exception du territoire de Belfort. Rattachés à l'Empire allemand, lors de la signature, le 10 mai 1871, du traité de Francfort, les trois départements intègrent alors le régime juridique allemand. Cette situation perdure jusqu'à la signature du traité mettant fin à la guerre suivante, le traité de Versailles du 28 juin 1919, date à laquelle les territoires de l'Est sont alors réintégrés à la République française qui a, entre temps, adopté la loi prônant la séparation des Églises et de l'État (1905), mettant ainsi fin de manière implicite au concordat napoléonien.

**1124. Loi de 1924.** - Afin de résoudre l'équation réintégration c. concordat et d'apaiser les fortes réactions locales hostiles à la loi de 1905<sup>2633</sup>, est alors votée la loi du 1<sup>er</sup> juin 1924<sup>2634</sup> (qui sera suivie de l'ordonnance du 15 septembre 1944<sup>2635</sup> à l'issue de la Seconde guerre mondiale) maintenant en vigueur le concordat de 1801 en Alsace-Moselle.

L'introduction de ce qui pourrait sembler constituer une « brèche » au principe non seulement de laïcité mais également d'indivisibilité n'est cependant pas reconnue comme telle par l'État français. Ce dernier, par l'intermédiaire du Conseil d'État, peu de temps après l'adoption de la loi de 1924<sup>2636</sup>, comme, de manière plus récente, par celui du Conseil constitutionnel<sup>2637</sup>, a en effet eu l'occasion de rappeler que ce statut particulier est pleinement légitime, la République française n'ayant pas « entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes »<sup>2638</sup>.

**1125. Impacts sur les cultes reconnus.** - C'est pourquoi, dans ces trois départements, les cultes précédemment « reconnus » en 1801, c'est-à-dire catholique, luthérien, réformé et juif, bénéficient toujours de mesures désormais éradiquées sur le reste du territoire

---

<sup>2633</sup> G. FELLOUS, *La laïcité pour tous*, Paris, L'Harmattan, 2016, t. 4, p. 14.

<sup>2634</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, JORF n° 0151 du 3 juin 1924.

<sup>2635</sup> Ordonnance du 15 septembre 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, JORF du 16 septembre 1944.

<sup>2636</sup> CE, 24 janvier 1925, avis n° 188.150, *RPP* 1925.

<sup>2637</sup> Cons. const., décision n° 2011-157, QPC du 5 août 2011, Société SOMODIA (interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle); Cons. const., décision n° 2012-297, QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité (traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle)*.

<sup>2638</sup> Cf. <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-36576QE.htm>

français, telles la prise en charge des traitements et des retraites des divers ministres religieux, la possibilité de séparer les cimetières communaux par culte ou encore l'octroi du statut d'établissements publics à certains organes de ces religions, en échange d'un contrôle « théoriquement très strict sur ces cultes »<sup>2639</sup>. À ce titre, les cultes reconnus de l'Alsace-Moselle peuvent être considérés comme relevant « de la sphère de droit public »<sup>2640</sup>.

**1126. Impacts sur les cultes non reconnus.** – En revanche, les cultes non reconnus, c'est-à-dire non catholique, luthérien, réformé ou juif, ne sont soumis ni au concordat de 1801, ni, de manière intéressante, à la loi de 1905. Dans le cas des cultes non reconnus, c'est alors le droit local des associations qui s'applique pleinement<sup>2641</sup>, à la capacité juridique « considérée comme étant plus étendue que celle relevant de la loi de 1901 »<sup>2642</sup> puisque ce type d'associations, nées sous l'Empire, peut ne pas limiter son objet au strict cultuel, a la possibilité de recevoir des subventions publiques (afin, par exemple, de financer son édifice) et bénéficie potentiellement d'avantages fiscaux indirects, « afin de supprimer les inégalités de traitement entre les associations à objet cultuel de droit local et les associations culturelles régies par la loi de 1905 »<sup>2643</sup>.

**1127.** En conséquence, un système juridique très favorable aux religions, en particulier aux cultes reconnus, bénéficie aujourd'hui d'un statut totalement à part, « assez proche de celui d'une Église d'État, avec cette différence cependant que plusieurs cultes en bénéficient, dans le cadre d'un pluralisme religieux affirmé »<sup>2644</sup>.

#### *ii. Les départements et collectivités d'Outre-mer*

**1128.** Les départements et collectivités d'Outre-mer constituent une autre exception au principe de laïcité, bien que la dérogation ne soit pas uniforme. Il importe donc de distinguer les départements et collectivités d'Outre-mer soumis à la loi de 1905 de ceux soumis aux décrets-lois dits Mandel ou à l'ordonnance du roi Charles X du 27 août 1828.

---

<sup>2639</sup> J. VOLFF, *Le droit des cultes*, op. cit., p. 30.

<sup>2640</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>2641</sup> C. civ. local, art. 21 à 79-3, modifiés par la Loi n° 2003-709 du 1<sup>er</sup> août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations, JORF n° 177 du 2 août 2003.

<sup>2642</sup> G. FELLOUS, *La laïcité pour tous*, op. cit., p. 28.

<sup>2643</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>2644</sup> J. VOLFF, op. cit., p. 87.

**1129. Martinique, Guadeloupe, Réunion, Saint-Barthélemy et Saint-Martin.** - Les départements et collectivités de la Martinique, la Guadeloupe, la Réunion, Saint-Barthélemy et Saint-Martin sont soumis à la loi de 1905 par le décret du 6 février 1911 modifié déterminant les conditions d'application des lois sur la séparation des Églises et de l'État et l'exercice public des cultes<sup>2645</sup>. Le principe de laïcité de la métropole y est donc appliqué, à quelques différences mineures près<sup>2646</sup>.

**1130. La Guyane française.** – Aux termes de l'article 43 de la loi de 1905<sup>2647</sup>, il a été possible d'exclure la collectivité de la Guyane de l'application de la loi de 1905, qui reste donc soumise à l'ordonnance de Charles X, en date du 27 août 1828<sup>2648</sup>. Ainsi, « Le gouverneur veille au libre exercice et à la police extérieure du culte, et pourvoit à ce qu'il soit entouré de la dignité convenable »<sup>2649</sup>. Le culte auquel il est fait référence dans le texte de 1828 étant le catholicisme, il faut comprendre que, en Guyane, la religion catholique est seule reconnue et que ses prêtres sont des salariés du conseil général (donc nommés et rémunérés par ce dernier). Pour autant, cette disposition ne résulte pas d'un quelconque accord passé avec la papauté, qui est tenue expressément à l'écart : « Aucun bref ou acte de la cour de Rome (...) ne peut être reçu ni publié dans la colonie qu'après autorisation du gouverneur »<sup>2650</sup>.

Par la suite, le décret du 16 janvier 1939<sup>2651</sup> instituant outre-mer des conseils d'administration des missions religieuses, dit décret Mandel, du nom du ministre des colonies de l'époque, a été rendu applicable en Guyane par un arrêté gouvernemental en date du 26 août 1939. En conséquence, les églises catholiques édifiées avant 1939 sont restées propriétés de la collectivité ; celles construites après cette date sont devenues propriétés de la mission catholique de Guyane, instituée en 1643<sup>2652</sup>. Les autres cultes relèvent quant à eux soit d'associations type loi 1901, soit de missions religieuses.

---

<sup>2645</sup> Décret du 6 février 1911 modifié déterminant les conditions d'application à la Martinique, à la Guadeloupe et à la Réunion des lois sur la séparation des Églises et de l'État et l'exercice public des cultes, JORF du 10 février 1911.

<sup>2646</sup> En matière de libéralités ou quant au nombre de membres, par exemple.

<sup>2647</sup> Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, JORF du 11 décembre 1905, art. 43 : « Des décrets en Conseil d'État détermineront les conditions dans lesquelles la présente loi sera applicable en Algérie et aux colonies ».

<sup>2648</sup> Ordonnance du Roi concernant le gouvernement de la Guyane française (27 août 1828) : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65720763/f19.item.texteImage>

<sup>2649</sup> *Ibid.*, art. 36 al. 1.

<sup>2650</sup> *Ibid.*, art. 36 al. 2.

<sup>2651</sup> Décret du 16 janvier 1939 instituant outre-mer des conseils d'administration des missions religieuses, JORF du 19 janvier 1939.

<sup>2652</sup> G. FELLOUS, *La laïcité pour tous, op. cit.*, p. 58.

Interrogé sur le particularisme de la Guyane, le Conseil constitutionnel a jugé que, comme pour l'Alsace-Moselle, « Les mots « , et pourvoit à ce qu'il soit entouré de la dignité convenable » figurant au 1 de l'article 36 de l'ordonnance royale du 27 août 1828 concernant le Gouvernement de la Guyane et les mots « civiles et » figurant au premier alinéa du paragraphe 1er de l'article 33 de la loi du 13 avril 1900 portant fixation du budget général des dépenses et recettes de l'exercice 1900 sont conformes à la Constitution »<sup>2653</sup>.

**1131. Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, île Wallis et Futuna, Saint Pierre-et-Miquelon, îles Marquises, Terres Australes et Antarctiques françaises.** – Les départements et collectivités de Mayotte, de la Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française, des îles Wallis et Futuna, Saint Pierre-et-Miquelon et Marquises, sans oublier les Terres Australes et Antarctiques françaises ne sont pas plus soumis à la loi de 1905<sup>2654</sup> que la Guyane française.

Contrairement à cette dernière, ils ne sont cependant pas pour autant soumis à l'ordonnance royale de 1828 et seul est applicable et appliqué le décret-loi Mandel du 16 janvier 1939, modifié le 6 décembre 1939 et « complété par un échange de lettres entre le Saint-Siège et la France des 7 et 19 juin 1951 »<sup>2655</sup>. Concrètement, des missions religieuses peuvent être instituées sur le territoire de ces départements et collectivités, chargées d'établir des conseil d'administration afin d'y régir le culte concerné. Dotées de la personnalité juridique de droit privé<sup>2656</sup>, ces missions ne sont pas limitées dans leur objet au seul aspect cultuel. Ses présidents et membres « sont soumis à l'agrément du représentant de l'État »<sup>2657</sup>, non sans rappeler le contrôle exercé par l'État en Alsace-Moselle.

À l'instar également de ce qui se passe dans l'Est de la France, les exonérations fiscales ainsi que les subventions des collectivités territoriales de Mayotte, de la Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française, des îles Wallis et Futuna, Saint Pierre-et-Miquelon et Marquises, et des Terres Australes et Antarctiques françaises sont possibles, conférant à ce régime un net avantage par rapport aux associations culturelles de la métropole.

Des particularités se retrouvent sur chaque territoire. Ainsi, en Polynésie française, le culte majoritaire étant le culte protestant, son organisation est régie par le décret du 23

---

<sup>2653</sup> Cons. const., décision n° 2017-633, QPC du 2 juin 2017, *Collectivité territoriale de la Guyane (rémunération des ministres du culte en Guyane)*.

<sup>2654</sup> Décret du 16 janvier 1939, art. 1er : « non placés sous le régime de la séparation des Églises et de l'État ».

<sup>2655</sup> J. VOLFF, *Le droit des cultes*, op. cit., p. 41.

<sup>2656</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>2657</sup> G. FELLOUS, *La laïcité pour tous*, op. cit., p. 52.



janvier 1884, modifié par le décret du 5 juillet 1927<sup>2658</sup>. Géographiquement proche du Canada où tant de congrégations françaises se sont réfugiées au lendemain de l'adoption des décrets de 1880<sup>2659</sup> et de la loi de 1901<sup>2660</sup>, Saint Pierre-et-Miquelon<sup>2661</sup> accueille également des congrégations soumises à un décret spécifique, en date du 30 novembre 1913<sup>2662</sup>.

Le cas de Mayotte, ce territoire devenu le 101<sup>e</sup> département français le 31 mars 2011<sup>2663</sup>, également soumis au décret-loi Mandel, comporte de telles spécificités qu'il mérite d'être analysé séparément.

#### b/ Le régime de Mayotte

**1132.** Le cas de Mayotte s'avère particulièrement intéressant en termes de relations Églises-État. En effet, à l'instar de certains autres départements et collectivités d'Outre-mer, non seulement la loi de 1905 n'y est pas appliquée, mais, pendant très longtemps, c'est en partie la loi musulmane couplée à la justice cadiale qui y a eu cours (i). Si, officiellement, il en va autrement depuis 2010, la situation s'avère relativement plus complexe en pratique (ii).

##### *i. Loi musulmane et justice cadiale en territoire français*

**1133. Mayotte.** - Mayotte, cette entité constituée de plusieurs îles disséminées dans l'océan Indien, entre le Mozambique et Madagascar, est achetée au sultan Andriansouly en 1841 par le royaume de France, pour être ensuite intégrée à la République française en 1848. Récemment, elle s'est vue octroyer le titre de département et de région d'Outre-mer

---

<sup>2658</sup> Décret du 5 juillet 1927 modifiant l'organisation instituée par le Décret du 23 janvier 1884, des Églises protestantes dans les Établissements français de l'Océanie (arrêté de promulgation du 23 août 1927), JORF n° 17 du 1<sup>er</sup> septembre 1927.

<sup>2659</sup> Décrets du 29 mars 1880 relatifs aux congrégations, Bulletin officiel du Ministère de l'Intérieur.

<sup>2660</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association, JORF du 2 juillet 1901.

Décrets et loi ayant mené à de nombreuses expulsions en 1880, 1903 et 1904.

<sup>2661</sup> G. FELLOUS, *La laïcité pour tous*, *op. cit.*, p. 52-54.

<sup>2662</sup> Décret du 30 novembre 1913 sur le régime des associations et des congrégations dans la Colonie de Saint-Pierre et Miquelon (arrêté de promulgation le 22 janvier 1914).

<sup>2663</sup> Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, JORF n° 0284 du 8 décembre 2010 – Décret n° 2011-346 du 28 mars 2011 pris pour l'application de la Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, JORF du 30 mars 2011.

(DROM) (2011)<sup>2664</sup>, ainsi que celui de région ultrapériphérique (RUP) (2014), intégrant ainsi à part entière l'Union européenne<sup>2665</sup>.

**1134. Loi 1905 et traité de 1841.** - À l'instar de la situation guyanaise, l'article 43 de la loi du 9 décembre 1905<sup>2666</sup> a permis d'exclure Mayotte de son champ d'application. Il importait en effet de maintenir *in situ* la justice cadiale telle que cela avait été établi lors de la signature du traité de 1841 rattachant Mayotte à la France<sup>2667</sup>. Ainsi, et jusqu'à sa suppression en 2010<sup>2668</sup>, c'est-à-dire jusqu'à son remplacement par le système classique de Tribunal judiciaire et de Cour d'appel, la justice mahoraise reposait en partie sur le système juridique musulman.

**1135. Justice cadiale.** - Entre 1841 et 2010, les cadis mahorais étaient en charge de trois types d'activités : une activité judiciaire, une activité notariale et une activité sociale et administrative, où le cadi intervenait en tant que médiateur et « autorité morale et religieuse »<sup>2669</sup>.

Le site du Sénat<sup>2670</sup> nous précise que « la justice cadiale » comprenait « dix-sept tribunaux cadiaux » (dont un cadi et un secrétaire greffier) « et un grand cadi. Les décisions des dix-sept cadis (compétents en matière d'état des personnes et de litiges patrimoniaux inférieurs à 300€) » pouvaient « être déférées en appel au grand cadi. Les décisions du grand cadi rendues en premier ressort » pouvaient « être soumises en appel au tribunal supérieur d'appel de droit commun (lorsque les litiges excédaient 300€) ».

**1136. Statut personnel.** – Une délibération de la Chambre des députés des Comores, en date de 1964<sup>2671</sup>, nous permet de mieux appréhender ce qui ressortait du domaine de

---

<sup>2664</sup> Constitution du 4 octobre 1958, JORF du 5 octobre 1958, art. 73.

<sup>2665</sup> Contrairement aux territoires ultramarins (les PTOM, Pays et territoires d'Outre-mer), les RUP, bien que situés en dehors du territoire européen, font partie intégrante de l'UE : TFUE, art. 349.

<sup>2666</sup> Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, JORF du 11 décembre 1905, art. 43 : « Des décrets en Conseil d'État détermineront les conditions dans lesquelles la présente loi sera applicable en Algérie et aux colonies ».

<sup>2667</sup> Traité de 1841 passé entre le sultan Andriansouly et le commandant Passot, art. 1 : <https://www.senat.fr/rap/r08-115/r08-11510.html>

<sup>2668</sup> Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, ratifiée par la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010, relative au Département de Mayotte, JORF n° 0127 du 4 juin 2010.

<sup>2669</sup> Site du Sénat : <https://www.senat.fr/rap/r08-115/r08-11510.html>

Il appartenait ainsi au grand cadi de fixer la date de début du ramadan.

<sup>2670</sup> Site du Sénat : <https://www.senat.fr/rap/r08-115/r08-11510.html>

<sup>2671</sup> Délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane relative à l'activité juridictionnelle des cadis.

compétence du *cadi* jusqu'en 2010, date de l'abrogation de la délibération. Ce dernier était en charge des domaines suivants<sup>2672</sup> : « La justice musulmane connaît de toutes les affaires civiles et commerciales entre musulmans autres que celles relevant du droit commun. Les litiges entre Comoriens musulmans ayant conservé leur statut traditionnel sont jugés par les tribunaux des *Qâdis*, les tribunaux des *Grands Qâdis (Qâdis-l-qodat)* [...]. »<sup>2673</sup>. « Les *Qâdis*, les *Qâdis-l-qodat* jugent d'après la doctrine musulmane chaféite telle qu'elle est exposée dans les traités de *fiqh* "*Minhadji at Toilibin*", "*Fath ul Qarib*", "*Kitab el Tanbin*", "*Fath el Moeni*" et leurs commentaires. Ils peuvent aussi invoquer les coutumes locales propres à chaque île. »<sup>2674</sup>. « [...] Ils connaissent des affaires relatives au statut personnel (état civil, mariage, dons nuptiaux, garde d'enfant, entretien, filiation, répudiation, rachat *Khol*<sup>2675</sup> et autres séparations entre époux, etc.). [...] Ils statuent en outre en matière de succession, donation, testament, *waqf*<sup>2676</sup> et "*magnahoulé*"<sup>2677</sup> et en matière d'obligations [...]. »<sup>2678</sup>

**1137. Mariage.** - Ainsi, le mariage était « célébré par un chef religieux, souvent le *cadi* en présence des époux, de deux témoins (de sexe masculin) et du tuteur matrimonial ou *wali* (en général le père de l'épouse) ; le mariage était ensuite (...) simplement enregistré dans les quinze jours par l'officier d'état civil du domicile »<sup>2679</sup>.

**1138. Polygamie et répudiation.** – Par ailleurs, en application de la *sharia*, polygamie et répudiation étaient totalement autorisées<sup>2680</sup>. Ainsi, « L'homme peut répudier sa femme de façon tout à fait discrétionnaire, tandis que l'épouse ne peut se libérer que par voie judiciaire conformément à la procédure prévue à l'article 9 du décret de 1939, ou par le mécanisme du rachat *khôl* »<sup>2681</sup>.

<sup>2672</sup> S. BLANCHY et Y. MOATTY, « Le statut civil de droit local à Mayotte: une imposture? », *RDS*, 2012, p. 121.

<sup>2673</sup> Délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964, *op. cit.*, art. 1.

<sup>2674</sup> *Ibid.*, art. 7.

<sup>2675</sup> Divorce à l'initiative de la femme ; également orthographié *khul*.

<sup>2676</sup> Donation religieuse.

<sup>2677</sup> Mode de transmission matrilineaire.

<sup>2678</sup> Délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964, *op. cit.*, art. 9.

<sup>2679</sup> E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte - Un fantôme de statut personnel coutumier », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 752.

<sup>2680</sup> Délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil des Comoriens musulmans, *JOC* 1961, p. 258, art. 30.

<sup>2681</sup> A. ALI, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, thèse Aix-Marseille, 2016, p. 33.

*ii. Le droit mahorais aujourd'hui*

**1139. Nouvelles fonctions de médiateur.** – Officiellement, la plupart des anciennes attributions du *cadi* mahorais lui ont été retirées depuis 2010<sup>2682</sup>. Désormais, le *cadi* n'est plus consulté « que pour des conflits de couples unis par mariage musulman (c'est le motif de cinquante-sept requêtes sur les soixante reçues par un *cadi* en 2015, les trois restantes concernaient des conflits de terrain qu'il n'a fait que concilier). Les autres questions relevant des affaires familiales se traitent désormais au tribunal »<sup>2683</sup>.

Mais en réalité, la population locale reste attachée à ses traditions et continue à voir en ce personnage un médiateur possible, par ailleurs toujours employé territorial, donc rémunéré par le conseil général<sup>2684</sup>. La Direction de la médiation, de la conciliation, et du règlement des conflits a été ainsi créée en 2016, où l'on utilise « la figure morale du *cadi*, encore bien présente, pour faire de la médiation » et où donc « les anciens juges musulmans » sont devenus « des médiateurs sociaux »<sup>2685</sup>. Pour le directeur du centre de médiation, c'est une opportunité à saisir, non seulement pour les Mahorais mais plus largement pour tous ceux concernés par la place de la religion dans les sociétés contemporaines : « Dans ce territoire musulman à 90 %, à une époque où l'on conceptualise un islam de France, et où l'on essaye de le coordonner, Mayotte peut être un laboratoire pour la métropole, et même l'Europe. Ici, comme au ministère de l'Intérieur, on pense que l'islam de Mayotte est un islam tolérant qui peut aider à la cohésion sociale »<sup>2686</sup>.

**1140. Tribunaux civils et statut personnel.** - S'il n'y a plus de justice religieuse, il n'en demeure pas moins qu'à Mayotte, les tribunaux civils peuvent être amenés à se pencher sur des affaires en lien avec le statut personnel qui peut, lui, être encore religieux. En effet, si le législateur a réformé en profondeur, depuis les années 2000, le statut personnel des

---

<sup>2682</sup> Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, ratifiée par la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010, relative au Département de Mayotte, art. 16-I.

<sup>2683</sup> S. BLANCHY, « Les familles face au nouveau droit local à Mayotte. Continuité, adaptation et redéfinition des pratiques », *EF*, 2018, p. 50 : c'est-à-dire demande de pension alimentaire, de contestation de paternité, de délégation d'autorité parentale, ainsi que d'adoption et de tutelle.

<sup>2684</sup> G. FELLOUS, *La laïcité pour tous*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>2685</sup> Article du *Mayotte Hebdo*, paru le 9 mars 2017 : <https://www.mayottehebdo.com/actualite/dossier/enquete-mayotte-roule-t-elle-toujours-pour-les-cadis>

<sup>2686</sup> *Ibid.*

Mahorais<sup>2687</sup>, « il a laissé perdurer un ensemble de règles de droit musulman, qui ont une vigueur en droit français, du fait du renvoi que celui-ci opère »<sup>2688</sup>.

Comme l'écrit Monsieur Emmanuel Tawil, « ces dispositions bénéficient toujours à la plupart des citoyens français musulmans originaires de Mayotte, qui sont donc, encore, partiellement régis par le Coran et le *Minhadj al-twalibine* (le *Guide des zélés croyants*), recueil du XIII<sup>e</sup> siècle rédigé par le juriste de l'école chaféite Al-Nawani. L'application de ces règles de droit musulman est assurée à ces citoyens d'Outre-mer lorsqu'ils se trouvent en France métropolitaine<sup>2689</sup> »<sup>2690</sup>.

**1141. Mariage.** - La laïcisation du mariage à Mayotte s'est faite progressivement.

Elle a débuté avec une ordonnance en date de 2000 relative à l'état civil<sup>2691</sup>. Le mariage est alors toujours célébré par le cadî, mais, première étape de laïcisation, « en présence de l'officier de l'état civil de la commune de résidence des futurs époux »<sup>2692</sup>, ce qui, concrètement, posait des problèmes en termes d'organisation, l'officier d'état civil n'étant pas forcément disposé à se déplacer au dernier moment ou à tout moment du week-end, ce qui pouvait être le cas.

La seconde étape intervient en 2006<sup>2693</sup>, date<sup>2694</sup> à partir de laquelle seul le mariage en mairie compte aux yeux de la loi mahoraise<sup>2695</sup>. Tout comme en métropole, cet acte civil peut être éventuellement suivi d'une cérémonie religieuse respectueuse du droit musulman et donc célébrée sous l'égide du cadî<sup>2696</sup>, mais la fonction administrative de ce dernier disparaît. Par ailleurs, la loi de 2006 fait du *wali* l'autre grand perdant : selon le mariage issu du Code civil, il appartient désormais à la future épouse de donner son consentement propre à l'union envisagée, sans avoir recours à l'intermédiaire de son père, frère, oncle ou autre.

---

<sup>2687</sup> Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'Outre-mer, JORF 22 juillet 2003.

<sup>2688</sup> E. TAWIL, *Justice et religions*, *op. cit.*, p. 242.

<sup>2689</sup> T. civ. Seine, 26 mars 1956, *D.*, p. 654.

<sup>2690</sup> E. TAWIL, *op. cit.*, p. 242.

<sup>2691</sup> Ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte, JORF du 10 mars 2000.

<sup>2692</sup> A. ALI, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, *op. cit.*, p. 224.

<sup>2693</sup> Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JORF n° 170 du 25 juillet 2006.

<sup>2694</sup> S. BLANCHY, « Les familles face au nouveau droit local à Mayotte. Continuité, adaptation et redéfinition des pratiques », *loc. cit.*, p. 49. La transition s'est faite en douceur avec, tout d'abord, l'ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte, JORF du 10 mars 2000, art. 26 puis l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, ratifiée par la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010, relative au Département de Mayotte, JORF n° 0127 du 4 juin 2010.

<sup>2695</sup> *Ibid.*, Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 7.

<sup>2696</sup> S. BLANCHY, *loc. cit.*, p. 49.

Il n'en demeure pas moins que, comme le précisent Madame Sophie Blanchy et Monsieur Yves Moatty, la façon de se marier à Mayotte continue de différer sensiblement du droit français traditionnel, tant est fort le souvenir de l'ancien droit local : « Aujourd'hui à Mayotte, le mariage à la mairie, formalité administrative, prend place après le *mafungidzo*<sup>2697</sup> islamique (*nikâh*). En cas de Grand mariage (*arusi*), il donne lieu à une fête de plus. Un mariage à la mairie avant *nikâh* ne permet pas aux époux de se rejoindre, ce serait de la fornication (*zina*) selon le droit musulman et la morale. Les cadis craignent que les jeunes se contentent de cet acte, légal aux yeux des *wazungu* (Blancs). À l'inverse, on voit les familles célébrer par prudence le *mafungidzo* des jeunes qui partent ensemble hors de l'île, ce qui leur permet de cohabiter avant les fêtes du mariage »<sup>2698</sup>.

Il faudra donc sans doute du temps pour que s'instaure vraiment le principe du mariage exclusivement civil à Mayotte. En attendant, et même si « le droit local est voué à s'éteindre à Mayotte »<sup>2699</sup>, « très peu de couples sont mariés civilement, tandis que quasiment tous sont unis par le mariage musulman »<sup>2700</sup>.

**1142. Polygamie et répudiation.** – La répudiation ainsi que la polygamie, quel que soit l'âge de la femme concernée, ont été totalement interdites<sup>2701</sup>. La transition s'est également voulue être faite en douceur. Ainsi, la loi de programme pour l'Outre-mer du 21 juillet 2003, qui a pour la première fois interdit ces deux institutions musulmanes<sup>2702</sup>, précisait que « ces modifications du statut personnel ne s'appliquaient « qu'aux personnes accédant à l'âge requis pour se marier au 1<sup>er</sup> janvier 2005 ». Seules les personnes ayant moins de quinze ou dix-huit ans à cette date devaient avoir un statut nécessairement monogame. Toutes celles qui avaient déjà cet âge à la même date ont pu encore, après cette date, s'engager valablement dans une union polygamique ou dissoudre leur union par répudiation. »<sup>2703</sup>. Il faudra attendre les articles 9<sup>2704</sup> et 11<sup>2705</sup> de l'ordonnance de 2010 pour

<sup>2697</sup> « Le lien ».

<sup>2698</sup> S. BLANCHY et Y. MOATTY, « Le statut civil de droit local à Mayotte: une imposture? », *loc. cit.*, p. 134.

<sup>2699</sup> E. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte - Un fantôme de statut personnel coutumier », *loc. cit.*, p. 737.

<sup>2700</sup> S. BLANCHY, Les familles face au nouveau droit local à Mayotte. Continuité, adaptation et redéfinition des pratiques », *loc. cit.*, p. 50.

<sup>2701</sup> Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, ratifiée par la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010, relative au Département de Mayotte, JORF n° 0127 du 4 juin 2010, art. 9.

<sup>2702</sup> Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, relative à Mayotte, JORF n° 0161 du 13 juillet 2001, art. 52-2 : « Nul ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du ou des précédents »

<sup>2703</sup> E. RALSER, *loc. cit.*, p. 754.

que les institutions de répudiation et de polygamie soient définitivement interdites, sans remettre en cause pour autant les unions polygamiques déjà établies.

**1143.** La République française, une et indivisible, se permet de nombreuses dérogations en matière de laïcité quand il s'agit de ses territoires ultramarins. Si le cas de Mayotte était particulièrement explicite, le droit mahorais a cependant, il est vrai, accompli un virage assez radical en termes matrimoniaux dans les années 2000-2010, le plaçant sur le même plan désormais que le droit matrimonial de la France métropolitaine. On notera cependant que, pour de nombreux auteurs, la « révolution » voulue, en particulier, par l'ordonnance de 2010 peut sembler inaboutie en ce qui concerne l'état civil, la filiation et les successions, faisant du droit de la famille mahorais un sujet toujours sensible<sup>2706</sup>.

**1144. Conclusion § 1.** - L'État, dans les relations complexes qu'il peut entretenir avec les religions, peut être amené à faire face aux droits confessionnels, assez dissemblables dans leurs principes et dans leurs structures, bien que l'on parvienne à trouver des points communs.

Comme le précise Monsieur François-Xavier Licari, « Ce qui distingue essentiellement le droit canon de la *halakhah* est son empire : si le droit canon s'occupe essentiellement de réglementer l'Église et les relations de celle-ci avec les fidèles, la *halakhah* s'occupe aussi bien de la vente d'immeubles que des trois prières quotidiennes. Le droit musulman est, nous semble-t-il, par ses caractéristiques, plus proche du droit talmudique »<sup>2707</sup>. C'est sur le fondement de ces droits qu'ont été établis des tribunaux religieux, amenés à intervenir dans la vie de leurs fidèles en certaines occasions, en particulier lorsque mariages et séparations entrent en jeu, bien que tous les cultes n'acceptent pas l'idée même d'un tribunal religieux.

Structurés de manière plus ou moins formelle, prônant la collégialité ou non, acceptant la notion d'appel ou à l'inverse l'interdisant, ils souhaitent offrir une réponse traditionnelle à des problématiques intemporelles. Longtemps incontournables, aujourd'hui marginalisés, ils n'en suscitent pas moins interrogations et craintes, en particulier quand

---

<sup>2704</sup> Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, *op. cit.*, art. 9 : « L'article 147 est ainsi rédigé : « On ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du ou des précédents mariages » ».

<sup>2705</sup> *Ibid.*, art. 11 : « Les dispositions du titre VI du livre Ier du code civil sont applicables aux personnes relevant du statut civil de droit local à l'exception de l'article 256, de la dernière phrase de l'article 257 et des articles 285-1 et 286. »

<sup>2706</sup> Pour aller plus loin : A. ALI, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, *op. cit.*

<sup>2707</sup> F.-X. LICARI, *Le droit talmudique*, *op. cit.*, p. 50.

sont évoqués les tribunaux musulmans, la controverse anglaise des *Sharia courts* ou le cas de Mayotte étant sur ce point révélateurs.

## § 2 : La solution italienne et la *riserva di giurisdizione*

**1145.** L'Italie, de par ses liens spécifiques avec la religion catholique et le Concordat signé en 1929, se distingue clairement ici de ses homologues anglais et français. Elle accepte en effet, de confier un rôle non négligeable à un tribunal religieux, en l'occurrence le tribunal ecclésiastique catholique romain (A), menant au processus de *delibazione* devant la Cour d'appel (B).

### A/ Le tribunal ecclésiastique catholique romain

**1146.** L'organisation interne du tribunal ecclésiastique catholique romain<sup>2708</sup> a été modifiée en août 2015, le pape François ayant lancé une réforme dite du « processus matrimonial plus bref ». Entrée en vigueur le 8 décembre 2015, à la suite des *motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* et *Mitis et misericors Iesus*<sup>2709</sup>, d'aucuns l'ont qualifiée de « rapprochement implicite avec le droit matrimonial des Églises orthodoxes »<sup>2710</sup>, quand d'autres n'y voient qu'une amélioration d'ordre administratif, ne visant certainement pas à faciliter le « divorce des catholiques »<sup>2711</sup>. Parmi les principes ayant « guidé la réforme de la procédure en constat de nullité de mariage », on retiendra surtout la « célérité renouvelée des procédures, la proximité entre le justiciable et celui qui rend la justice et la place retrouvée de l'évêque diocésain comme juge »<sup>2712</sup> (1). L'instance demeure, en revanche, relativement inchangée (2). Qui dit nullité du mariage accordée par un tribunal ecclésiastique, dit contravention au principe d'indissolubilité et explique que le nombre d'affaires rendues en la matière soit finalement assez faible (3).

---

<sup>2708</sup> Pour une étude approfondie sur les tribunaux ecclésiastiques au Royaume-Uni, y compris les tribunaux orthodoxes, anglicans, presbytériens : N. DOE, *Christian law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 164.

<sup>2709</sup> Lettre apostolique en forme de « *motu proprio* » du souverain pontife François *Mitis Iudex Dominus Iesus*, sur la réforme du procès canonique pour les causes de déclaration de nullité du mariage dans le code de droit canonique, 8 septembre 2015

<sup>2710</sup> L. SABBARESE e R. SANTORO, *Il processo matrimoniale più breve*, op. cit., p. 8.

<sup>2711</sup> Selon les termes employés par des juges de l'officialité de Paris.

<sup>2712</sup> B. GONÇALVES, « Le procès matrimonial plus bref devant l'évêque diocésain : présentation et mise en lumière de quelques enjeux », *AC*, 57, 2016, p. 185.



## 1/ La procédure en constat de nullité de mariage

**1147.** La procédure en constat de nullité de mariage, telle que réformée en 2015, renforce le rôle judiciaire de l'évêque (a), introduit la notion de procès bref (b) et abolit le principe de l'appel automatique (c).

### a/ Rôle judiciaire de l'évêque

**1148.** Le rôle judiciaire de l'évêque a été revu avec la réforme de 2015.

**1149. Avant 2015.** - Avant 2015, il n'appartenait pas à l'évêque *stricto sensu* de s'intéresser à la justice, la tâche étant alors confiée à des « spécialistes du droit »<sup>2713</sup>. Certes, le lien évêque-tribunal perdurait puisqu'il revenait au dignitaire récipiendaire de l'autorité sur un diocèse de constituer un tribunal et de désigner un vicaire judiciaire, celui-là même que l'on appelait autrefois l'official<sup>2714</sup>. La fonction de juge appartenait donc à ce dernier, tenu d'exercer « son office en toute indépendance, sous la seule réserve, aujourd'hui assez théorique, que l'évêque se réserve la connaissance d'une affaire en particulier »<sup>2715</sup>.

**1150. Après 2015.** - Ce qui précède demeure après 2015 mais évolue. En effet, depuis la réforme des nullités du mariage adoptée par le pape François sous la forme de *motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*<sup>2716</sup>, l'évêque diocésain « pourra exercer la fonction de juge de ses sujets et ne déléguera pas entièrement cette fonction, pour garantir l'unité de la foi et de la discipline »<sup>2717</sup>. Pour reprendre les termes du *motu proprio*, l'idée est que l'évêque soit juge lui-même, en certaines circonstances, et qu'il « ne laisse pas entièrement déléguée aux offices de la curie la fonction judiciaire en matière matrimoniale »<sup>2718</sup>. Pour

---

<sup>2713</sup> O. ÉCHAPPÉ, « Juger dans l'Église catholique », *D. Cah. just.*, 2, 2010, p. 84.

<sup>2714</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>2715</sup> *Ibid.*

<sup>2716</sup> Lettre apostolique en forme de « motu proprio » du souverain pontife François *Mitis Iudex Dominus Iesus*, sur la réforme du procès canonique pour les causes de déclaration de nullité du mariage dans le code de droit canonique, 8 septembre 2015 :

[http://www.vatican.va/content/francesco/fr/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio\\_20150815\\_mitis-iudex-dominus-iesus.html](http://www.vatican.va/content/francesco/fr/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html)

<sup>2717</sup> B. GONÇALVES, *La réforme des procédures des nullités de mariage*, Paris, Artège Lethielleux, 2016, p. 18-19.

<sup>2718</sup> Lettre apostolique, 8 septembre 2015, *op. cit.*, p. 3.

comprendre quelles sont les circonstances permettant à l'évêque de juger seul, il nous faut maintenant évoquer le principe, nouveau, du procès bref.

#### b/ Le procès bref

**1151. Collégialité.** - Jusqu'en 2015, le jugement lui-même s'effectuait par l'intermédiaire d'un juge unique, qui était « invité à s'entourer de deux assesseurs, prêtres ou laïcs, qui, s'ils ne sont pas à proprement parler des juges, participent d'une certaine façon à la formation de la décision ». Ainsi, pour « les affaires les plus importantes, qui sont aussi les plus fréquentes (nullité du mariage, de l'ordre et causes pénales pouvant entraîner l'excommunication) »<sup>2719</sup>, il était nécessaire de requérir « une collégialité de trois juges... voire de cinq si l'évêque l'estime utile ; et chaque fois qu'il y a collégialité, il est prescrit de désigner un « ponent » qui fera rapport au collège et rédigera le projet de sentence »<sup>2720</sup>. Cette procédure reste valable à deux exceptions près, introduites par la réforme de 2015.

**1152. Les exceptions de 2015.** – Le *motu proprio* du pape François introduit deux dérogations au principe de collégialité judiciaire.

La première exception prévoit que « l'évêque diocésain peut constituer un juge unique qui sera cleric, s'il est impossible de constituer un collègue »<sup>2721</sup>.

La deuxième exception intervient en cas de « procès bref », réelle nouveauté de la réforme papale. Un « procès bref » peut être institué et jugé par le seul évêque, « lorsque les arguments en faveur de la nullité sont particulièrement évidents »<sup>2722</sup>. Le but de ce procès bref est de remédier à la situation d'échec en allant plus vite en cas de nullité manifeste et sur demande conjointe des époux (ou tout du moins, à la demande de l'un des conjoints sans opposition de l'autre)<sup>2723</sup>. L'évêque veillera cependant à « toute absence de laxisme », afin de ne pas « donner l'impression que (la nouvelle procédure spécifique) dérogerait au principe rappelé par le pontife romain lui-même de l'indissolubilité du lien

---

<sup>2719</sup> Les demandes en nullité de mariage représentent 99% des affaires traitées par l'officialité de Paris, selon certains juges du tribunal ecclésiastique de Paris.

<sup>2720</sup> O. ÉCHAPPÉ, « Juger dans l'Église catholique », *loc. cit.*, p. 89.

<sup>2721</sup> B. GONÇALVES, *La réforme des procédures des nullités de mariage*, *op. cit.*, p. 18-19.

<sup>2722</sup> *Ibid.* CIC 1983, canon 1673 § 1 ; par exemple : manque de foi, brièveté de la vie conjugale, avortement, maintien d'une relation extraconjugale, violence physique, etc.

<sup>2723</sup> *Ibid.*, canon 1683.

conjugal »<sup>2724</sup>.

### c/ Abolition de l'appel automatique

**1153.** L'autre mesure phare de la réforme du pape actuel porte sur l'abolition de l'appel automatique, accélérant d'autant la procédure en constat de nullité de mariage.

**1154. Avant 2015.** - Outre le principe diocésain du tribunal ecclésiastique catholique, établi depuis longtemps, à l'instar de l'officialité de Paris ou de Lyon, il est également possible de constituer des tribunaux régionaux s'il s'avère nécessaire de rationaliser les ressources<sup>2725</sup>, telle l'officialité régionale de Versailles ou de Dijon.

Or, avant la réforme de 2015, pour être considéré comme définitif, il fallait que deux tribunaux se prononcent dans le même sens sur une même affaire. C'est ainsi que, par exemple, les affaires entendues par l'officialité régionale de première instance à Paris étaient renvoyées à l'officialité régionale d'appel à Versailles<sup>2726</sup>. Il était donc possible de faire appel plusieurs fois : depuis l'officialité régionale de première instance à Paris vers l'officialité régionale d'appel à Versailles ; depuis l'officialité régionale d'appel à Versailles vers le Siège du Métropolitain. Le droit canonique permettait donc « la constitution de tribunaux diocésains de seconde instance, exception remarquable au principe traditionnel de l'appel circulaire, qui rapproche dans les faits le système canonique des systèmes étatiques »<sup>2727</sup>.

**1155. Après 2015.** - Cette double décision, auparavant requise, est supprimée avec la réforme de 2015 et « La sentence qui pour la première fois a déclaré la nullité du mariage, devient exécutoire »<sup>2728</sup>. On revient donc au principe de l'appel circulaire, c'est-à-dire au principe de l'appel au Siège du Métropolitain : « Il convient de restaurer l'appel au Siège du Métropolitain, dès lors que cet office à la tête de la province ecclésiastique, stable au cours des siècles, est une caractéristique de la collégialité dans l'Église »<sup>2729</sup>, ce qui veut dire, comme le rappelle Monsieur Olivier Échappé, que l'« on fait appel (...) du tribunal

---

<sup>2724</sup> B. GONÇALVES, « Le procès matrimonial plus bref devant l'évêque diocésain: présentation et mise en lumière de quelques enjeux », *loc. cit.*, p. 187.

<sup>2725</sup> G. READ, "The Catholic Tribunal System in the British Isles", *Ecc LJ*, 2, 1991, p. 215.

<sup>2726</sup> O. ÉCHAPPÉ, « Juger dans l'Église catholique », *loc. cit.*, p. 87.

<sup>2727</sup> *Ibid.*

<sup>2728</sup> CIC 1983, canon 1679.

<sup>2729</sup> Lettre apostolique, 8 septembre 2015, *op. cit.*

d'un évêque au tribunal de son archevêque métropolitain, et, le cas échéant, de celui-ci au tribunal d'un autre métropolitain désigné de manière stable »<sup>2730</sup>.

**1156. Appel vers Rome.** - Quant aux tribunaux du Saint-Siège, « assistant le pape dans l'exercice de sa fonction judiciaire pour l'Église universelle », leur organisation est plus complexe.

Le premier d'entre eux est la Rote romaine qui connaît des affaires directement déférées au pape en première et en seconde instances, voire, ce qui est plus original, en troisième instance pour les affaires déjà jugées en première et seconde instances par les tribunaux diocésains, et qui ne sont pas encore passées en force de chose jugée.

Le second est le tribunal de la Signature apostolique qui fait office, tout à la fois, de ministère de la justice, de Cour de cassation et de tribunal administratif, et qui est composé de cardinaux »<sup>2731</sup>.

Ces deux institutions demeurent inchangées.

**1157.** En théorie, le *motu proprio* du pape François a introduit de grands changements. Si l'on s'en tient cependant au tribunal ecclésiastique de Paris, qui traite environ cent soixante-dix demandes en nullité de mariage par an, il n'y a eu qu'un seul procès bref en 2018, aucun en 2020<sup>2732</sup>. La vraie révolution de 2015 semble donc davantage résider dans l'abolition de l'appel automatique que dans le procès bref.

## 2/ L'instance

**1158. Introduction de l'instance.** - L'instance a subi quelques transformations depuis 2015, mais l'essentiel demeure.

La demande à l'instance doit être portée par les deux époux, ou au minimum par l'une des parties avec consentement de l'autre, étape essentielle mais non suffisante si les époux espèrent un processus bref<sup>2733</sup>. L'idée de la nouvelle procédure brève n'étant pas de requalifier la nullité du mariage en une sorte de divorce par consentement mutuel<sup>2734</sup>, il

---

<sup>2730</sup> O. ÉCHAPPÉ, « Juger dans l'Église catholique », *loc. cit.*

<sup>2731</sup> *Ibid.*, p. 87-88.

<sup>2732</sup> Selon quelques juges de l'officialité de Paris qui ont eu bien voulu répondre à nos questions.

<sup>2733</sup> B. GONÇALVES, « Le procès matrimonial plus bref devant l'évêque diocésain: présentation et mise en lumière de quelques enjeux », *loc. cit.*, p. 188.

<sup>2734</sup> *Ibid.*

appartiendra en effet, à l'évêque de tenir compte non seulement de la demande conjointe des époux désireux de se séparer mais également des circonstances, à mentionner sur le libelle, rendant manifeste la nullité. Quelles que soient les circonstances, on notera dès à présent que l'instance en France ne saurait débiter si un divorce civil n'a pas été prononcé au préalable. C'est à l'issue de cette étape que l'évêque choisira « de constater la nullité du mariage ou à défaut de (renvoyer) l'affaire au procès ordinaire »<sup>2735</sup>.

**1159. Convivialité.** - Lors d'un procès ordinaire, les parties et leurs avocats pourront, le cas échéant, poser des questions aux témoins présents<sup>2736</sup>, nécessairement volontaires<sup>2737</sup>. En pratique, il leur faudra cependant s'adresser au juge. L'idée sous-jacente à cette position de juge-intermédiaire est davantage d'apparenter la session judiciaire à une discussion qu'à un procès<sup>2738</sup> et de mettre donc les diverses parties à l'aise.

**1160. Confidentialité.** - Cette convivialité rime avec une autre notion, celle de la confidentialité : le procès-verbal émis à l'issue de l'affaire jugée à huis clos ne pourra faire l'objet d'aucune copie sans autorisation préalable du juge<sup>2739</sup>. Preuve de l'importance conférée à cet aspect du procès ecclésiastique, les témoins eux-mêmes sont invités à prêter serment afin de non seulement, dire la vérité mais également de respecter ladite confidentialité<sup>2740</sup>.

**1161. Droits de la défense et gratuité.** - Processus ordinaire ou plus bref, le juge devra veiller en tout état de cause, à bien faire respecter « les droits de la défense », qui doivent rester « toujours saufs »<sup>2741</sup>. Dernier point, la réforme de 2015 introduit une nouveauté (non)financière puisque désormais, les procès matrimoniaux devront être gratuits<sup>2742</sup>.

---

<sup>2735</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>2736</sup> CIC 1983, canon 1476 : on notera que « toute personne, baptisée ou non, peut agir en justice ». L'une au moins des parties devra quand même l'être. Les témoins seront également baptisés ou non.

<sup>2737</sup> Il n'est pas possible d'assigner une personne à comparaître devant un tribunal ecclésiastique.

<sup>2738</sup> G. READ, "The Catholic Tribunal System in the British Isles", *loc. cit.*, p. 217.

<sup>2739</sup> *Ibid.*

<sup>2740</sup> *Ibid.*

<sup>2741</sup> CIC 1983, canon 1598.

<sup>2742</sup> B. GONÇALVES, *La réforme des procédures des nullités de mariage*, *op. cit.*

### 3/ Quelques chiffres

**1162. Théorie.** - Si l'on s'en tient à la doctrine catholique, les fidèles peuvent « revendiquer légitimement les droits dont ils jouissent dans l'Église et (de) les défendre devant le for ecclésiastique compétent, selon le droit »<sup>2743</sup>, c'est-à-dire devant le tribunal ecclésiastique en charge de rendre la justice au nom de l'Église catholique romaine. Sachant qu'il y a officiellement 1 284 810 000 catholiques dans le monde<sup>2744</sup>, on pourrait s'attendre à un certain nombre de procès.

**1163. Pratique.** - En pratique cependant, il en va sensiblement autrement. De manière assez significative, le Saint-Siège ne fait plus figurer dans ses statistiques, et cela depuis 1985, le nombre de cas relevant de son droit pénal, faute d'affaires<sup>2745</sup>.

Reste les cas de nullité matrimoniale, avec des chiffres peu récents et difficiles à obtenir d'une manière générale, même si cela est moins vrai en Angleterre, où la législation autorise de prendre en compte et de publier certains critères tels que l'origine ethnique des habitants, leur religion, etc.

Ainsi, en 1987, l'Angleterre comptait environ quatre millions de catholiques<sup>2746</sup> (plus ou moins comme aujourd'hui). Sur ce nombre, on a reporté cette année-là mille huit cent neuf affaires portées devant les tribunaux ecclésiastiques catholiques romains anglais pour annulation de mariage : neuf cent quatre-vingt-onze demandes ont reçu une réponse positive en première instance, cent soixante-trois demandes ont été rejetées, le reste a été abandonné<sup>2747</sup>. Dans le même temps, 151 007 divorces étaient prononcés par les tribunaux civils anglais<sup>2748</sup>.

On note donc un grand nombre de fidèles d'un côté et, de l'autre, une faible proportion de catholiques ayant recours aux tribunaux ecclésiastiques pour demander et obtenir l'annulation de leur mariage religieux, ainsi qu'une faible proportion du nombre de cas de nullité religieuse par rapport au nombre de divorce civil. Cette affirmation est

---

<sup>2743</sup> CIC 1983, canon 221 § 1.

<sup>2744</sup> Source : <https://eglise.catholique.fr/guide-eglise-catholique-france/statistiques-de-leglise-catholique-france-monde/statistiques-de-leglise-dans-le-monde-2017/>

<sup>2745</sup> G. READ, "The Catholic Tribunal System in the British Isles", *loc. cit.*, p. 213. On notait ainsi deux cas relevant du pénal en 1984.

<sup>2746</sup> Source : <https://www.stmarys.ac.uk/research/centres/benedict-xvi/docs/2018-feb-contemporary-catholicism-report-may16.pdf>

<sup>2747</sup> G. READ, *loc. cit.*, p. 214.

<sup>2748</sup> Source : <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/divorce/bulletins/divorcesinenglandandwales/2018>

cependant à relativiser en Italie, du fait de l'introduction du principe de réserve juridictionnelle.

## **B/ Fondement du principe de réserve juridictionnelle**

**1164.** Il importe de revenir au Concordat de 1929 (1), ainsi qu'à sa révision de 1984 (2) pour bien comprendre le principe de réserve juridictionnelle (3).

### **1/ Le Concordat de 1929**

**1165. Principe.** - Il revient à la loi italienne d'avoir instauré le principe de la fin de l'efficacité civile des décisions ecclésiastiques relatives aux mariages canoniques (a). On notera cependant, comme souvent en Italie, que la jurisprudence a joué un rôle certain dans la révision du principe, plusieurs années après l'édition de ce dernier (b). La procédure ainsi développée met donc fin aux liens d'un mariage religieux catholique ayant acquis effets civils grâce à la transcription du mariage concordataire dans les registres de l'état civil : c'est pourquoi on parle couramment, non pas de nullité, encore moins de divorce, mais de « *cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio* », de cessation des effets civils en conséquence de la transcription du mariage.

#### a/ Concordat, article 34 et *giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale*

**1166. Article 34 du Concordat.** – L'article 34, alinéa 4, du Concordat signé le 11 février 1929 prévoyait que « les cas relatifs à la nullité du mariage et à la dispense du mariage conclu et non consommé relèvent de la compétence des tribunaux et des dicastères<sup>2749</sup> ecclésiastiques », « *Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici* »<sup>2750</sup>, reconnaissant ainsi la nature sacramentelle du mariage canonique, donc son indissolubilité, et son corollaire, la compétence des tribunaux ecclésiastiques pour en juger.

---

<sup>2749</sup> Un dicastère est un organisme appartenant à la curie romaine.

<sup>2750</sup> *Concordato fra la Santa Sede e l'Italia, 11 febbraio 1929*, art. 34.

L'article 34 précisait ensuite, en ses alinéas 5, 6 et 7<sup>2751</sup>, le mode opératoire du nouveau système : les affaires seraient portées devant le Tribunal suprême de la Signature apostolique, en charge de vérifier les normes de droit canonique relatives à la compétence du juge, à la citation et à la représentation des parties. Les jugements émis par ledit Tribunal suprême seraient ensuite transmis à la Cour d'appel compétente territorialement parlant, qui leur procurerait des effets civils et ordonnerait leur transcription sur les registres d'état civil. En revanche, les séparations relèveraient des autorités civiles.

La loi dite *L.m.*, portant application du concordat pour sa partie matrimoniale, adoptée peu de temps après les Pactes du Latran<sup>2752</sup>, reprenait, en son article 17, ce qui avait été énoncé par le Concordat, en y ajoutant quelques modalités supplémentaires d'ordre pratique<sup>2753</sup>.

**1167. En pratique.** - Il ressort de ces divers articles que la *giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale*, telle que prévue en 1929, devait se comprendre comme suit : 1) tout ce qui concernait les nullités des mariages célébrés selon le droit canonique, ayant acquis valeur civile du fait de leur transcription dans les registres d'état civil, relevait de la compétence, et de la compétence exclusive<sup>2754</sup>, des tribunaux ecclésiastiques ; 2) les seules normes en vigueur, sur le fond comme sur la forme, étaient canoniques ; 3) les sentences ecclésiastiques ainsi émises acquéraient effet civil à la suite d'une procédure spéciale devant la Cour d'appel<sup>2755</sup>. Le juge civil se limitait à prendre acte de l'existence de la déclaration ecclésiastique de nullité du mariage transcrit dans les registres de l'état civil italien et avait l'obligation d'attribuer à cette déclaration une valeur civile, de manière

---

<sup>2751</sup> *Ibid.*, art. 34, al. 5, 6 et 7 : « *I provvedimenti e le sentenze relative, quando siano divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura, il quale controllerà se siano state rispettate le norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione ed alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti - I detti provvedimenti e sentenze definitive coi relativi decreti del Supremo Tribunale della Segnatura saranno trasmessi alla Corte di Appello dello Stato competente per territorio, la quale, con ordinanze emesse in Camera di Consiglio, li renderà esecutivi agli effetti civili ed ordinerà che siano annotati nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio - Quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede consente che siano giudicate dall'autorità giudiziaria civile* ».

<sup>2752</sup> L. 27 maggio 1929, n° 847 – *Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio*, G.U. 8 giugno 1929, n° 133.

<sup>2753</sup> *Ibid.*, art. 17 : « *La sentenza del tribunale ecclesiastico, che pronuncia la nullità del matrimonio, o il provvedimento, col quale è accordata la dispensa dal matrimonio rato e non consumato, dopo che sia intervenuto il decreto del supremo tribunale della segnatura, preveduto dall'art. 34 del concordato dell'11 febbraio 1929, fra l'Italia e la Santa Sede, sono presentati in forma autentica alla corte di appello della circoscrizione a cui appartiene il comune, presso il quale fu trascritto l'atto di celebrazione del matrimonio. - La corte di appello, con ordinanza pronunciata in camera di consiglio, rende esecutiva la sentenza o il provvedimento di dispensa dal matrimonio celebrato davanti un ministro del culto cattolico e trascritto nel registro dello stato civile e ne ordina la annotazione a margine dell'atto di matrimonio* ».

<sup>2754</sup> A. FUCCILLO, *Giustizia e religione*, op. cit., p. 167.

<sup>2755</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 173.



« automatique »<sup>2756</sup>. Doublement automatique, pourrions-nous préciser, car, d'une part, les parties n'avaient pas à agir en un sens ou un autre auprès de la Cour d'appel et, d'autre part, le rôle du juge civil consistait à s'assurer de l'existence et de l'authenticité de la décision ecclésiastique, mais ne lui permettait pas plus.

#### b/ Interventions jurisprudentielles

**1168. Non remise en cause de la légitimité du principe.** - La Cour constitutionnelle italienne a eu de nombreuses occasions de se pencher sur cette notion de *riserva* énoncée en faveur de la juridiction ecclésiastique catholique en cas de nullité de mariages relevant du droit canonique et ayant acquis des effets civils du fait de leur transcription sur les registres d'état civil. Elle n'a non seulement jamais remis en cause la légitimité constitutionnelle<sup>2757</sup> d'une telle *riserva*, mais elle a en outre régulièrement affirmé et répété son caractère absolu<sup>2758</sup>, confirmant ainsi que ce principe visait tous les mariages contractés selon le droit de l'Église catholique puis transcrits sur les registres d'état civil de la République italienne.

**1169. Rôle de la Cour d'appel** - La Cour constitutionnelle a cependant ouvert une brèche en 1982<sup>2759</sup> à propos de la *delibazione*, c'est-à-dire de la procédure faisant intervenir la Cour d'appel territorialement compétente.

La Cour constitutionnelle a en effet affirmé que la Cour d'appel ne pouvait pas se limiter au seul examen de la régularité formelle de la sentence ecclésiastique, mais qu'elle devait également être à même de pouvoir vérifier que le contenu des sentences ecclésiastiques n'était en rien contraire à l'ordre public italien.

Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a estimé qu'il appartenait à la Cour d'appel de s'assurer que la procédure devant le tribunal ecclésiastique respectait bien le droit des parties, en particulier leur droit d'agir et leur droit de se défendre, en insistant sur le principe du contradictoire<sup>2760</sup>, en conformité avec l'article 24 de la Constitution<sup>2761</sup> : « *le*

---

<sup>2756</sup> M. CANONICO, « La delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale : orientamenti giurisprudenziali e nuove questioni », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2019, n° 23, p. 5.

<sup>2757</sup> En particulier : Corte cost., 22 gennaio 1982, n° 18 ; auparavant Corte cost., 1° marzo 1971, n° 49 et Corte cost., 11 dicembre 1973, n° 175.

<sup>2758</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, op. cit.

<sup>2759</sup> Corte cost., 22 gennaio 1982, n° 18.

<sup>2760</sup> P. DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario*, op. cit., p. 115.

*norme suddette non prevedono che alla Corte d'appello, all'atto di rendere esecutiva la sentenza del tribunale ecclesiastico, che pronuncia la nullità del matrimonio, spetta accertare che nel procedimento innanzi ai tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, e che la sentenza medesima non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano (...) ».*

**1170.** Lorsque l'heure de la révision du Concordat sonne le 18 février 1984<sup>2762</sup>, la partie consacrée à la *riserva* et la *delibazione* est également revue, en son article 8. Si le nouveau système mis en place semble très proche de l'ancien, de nombreux détails lui ont, en réalité, fait perdre des privilèges non négligeables.

## **2/ La révision du Concordat de 1984**

**1171.** La révision du Concordat en 1984 a modifié en profondeur le principe de réserve juridictionnelle (a), provoquant un véritable schisme au sein des plus hautes cours (b).

### a/ Changements fondamentaux

**1172. Renforcement du rôle de la Cour d'Appel** - L'article 8 en son alinéa 2 des Accords de *Villa Madama*<sup>2763</sup> renforce de manière déterminante le rôle de la Cour d'appel, donc celui de l'État italien. Désormais, les sentences<sup>2764</sup> (n'ayant pas un caractère définitif,

---

<sup>2761</sup> *Costituzione del 1948*, art. 24 : « Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari ».

<sup>2762</sup> *Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana che apporta modificazioni al Concordato Lateranense*, 18 febbraio 1984.

<sup>2763</sup> *Ibid.*, art. 8, al. 2 : « Le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo, sono, su domanda delle parti o di una di esse, dichiarate efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della corte d'appello competente, quando questa accerti : a) che il giudice ecclesiastico era il giudice competente a conoscere della causa in quanto matrimonio celebrato in conformità del presente articolo; b) che nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici è stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano; c) che ricorrono le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere.

La Corte d'appello potrà, nella sentenza intesa a rendere esecutiva una sentenza canonica, statuire provvedimenti economici provvisori a favore di uno dei coniugi il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo, rimandando le parti al giudice competente per la decisione sulla materia ».

<sup>2764</sup> M. CANONICO, « La delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale : orientamenti giurisprudenziali e nuove questioni », *loc. cit.*, p. 9.

contrairement aux ordonnances<sup>2765</sup> du Concordat,) de nullité de mariage émises par les tribunaux ecclésiastiques se verront reconnaître des effets civils à partir du moment où la Cour d'appel compétente déclarera, à la demande de l'une ou de l'autre des parties, voire des deux, que le juge ecclésiastique est bien le juge compétent pour connaître de la nullité du mariage concordataire célébré en conformité avec les autres termes de l'article 8 ; qu'il est établi que la procédure suivie devant l'instance ecclésiastique respecte bien les droits des parties en présence, et en particulier leur droit à agir et à se défendre, selon les principes fondamentaux de l'ordre juridique italien et européen<sup>2766</sup> ; que sont respectées<sup>2767</sup> toutes les autres conditions requises par la législation italienne en cas d'*exequatur* des jugements émis par des tribunaux étrangers<sup>2768</sup>.

**1173. Perte de l'automatisme de la procédure.** - Il n'y a donc plus rien d'automatique dans la procédure de la *riserva*. Non seulement il appartient dorénavant aux parties de souligner leur « volonté expresse »<sup>2769</sup> en se manifestant auprès de la Cour d'appel<sup>2770</sup>, mais, surtout, cette dernière ne se contentera plus d'apposer son blanc-seing en bas de page. « D'un pur organe d'enregistrement », la Cour d'appel reçoit « une compétence spécifique dans l'attribution des effets civils »<sup>2771</sup> et joue désormais un vrai rôle en matière d'octroi d'effets civils vis-à-vis des sentences ecclésiastiques de nullité de mariage, au même titre qu'elle intervient lorsque des jugements étrangers lui sont présentés et que leur reconnaissance et leur exécution sont requises (même si les articles de procédure civile

---

<sup>2765</sup> P. DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario*, op. cit., p. 116.

<sup>2766</sup> CEDH, *Pellegrini c. Italie*, 20 juillet 2001, n° 30882/96.

<sup>2767</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 174.

<sup>2768</sup> L. 25 marzo 1985, n° 121 – *Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*, G.U. del 10 aprile 1985 n° 85, art. 8. 2 lett. c : « 2. Le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo, sono, su domanda delle parti o di una di esse, dichiarate efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della Corte d'appello competente, quando questa accerti : a) che il giudice ecclesiastico era il giudice competente a conoscere della causa in quanto matrimonio celebrato in conformità del presente articolo; b) che nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici è stato assicurato alle parti il

diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano; c) che ricorrono le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere. La Corte d'appello potrà, nella sentenza intesa a rendere esecutiva una sentenza canonica, statuire provvedimenti economici provvisori a favore di uno dei coniugi il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo, rimandando le parti al giudice competente per la decisione sulla materia ».

<sup>2769</sup> R. MINNERATH, *L'Église catholique face aux États*, op. cit., p. 509.

<sup>2770</sup> Avant la réforme de 1984, il est arrivé que la reconnaissance des effets civils de la nullité matrimoniale soit imposée par la Cour d'appel contre la volonté des parties. Cf. Cass. civ., sez. I, 22 novembre 1966, n° 2788, *FI* 1966, I, 89.

<sup>2771</sup> R. MINNERATH, op. cit., p. 509.

auxquels se réfère le Protocole additionnel, qui suit les Accords de *Villa Madama*<sup>2772</sup>, ont été depuis abrogés).

**1174. Rétroactivité concordataire.** - Par ailleurs, ce même Protocole prévoit la rétroactivité des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 8 des Accords de *Villa Madama*, visant ainsi tous les mariages concordataires célébrés après, ce qui est logique, mais également avant le 18 février 1984, à partir du moment où aucune procédure n'a été lancée devant les autorités civiles avant cette date<sup>2773</sup>.

**1175.** La modification, en 1984, du Concordat de 1929 se veut donc une réforme en profondeur, symbolique de la perte d'influence de l'Église catholique et de son corollaire, l'augmentation des pouvoirs de l'État. Elle a suscité de nombreuses controverses et discussions en général.

#### b/ Schisme jurisprudentiel

**1176.** Sur le point particulier de la *riserva di giurisdizione*, le débat a dégénéré en un véritable schisme jurisprudentiel<sup>2774</sup> entre la Cour de cassation (i) et la Cour constitutionnelle (ii). Il est vrai que, sur ce point bien précis, les Accords de *Villa Madama* ne sont pas limpides, l'article 8 des Accords ne spécifiant pas l'abrogation explicite de l'article 34 du Concordat et se contentant de reprendre les termes du système tout en les modifiant. Deux camps se sont donc affrontés, opposant les plus hautes juridictions de la République italienne.

---

<sup>2772</sup> C.P.C., anciens art. 796 et s., abrogés par *L. 31 maggio 1995, n° 218 – Riforma del sistema italiano internazionale privato, G.U. del 3 giugno 1995 n° 68 – bis, aggiornata da D. lgs 19 gennaio 2017, n° 7, recante « Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n° 76 », G.U. 27 gennaio 2017 n° 22, art. 73.*

<sup>2773</sup> *Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana che apporta modificazioni al Concordato Lateranense, 18 febbraio 1984, art. 4 c) Protocollo addizionale : « Le disposizioni del n° 2 si applicano anche ai matrimoni celebrati, prima dell'entrata in vigore del presente Accordo, in conformità alle norme dell'art. 34 del Concordato lateranense e della legge 27 maggio 1929, n° 847, per i quali non sia stato iniziato il procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria civile, previsto dalle norme stesse ».*

<sup>2774</sup> A. FUCCILLO, *Giustizia e religione, op. cit.*, p. 168.

*i. La Cour de cassation*

**1177. Cour de cassation.** - Du côté de la Cour de cassation<sup>2775</sup>, les choses sont claires : les Accords de 1984 doivent être considérés comme abrogeant implicitement les dispositions de l'article 34 du Concordat. Ce faisant, la Cour compte mettre fin au silence équivoque du texte, *al « silenzio equivoco »*, qui oblige à l'exégèse du silence, *« l'esegesi del silenzio »*<sup>2776</sup>.

D'aucuns ont affirmé que la Cour de cassation signalait là la fin définitive de la réserve de juridiction ecclésiastique quand d'autres affirmaient que l'ancien système de la *riserva* était remplacé par un système de mise en concurrence entre juridiction étatique et juridiction ecclésiastique, où le critère de la prévention devenait primordial pour comprendre qui l'emporterait des deux<sup>2777</sup>, mais qui ne pouvait, en tout état de cause, que mener à la victoire de l'État.

**1178. Prévention.** - Ce principe de la prévention était en général ainsi compris : dans le cas où le juge civil était requis de prononcer la cessation des effets civils du mariage après qu'une demande de déclaration de nullité de ce même mariage avait été déposée devant le juge ecclésiastique, le juge civil devait déclarer la litispendance et annuler la mise au rôle de l'affaire. Dans le cas où, à l'inverse, le juge civil avait été saisi en premier, il était alors autorisé à mener l'affaire à son terme, sans avoir à tenir compte du jugement canonique relatif à la nullité<sup>2778</sup>.

En 2003, la Cour de cassation<sup>2779</sup> avait clarifié les choses, en précisant que le passage en chose jugée de la sentence de *delibazione* de la décision ecclésiastique de nullité faisait cesser le litige en divorce, *« Il passaggio in giudicato della sentenza di delibazione della pronuncia ecclesiastica di nullità fa cessare la materia del contendere di un giudizio di divorzio »*.

**1179. Coexistence indépendante.** – Depuis les années 2010, la Cour de cassation a eu l'occasion de revenir sur ce principe de prévention et d'en affiner les contours, en mettant

---

<sup>2775</sup> Cass., sez. un. civ., 13 febbraio 1993, n° 1824, *FI*, 1994, I, c. 537 s. Ce n'était cependant pas la première fois que la Cour de cassation se préoccupait de l'exercice du droit de la défense : Cass. civ., sez. I, 3 aprile 1973, n° 913, *Gcost.* 343.

<sup>2776</sup> G. BONILINI (dir.), *Trattato di diritto di famiglia, op. cit.*, p. 568.

<sup>2777</sup> A. FUCCILLO, *Giustizia e religion, op. cit.*, p. 168.

<sup>2778</sup> P. DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario, op. cit.*, p. 163.

<sup>2779</sup> Cass. civ., sez. I, 25 giugno 2003, n° 10055, *Fam e dir.*, 2006, 30 et s.

l'accent sur la coesistenza des deux ordres, étatique et catholique, et leur reconnaissance mutuelle mais indépendante, voire réciproquement indifférente<sup>2780</sup>.

Les sujets de séparation/divorce, portés devant les tribunaux civils, et de nullité, rapportés devant les tribunaux ecclésiastiques, doivent être clairement distingués et ne sauraient induire un quelconque rapport de réciprocité, voire d'exclusivité. Le juge civil s'intéressera donc à la cessation des effets civils du mariage, sans tenir compte de l'éventuelle demande de déclaration de nullité de ce même mariage déposée en parallèle devant le juge ecclésiastique : « *Il primo motivo deve essere respinto alla luce della giurisprudenza di legittimità secondo cui il motivo di ricorso per cassazione con il quale si denunzi la violazione del diritto del coniuge, quale cattolico praticante, a sottoporre esclusivamente al tribunale rotale la questione dello scioglimento del suo matrimonio, è inammissibile, atteso che nell'ordinamento giuridico italiano non sussiste alcun diritto di tal fatta, nè un rapporto di pregiudizialità tra il giudizio di nullità del matrimonio concordatario e quello avente ad oggetto la cessazione degli effetti civili dello stesso, trattandosi di procedimenti autonomi, sfocianti in decisioni di natura diversa ed aventi finalità e presupposti distinti*<sup>2781</sup> (cfr. Cass. civ., sez. I, n° 17969 dell'11 settembre 2015; Cass. civ. sez 6-1 n° 2089 del 30 gennaio 2014)»<sup>2782</sup>.

Par ailleurs, il est désormais explicite que le principe de prévention, s'il doit être appliqué, joue en faveur de l'ordre civil : « *Resta dunque fermo il principio, già enunciato da Cass. n° 3345/97 e n° 12671/99 (ancorchè riferite a fattispecie anteriori all'entrata in vigore della L. n. 218 del 1995), secondo cui i rapporti fra giurisdizione ecclesiastica e giurisdizione civile sono disciplinati sulla base di un principio di prevenzione in favore di quest'ultima*<sup>2783</sup> : l'art. 797 c.p.c., n° 6<sup>2784</sup> stabilisce, infatti, che la pendenza di un giudizio

---

<sup>2780</sup> M. CONCETTA, « Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità e giudicato di divorzio : a proposito di una recente pronuncia della Cassazione (Cass. civ., sez. I, 23 gennaio 2019, n° 1882), *Diritto & Diritti dal 1996*, p. 5 : « reciproca indifferenza ».

<sup>2781</sup> Nous soulignons.

<sup>2782</sup> Cass. civ., sez. VI, 9 marzo 2018, n° 5670 : « (...) dans l'ordre juridique italien, un tel droit n'existe pas et il n'y a pas de relation préliminaire entre la procédure d'annulation du mariage concordataire et la procédure de cessation de ses effets civils, puisqu'il s'agit de procédures autonomes aboutissant à des décisions de nature différente et ayant des objectifs et des conditions différents ».

<sup>2783</sup> Nous soulignons.

<sup>2784</sup> C. p. c., art 797, al. 6 : « *La corte d'appello dichiara con sentenza l'efficacia nel Regno della sentenza straniera quando accerta : 6) che non è pendente davanti a un giudice italiano un giudizio per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, istituito prima del passaggio in giudicato della sentenza straniera* ». Cet alinéa continue à être appliqué, bien que l'article ait été abrogé par la L. 31 maggio 1995, n° 218 – *Riforma del sistema italiano internazionale privato*, G.U. del 3 giugno 1995 n° 68 – bis, aggiornata da D. lgs 19 gennaio 2017, n° 7, recante « *Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n° 76* », G.U. 27 gennaio 2017 n° 22, par l'intermédiaire du nouvel article 64, lett. e : « *Art. 64 Riconoscimento di sentenze straniere : 1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia*

*civile impedisce la delibazione della sentenza ecclesiastica, mentre, fino a quando la sentenza ecclesiastica non sia stata delibata, il processo canonico resta un semplice fatto incapace di produrre effetti, e quindi di determinare una litispendenza, nell'ordinamento dello Stato. Ne consegue che, in difetto di delibazione della sentenza ecclesiastica, spetterà al giudice italiano di valutare l'ammissibilità e la fondatezza della domanda di nullità del matrimonio avanzata in via incidentale dal coniuge convenuto per il divorzio »<sup>2785</sup>.*

Ainsi, le fait qu'un tribunal civil ait été saisi d'une demande de divorce ou de séparation sans que la cause ait été encore jugée empêche toute *delibazione della sentenza ecclesiastica*. Or, tant que le jugement ecclésiastique n'a pas été *delibato*, c'est-à-dire tant qu'il n'est pas passé en chose jugée par la Cour d'appel, le procès canonique reste un simple fait incapable de produire des effets dans le système étatique italien et donc d'y déterminer une quelconque litispendance.

Comme le précise l'arrêt de la Cour de cassation, il s'ensuit que, en l'absence de jugement définitif du tribunal ecclésiastique par la Cour d'appel, il appartient au juge italien d'apprécier la recevabilité et la validité d'une demande d'annulation du mariage formée incidemment par l'époux défendeur en vue du divorce.

Un arrêt récent de la même Cour de cassation<sup>2786</sup> va encore plus loin, en précisant qu'un jugement en divorce pourra réguler les rapports patrimoniaux entre ex-époux, même après *delibazione della sentenza ecclesiastica*, c'est-à-dire même après que le jugement du tribunal ecclésiastique déclarant la nullité du mariage soit passé en chose jugée devant la Cour d'appel<sup>2787</sup>, attestant encore une fois de la coexistence des deux ordres, et non de leur incompatibilité<sup>2788</sup>.

---

*necessario il ricorso ad alcun procedimento quando : e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passato in giudicato ».*

<sup>2785</sup> Cass. civ. sez. VI, 3 settembre 2014, n° 18627, *Diritto & Giustizia*, 2015.

<sup>2786</sup> Cass. civ., sez. I, 23 gennaio 2019, n° 1882, L. PARLANTI, « Per la revoca dell'assegno divorzile occorre verificare in concreto l'attitudine dell'ex coniuge al lavoro », in <https://ilfamiliarista.it/> fasc. n° 9/2020.

<sup>2787</sup> M. CONCETTA, « Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità e giudicato di divorzio : a proposito di una recente pronuncia della Cassazione (Cass. civ., sez. I, 23 gennaio 2019, n° 1882), *loc. cit.*, p. 10.

<sup>2788</sup> *Ibid.*, p. 11.

*ii. La Cour constitutionnelle*

**1180. Cour constitutionnelle.** – En parallèle de la décision de la Cour de cassation considérant l'abrogation implicite de l'article 34 du Concordat par les Accords de 1984, la Cour constitutionnelle<sup>2789</sup> a répondu de manière tout aussi claire le contraire : pour elle, il n'y a aucun nœud concordataire, « *nodo concordatario* »<sup>2790</sup>, la juridiction exclusive des tribunaux ecclésiastiques dans les cas de nullité de mariages concordataires transcrits dans les registres d'état civil, bien que non expressément prévue dans les Accords de *Villa Madama*, est maintenue, afin de conserver la cohérence du principe suprême posé par l'article 7 de la Constitution, à savoir, le principe de laïcité de l'État, d'un côté, celui de la reconnaissance du système matrimonial canonique, de l'autre<sup>2791</sup>.

Que le juge civil italien ait plus de pouvoir pour contrôler les aspects substantiels et procéduriers des sentences ecclésiastiques relatives à la cessation des effets civils du mariage concordataire est une chose ; que l'on entente pour autant le système de *riserva* en est une autre, à laquelle s'oppose le juge des lois.

**1181.** À ce jour, il est difficile de savoir qui, des deux juridictions, l'a vraiment emporté. Certains auteurs ne mentionnent que l'arrêt de la Cour de cassation, sans jamais évoquer celui de la Cour constitutionnelle, l'inverse étant également une réalité. D'autres précisent que la Cour constitutionnelle n'étant plus revenue sur le sujet, il faut considérer la seule jurisprudence de la Cour de cassation, qui s'oppose à l'exclusivité de la juridiction ecclésiastique.

On ne saurait nier que l'État italien, *via* sa Cour d'appel, a étendu sa compétence sur une partie de l'institution matrimoniale traditionnellement réservée à l'Église catholique. Pour autant, la possibilité de faire reconnaître des effets civils à la nullité de son mariage concordataire existe toujours. Le Protocole additionnel ne précise-t-il pas en outre, qu'il faut tenir compte des spécificités de l'ordre canonique régissant le mariage concordataire<sup>2792</sup>, donc des dispositions prévues au Livre VII du Code de droit canonique (Les Procès), et en particulier des canons 1671 à 1707 (procès matrimoniaux) ?

---

<sup>2789</sup> Corte cost., 29 novembre 1993, n° 421.

<sup>2790</sup> A. FUCILLO, *Giustizia e religione*, op. cit., p. 167.

<sup>2791</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>2792</sup> *Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana che apporta modificazioni al Concordato Lateranense, 18 febbraio 1984, art. 4 b) Protocollo addizionale* : « (...) ai fini dell'applicazione degli articoli 796 e 797 del codice italiano di procedura civile, si dovrà tener conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale, che in esso ha avuto origine ».



L'équilibre entre ce qui est dévolu à l'État et ce qui l'est à l'Église n'est peut-être plus aussi parfait qu'il a pu l'être ; mais il demeure et, à ce titre, permet de réaffirmer le principe fondamental de l'article 7 de la Constitution de 1947<sup>2793</sup>, celui aux termes desquels chaque ordre juridique reste seul maître à son bord.

### 3/ Mise en application du principe italien

**1182.** Contrairement à ce qui se passe en France, où les nullités prononcées par les officialités diocésaines ou régionales n'ont pas d'effet civil<sup>2794</sup>, l'Italie a donc instauré le principe de réserve juridictionnelle, prenant en compte le processus de *delibazione* devant la Cour d'appel (a), ce qui n'inclut plus le cas du mariage conclu et non consommé (b). À ce jour, les autres religions qui pourraient être intéressées par la notion de *delibazione* en sont tenues à l'écart (c).

#### a/ Le processus de *delibazione* devant la Cour d'appel et ses conséquences

**1183.** Le principe de *delibazione* tel qu'amendé en 1984 lors de la révision du Concordat redonne une place importante à la Cour d'appel (i), la Cour de cassation pouvant être également amenée à intervenir en cas de pourvoi (ii).

##### *i. Le rôle de la Cour d'appel*

**1184. Article 8.** - Le processus de *delibazione* ayant été revu lors de l'amendement du Concordat, le nouvel article 8, al. 2 instaure désormais le principe de la non-automaticité de la transmission du jugement. Celle-ci s'effectue donc soit à la demande de l'une ou de l'autre des parties (transmission alors dénommée *citazione*), soit des deux (alors désignée sous le nom de *ricorso*).

---

<sup>2793</sup> *Costituzione del 1948*, art. 7 : « L'État et l'Église catholique sont, chacun dans son ordre, indépendants et souverains. Leurs rapports sont réglementés par les Pactes du Latran. Les modifications des Pactes, acceptées par les deux parties, n'exigent pas de procédure de révision constitutionnelle ».

<sup>2794</sup> P. VALDRINI, J.-P. DURAND et O. ÉCHAPPÉ, *Droit canonique*, Paris, Dalloz, 1999, p. 517.

**1185. Rôle de la Cour d'appel.** - Une fois le jugement ecclésiastique porté devant la Cour d'appel, cette dernière n'est pas amenée à réexaminer le fond de la décision, n'en ayant pas le droit. En revanche, elle doit s'assurer :

- de sa propre compétence territoriale : est ainsi compétente la Cour d'appel dont la circonscription géographique intègre la ville où a été enregistré le mariage canonique déclaré nul ;
- que l'on parle bien de mariage concordataire, donc d'un mariage célébré selon le rite catholique puis transcrit dans les registres de l'état civil italien, ayant ainsi acquis effets civils aux yeux de la loi italienne ; il s'agira aussi de vérifier que le juge ecclésiastique était bien compétent pour juger de la nullité du mariage en question ;
- que le Tribunal suprême de la Signature apostolique a bien déclaré que la sentence ecclésiastique était définitive, ce qui induit que le canon 1641 du Code de droit canonique<sup>2795</sup> ait bien été respecté à son tour et que, ce faisant, la sentence ecclésiastique est passée en chose jugée et ne peut donc plus être attaquée par voie de recours judiciaire relevant de la juridiction du Saint-Siège (principe de la *doppia conforme*<sup>2796</sup>);
- que le procès tel qu'il a eu lieu devant le Tribunal suprême de la Signature apostolique a respecté le droit des parties à agir et à se défendre, selon les normes en vigueur dans l'ordre juridique italien ;

---

<sup>2795</sup> CIC 1983, canon 1641 : « Sous réserve des dispositions du canon 1643, une chose est tenue pour jugée: 1° si une double sentence conforme est intervenue entre les mêmes parties, sur le même objet et pour le même motif de demande ;

2° si l'appel contre la sentence n'a pas été interjeté dans le temps utile ;

3° si l'instance est périmée au degré d'appel, ou si on y a renoncé;

4° si a été rendue une sentence définitive non susceptible d'appel, selon le canon 1629 ».

CIC 1983, canon 1629 : « N'est pas susceptible d'appel :

1° la sentence rendue par le Pontife Suprême lui-même ou par la Signature Apostolique;

2° la sentence entachée de nullité, à moins que l'appel ne soit joint à une plainte de nullité, selon le canon 1625;

3° la sentence passée en force de chose jugée ;

4° le décret du juge ou la sentence interlocutoire n'ayant pas valeur de sentence définitive, à moins que cet appel ne soit joint à celui de la sentence définitive ;

5° la sentence ou le décret dans une cause pour laquelle le droit prévoit qu'elle doit être jugée dans les plus brefs délais ».

CIC 1983, canon 1643 : « Ne passent jamais à l'état de chose jugée les causes concernant l'état des personnes, y compris les causes de séparation des époux ».

<sup>2796</sup> A. FUCCILLO, *Giustizia e religione*, op. cit., p. 179.

➤ qu'ont été respectées les autres conditions requises par la législation italienne en terme de reconnaissance des décisions étrangères<sup>2797</sup>.

**1186. Conséquence.** - Une sentence ecclésiastique émise par le Tribunal suprême de la Signature apostolique qui ne respecterait pas l'une des prescriptions énoncées ci-dessus serait, de manière quasi certaine, dénoncée par la Cour d'appel, qui refuserait alors de lui accorder un quelconque effet civil. Il en ira en particulier ainsi si une telle sentence s'avère contraire à un autre jugement passé en chose jugée par un juge issu des rangs de l'ordre judiciaire italien ; si, en parallèle du procès ecclésiastique, un autre procès, relevant cette fois de l'ordre judiciaire italien, a lieu, sur le même sujet et entre les mêmes parties, et est toujours en instance ; si la sentence ecclésiastique est contraire à l'ordre public, ce qu'il faut comprendre par contraire aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien<sup>2798</sup>.

#### *ii. Intervention de la Cour de cassation*

**1187. Arrêt de 2014.** - La Cour de cassation<sup>2799</sup> a eu l'occasion d'intervenir dans ce domaine. Elle<sup>2800</sup> s'est ainsi intéressée à un mariage célébré en 1998 puis déclaré nul par le Tribunal ecclésiastique du Triveneto pour « exclusion de l'indissolubilité du lien de la part de la femme », « *per esclusione dell'indissolubilità del vincolo da parte della donna* », par sentence émise le 22 janvier 2009, confirmée par décret du Tribunal ecclésiastique régional d'appel de Lombardie le 3 septembre 2009 et rendue exécutive par décret du Tribunal suprême de la signature apostolique le 9 décembre 2009. Par « exclusion de l'indissolubilité du lien de la part de la femme », il nous faut comprendre que l'épouse n'avait jamais caché à quiconque, y compris au prêtre de la paroisse où elle s'était mariée religieusement, qu'elle était en réalité athée et n'acceptait de se soumettre aux rites catholiques que de manière formelle. C'est sur ce fondement que le Tribunal suprême de la signature apostolique accepte de reconnaître la nullité du mariage concordataire.

Par la suite, il est demandé à la Cour d'appel de déclarer la sentence ecclésiastique

---

<sup>2797</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 177-178.

<sup>2798</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>2799</sup> Légitime à se prononcer en cas de pourvoi en cassation à l'encontre d'un arrêt rendu par la Cour d'appel (C.P.C. art. 360, al. 1).

<sup>2800</sup> Cass., sez. un. civ., 17 luglio 2014, n° 16379, *Corr. giur.* 2014, 1196 et Cass., sez. un. civ., 17 luglio 2014, n° 16380, *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015.

efficace dans l'ordre civil, par *citazione* en date du 29 janvier 2010, ce que la Cour d'appel accepte de faire le 11 janvier 2011. Le mari, non satisfait, se pourvoit alors en cassation, au motif qu'il y aurait là contrariété de la sentence canonique à l'ordre public italien, motif qui va être retenu par la Cour de cassation le 17 juillet 2014. L'époux soutient en effet, d'une part, qu'il n'a jamais noté cette exclusion unilatérale de l'indissolubilité du lien de la part de sa femme et d'autre part, que le couple ne peut pas nier avoir créé un lien conjugal, qui ne saurait être contesté par une sentence de nullité. Ne pas retenir ces arguments, c'est, affirme-t-il, aller à l'encontre de l'ordre public italien, cet ensemble de règles fondamentales posées par la Constitution et les lois, pouvant être amené à évoluer avec la société<sup>2801</sup>.

**1188. Premier argument.** - Avant d'entamer la procédure en nullité canonique, le couple avait vécu ensemble trois années et donné naissance à un enfant ; le mariage en lui-même avait duré onze ans. Or, selon le droit interne italien, le fait de vivre ensemble sous un même toit est un aspect essentiel devant être impérativement pris en compte dans la qualification d'un mariage. En effet, la vie commune a pour conséquence de faire naître certains droits inviolables et autres devoirs impératifs. Pour autant, y a-t-il une durée minimum de vie commune à prendre en considération? Les normes civiles en matière de recours en nullité de mariage évoquent une vie commune d'un an, tandis que la loi sur l'adoption<sup>2802</sup> exige des époux souhaitant adopter d'avoir vécu au moins trois années ensemble. Il n'y a donc pas harmonisation en la matière. En tout état de cause, le fait que les époux en l'espèce aient vécu ensemble trois années après la célébration de leur mariage concordataire a créé une situation juridique imposant le respect des normes constitutionnelles, conventionnelles et ordinaires de l'ordre public italien, sources de droits, de devoirs et de responsabilités entre les divers membres d'une famille.

C'est pourquoi la sentence ecclésiastique de nullité matrimoniale ne peut pas être reconnue par la République italienne : le juge ecclésiastique a peut-être noté un « vice génétique du mariage », mais pour le juge civil, le simple fait qu'il y ait eu vie commune pendant une durée certaine exprime plus que tout la volonté des deux parties d'accepter le rapport ainsi créé, rendant impossible de le remettre ensuite en cause<sup>2803</sup>. Le mariage est

---

<sup>2801</sup> Corte cost., 2 febbraio 1982, n° 18.

<sup>2802</sup> L. 4 maggio 1983, n° 184 - *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, G.U. del 17 maggio 1983 n° 133.

<sup>2803</sup> Cass., sez. un. civ., 17 luglio 2014, n° 16379, Corr. giur. 2014, 1196 : « *La convivenza coniugale che si sia protratta per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio concordatario, crea una*

donc reconnu valide : libre aux parties d'ensuite divorcer, mais non pas d'annuler un rapport légalement constitué, tout du moins civilement. Aller à l'encontre d'un tel principe reviendrait à violer l'ordre public italien.

**1189. Second argument.** - À ce premier argument s'en ajoute un second, tombant également dans le registre de l'ordre public : le fait que, en l'espèce, l'époux ne se soit pas rendu compte, au moment de la célébration du mariage, que l'autre ne souhaitait pas d'un tel mariage religieux. Ce qui entre ici en jeu, c'est la notion de bonne foi et en l'occurrence, de sa violation, ce qui signifie, aux yeux du juge civil, le non respect des fins du mariage (*bona matrimonii*)<sup>2804</sup>.

**1190.** En fin de compte, même s'il appartient officiellement au seul droit canonique de juger de la validité du mariage concordataire, les motifs d'invalidité canonique doivent pouvoir être assimilés à des motifs d'invalidité civile ou, du moins, ne pas être contraires à un principe d'ordre public interne<sup>2805</sup>. Dans le cas où, à l'inverse, la Cour d'appel accepte l'efficacité civile de la sentence ecclésiastique déclarant nul un mariage concordataire<sup>2806</sup>, comme par exemple en cas d'affinité de liens familiaux, d'erreur sur la personne (l'un des conjoints étant divorcé), de manquement avéré d'une condition (habiter dans sa propre maison) ou encore d'inaptitude grave à accomplir ses devoirs conjugaux, lesdits effets sont rétroactifs à la date de la célébration du mariage en question.

Dès lors, le lien matrimonial, qui n'a jamais été constitué, disparaît à cette même date. Il en va de même des effets personnels ou patrimoniaux pouvant en dériver. En revanche, la déclaration de nullité du mariage concordataire et la reconnaissance de ses effets civils n'annihilent en rien la possibilité d'un mariage putatif, selon les termes de l'article 18 *L.m.*<sup>2807</sup>. De même, elle n'empêche pas la Cour d'appel de prendre des

---

*situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali e ordinarie di ordine pubblico italiano, che sono fonti di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità, anche genitoriali, e di aspettative legittime tra i componenti della famiglia. Pertanto, non può essere dichiarata efficace nella Repubblica Italiana la sentenza definitiva di nullità di matrimonio pronunciata dal Tribunale ecclesiastico per qualsiasi vizio genetico accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico per contrarietà all'ordine pubblico interno italiano. La relativa eccezione deve però essere sollevata dalla parte nel giudizio di deliberazione a pena di decadenza ».*

<sup>2804</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile 2.1 La famiglia, op. cit.*, p. 185.

<sup>2805</sup> *Ibid.*

<sup>2806</sup> Cass. civ., sez. I, 27 novembre 1991, n° 12671 ; *Dir. eccl.* 1992, II, 131 et s.; Cass. civ., sez. I, 5 maggio 1998, n° 4500, *Fam e dir.* 1998, 565; Cass. civ., sez. I, 5 marzo 2003, n° 3339, *RF*, 2004, II, 391 et s.; Cass. civ., sez. I, 14 novembre 2008, n° 27236, *Giust. civ.* 2009, 12, I, 2694.

<sup>2807</sup> *L. 27 maggio 1929, n° 847 – Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio, G.U. 8 giugno 1929, n° 13, art. 18 : « La*

ordonnances économiques en faveur de l'un ou l'autre des anciens époux<sup>2808</sup>.

**1191.** Le cas du mariage conclu mais non consommé est encore différent, du moins, l'était.

b/ La dispense ecclésiastique du mariage conclu mais non consommé

**1192. Article 34.** - Le mariage *ratum non consummatum* occupait une place à part dans la législation italo-vaticane de 1929, l'article 34 du Concordat précisant que le tribunal ecclésiastique avait à gérer non seulement des cas de nullité de mariages concordataires mais également des dispenses pour mariages conclus mais non consommés<sup>2809</sup>.

Par mariage *ratum*, il faut entendre l'union de deux personnes baptisées selon la foi catholique, dont il naît un sacrement. Le mariage est en outre, supposé être *consummatum*, signifiant que les époux ont accompli leurs devoirs conjugaux. Une fois le mariage conclu et consommé, le sacrement devient proprement indissoluble<sup>2810</sup>. À l'inverse, le mariage *ratum* mais *non consummatum* peut être dissous pour une juste cause, selon le droit canonique<sup>2811</sup>. C'est ce cas qui était expressément visé par l'article 34 du Concordat, qui devait par ailleurs suivre la même procédure que celle prévue pour la nullité des mariages concordataires.

**1193. Cour constitutionnelle et arrêt de 1982.** - L'arrêt de la Cour constitutionnelle en date du 22 janvier 1982<sup>2812</sup>, à l'origine de la refonte de l'article 34 du Concordat, a sonné le glas du principe du mariage *ratum non consummatum*, non pas d'un point de vue théologique, mais du point de vue de sa reconnaissance par l'ordre interne italien. En effet, la Cour a déclaré l'*illegittimità costituzionale* des normes concordataires qui prévoyaient

---

*disposizione dell'art. 116 del codice civile è applicabile anche nel caso di annullamento della trascrizione del matrimonio, e in quello in cui, a sensi del precedente art. 17, venga resa esecutiva la sentenza che dichiari la nullità del matrimonio celebrato davanti al ministro del culto cattolico* ». L'article 116 du Code civil italien est devenu l'article 128.

<sup>2808</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 179.

<sup>2809</sup> *Concordato fra la Santa Sede e l'Italia, 11 febbraio 1929*, article 34, al. 4 : « *Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici* ».

<sup>2810</sup> CIC 1983, canon 1141 : « Le mariage conclu et consommé ne peut être dissous par aucune puissance humaine ni par aucune cause, sauf par la mort ».

<sup>2811</sup> CIC 1983, canon 1142 : « Le mariage non consommé entre des baptisés ou entre une partie baptisée et une partie non baptisée peut être dissous par le Pontife Romain pour une juste cause, à la demande des deux parties ou d'une seule, même contre le gré de l'autre ».

<sup>2812</sup> Corte cost., 22 gennaio 1982, n° 18.

que la Cour d'appel pouvait accorder des effets civils aux sentences ecclésiastiques déclarant un mariage conclu mais non consommé, *che* « *prevedono che la Corte d'appello possa rendere esecutivo agli effetti civili il provvedimento ecclesiastico con il quale è accordata la dispensa dal matrimonio rato e non consumato* »<sup>2813</sup>. En effet, dans le cas d'une dispense pour mariage conclu mais non consommé, en plus d'imposer le principe du secret de l'instruction (y compris aux parties), la procédure ecclésiastique ne prévoit pas la possibilité de faire appel ; elle ne prévoit pas non plus l'intervention d'avocats et de procureurs<sup>2814</sup>, même si, au cours de la procédure, un fidèle peut bénéficier de l'aide d'un *giurisperito*, d'un spécialiste du droit. Enfin, la personne en charge d'instruire la procédure n'est pas dotée de pouvoir juridictionnel. En tout état de cause, cette procédure de dispense est assimilée, par le propre droit canonique, à un acte administratif canonique, à un rescrit, structurellement assimilable à un droit de grâce<sup>2815</sup>, dont la concession est réservée au seul souverain pontife<sup>2816</sup>.

Pour toutes ces raisons, la Cour constitutionnelle ne pouvait que conclure au non respect des articles 2, 3, 7, 24, 25 et 103 de la Constitution.

**1194. Villa Madama.** - La décision constitutionnelle a été entendue et les dispositions de l'article 34 du Concordat relatives au mariage conclu mais non consommé n'ont pas été reprises dans l'Accord de *Villa Madama*. La situation ne saurait être comparée au problème de la *riserva* et de son interprétation jurisprudentielle quant à son maintien ou pas : rien n'ayant été repris du Concordat sur le mariage conclu et non consommé, il faut considérer que lesdites dispositions ont été implicitement abrogées. On notera d'ailleurs que cette fois, et dans l'ensemble<sup>2817</sup>, la décision de ne plus accorder d'effet civil à une sentence ecclésiastique pour mariage conclu mais non consommé n'a pas soulevé de débat. Il va sans dire que les dispositions restent pleinement valables en droit canonique.

---

<sup>2813</sup> F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, op. cit., p. 180.

<sup>2814</sup> A. FUCCILLO, *Giustizia e religione*, op. cit., p. 222.

<sup>2815</sup> *Ibid.* CIC 1983, canon 59, al. 1 : « *Par rescrit, on entend l'acte administratif donné par écrit par l'autorité exécutive compétente, par lequel, à la demande de quelqu'un, est concédé selon sa nature propre un privilège, une dispense ou une autre grâce* ».

<sup>2816</sup> *Ibid.*, canon 1698 : « *1. Seul le Siège Apostolique connaît du fait de la non-consommation du mariage et de l'existence d'un juste motif pour concéder la dispense. 2. La dispense, elle, n'est concédée que par le seul Pontife Romain* ».

<sup>2817</sup> *Contra App.* Torino, 7 novembre 1997, *GI*, 1998, 1458, qui entend conférer des effets civils à une sentence ecclésiastique pour mariage conclu mais non consommé.

c/ Ouverture du principe de la *riserva giurisdizionale* aux autres religions ?

**1195.** La République italienne a réussi à articuler un rapport original avec la justice catholique, en cherchant à respecter et à allier, d'une part, le principe de séparation de l'Église et de l'État, d'autre part, le principe du respect du domaine propre aux deux entités, tout en ne pouvant pas exclure un certain degré de contrôle de la part de l'État, afin de s'assurer que les droits fondamentaux édictés par l'ordre interne italien ne soient pas bafoués.

En parallèle et en lien de ce qui précède, l'année 1984 constitue un tournant majeur dans les relations Églises-État italiennes : la révision du Concordat de 1929 repositionne, parfois de manière majeure, la place de l'Église catholique dans le paysage juridique italien et offre pour la première fois aux autres religions la possibilité de conclure non pas des concordats mais des ententes avec l'État italien, donnant naissance à un nombre incalculable de conséquences en termes de liberté de religion et de conscience bien sûr, mais également de jours fériés, de rites funéraires, d'aspects financiers, de scolarité, etc. , sans oublier le registre matrimonial.

Dans ce cadre, deux religions autres que la confession catholique étant concernées par la justice religieuse, il n'est pas inutile de préciser les liens qu'elles peuvent entretenir avec l'État italien en matière de reconnaissance de leurs sentences religieuses.

**1196. Culte musulman.** - La question ne se pose pas pour la religion musulmane, celle-ci n'ayant pas signé d'entente avec le gouvernement italien, qui puisse être approuvée par le Parlement : à défaut d'*intesa*, le régime de droit commun s'applique. Comme en France, qu'il y ait ou non l'équivalent non officiel de *Sharia tribunals* ou *councils* sur le sol de la Péninsule ne change rien au fondement : seule compte la justice civile italienne.

**1197. Culte juif.** – L'entente signée en 1987-1989 entre l'Union des communautés hébraïques italiennes et la République italienne<sup>2818</sup> ne prévoit aucun équivalent d'une *riserva di giurisdizione* pour le culte juif, laissant supposer que les divorces hébraïques ne peuvent donc pas bénéficier de la reconnaissance de l'État. En réalité, après examen de l'alinéa 9 de l'article 14 de la loi de 1989, qui reprend mot pour mot le dernier paragraphe

---

<sup>2818</sup> Entente conclue le 27 février 1987, entérinée par la *L. 8 marzo 1989, n° 101 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, G.U. del 23 marzo 1989, n° 69 - modificata dalla L. 20 dicembre 1996, n° 638, G.U. del 21 dicembre 1996, n° 299.*



de l'article 13 de l'entente de 1987, l'hypothèse d'un équivalent de réserve juridictionnel semble même exclue. L'alinéa rappelle en effet que le mariage juif à effets civils n'est qu'une faculté, qu'il est toujours possible de célébrer et de rompre un mariage religieux en se conformant à la seule loi et à la seule tradition hébraïques, mais qu'alors, aucun effet civil ne sera accordé : « *Resta ferma la facoltà di celebrare e sciogliere matrimoni religiosi, senza alcun effetto o rilevanza civile, secondo la legge e la tradizione ebraiche* ».

**1198. Tribunaux et *guet*.** - Dès 1991, la problématique du *guet* arrive devant les tribunaux civils italiens. Indirectement, c'est la question des effets civils à attribuer aux décisions des tribunaux religieux autres que catholiques qui est alors posée. Le *Tribunale* de Milan<sup>2819</sup> accueille la demande favorablement et statue dans le sens du respect de la décision du *Beth Din* de Rome en matière de dissolution de mariage, laissant penser que les juridictions étatiques sont décidées à accepter les décisions émises par les tribunaux rabbiniques en cas de divorce par *guet*.

Cependant, afin de donner effet à un *guet* et donc de pouvoir contourner les prescriptions énoncées dans l'article 14, alinéa 9 de la loi de 1989, relative aux rapports entre l'État italien et l'Union des communautés juives italiennes, qui prévoient justement l'inverse, à savoir qu'un divorce entièrement religieux est dépourvu d'effet civil, ledit tribunal civil milanais s'est placé sous l'angle exclusif du droit international privé, la loi italienne permettant à un magistrat italien d'invoquer ce dernier quand des éléments étrangers interviennent dans l'affaire à juger. En l'espèce, l'union avait été célébrée en Israël entre une ressortissante italienne et un citoyen italo-israélien et avait ultérieurement été transcrite dans les registres de l'état civil italien. Néanmoins, c'est en Italie qu'il y avait été mis fin, par une autorité religieuse reconnue. Les juges de première instance ont donc considéré que le divorce religieux, techniquement géré par le *Beth Din* à Rome, a été obtenu à l'étranger, l'autorité religieuse italienne s'étant prévaluée de la compétence juridictionnelle que lui attribuait la loi israélienne à délibérer hors de ses frontières<sup>2820</sup>.

Cette décision est *a priori* vouée à rester un cas isolé, si l'on s'en tient à un autre arrêt, cette fois de la Cour d'appel de Bologne<sup>2821</sup>, qui a refusé de reconnaître la validité d'un jugement émis par le tribunal rabbinique de Jérusalem à propos d'un mariage célébré à Padoue selon les seules lois juives. En l'état actuel de la jurisprudence italienne en la

---

<sup>2819</sup> Trib. Milano, 5 ottobre 1991, *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1992, 28, p. 123-127.

<sup>2820</sup> A. S. MANCUSO, « Il matrimonio celebrato secondo l'Intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche », *Riv. dir. pubbl.*, 4-6, 2006, p. 11.

<sup>2821</sup> App. Bologna, 1 giugno 2005, *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2007, n° 43, p. 142 et ss.

matière, il semble donc bien que les décisions émises par des juridictions religieuses relatives aux divorces selon les seules normes juives ne soient *a priori* pas reconnues par les tribunaux civils italiens.

**1199. Conclusion § 2.** - Le processus de réserve juridictionnelle ecclésiastique en matière matrimoniale concordataire, introduit en Italie dans les années 20, a permis non seulement de reconnaître la compétence des tribunaux catholiques en cas de dissolution de mariages canoniques enregistrés mais également d'octroyer une pleine validité civile aux décisions de ces juridictions par l'intermédiaire des Cours d'appel. Si la révision de 1984 a fait disparaître le principe de *delibazione* en cas de mariage conclu mais non consommé et a renforcé nettement les pouvoirs de la Cour d'appel en cas de mariages concordataires autres que *ratum non consummatum*, diminuant d'autant ceux des juridictions ecclésiastiques en la matière, il n'en demeure pas moins un principe original où tribunaux étatiques et religieux peuvent être amenés à travailler de concert.

**1200. Conclusion Section 3.** – D'une manière générale, si les trois États acceptent prudemment de s'intéresser au fait religieux, ils tiennent la justice religieuse résolument à l'écart. Il existe bien des exceptions, à l'instar de la réserve juridictionnelle des tribunaux ecclésiastiques en Italie, ou des atténuations au principe ainsi posé, dans le cas des *Beth Din* pouvant être considérés comme des chambres arbitrales, mais elles ne pourront exister qu'au travers du prisme étatique, sous un strict contrôle de ce dernier. Il convient par ailleurs de distinguer la justice religieuse de leurs décisions. Ainsi, quand bien même l'Angleterre accepte l'établissement de *Sharia councils* sur son sol, les résolutions émises par ces derniers n'ont aucune pertinence dans l'ordre juridique civil anglais. Le cas de Mayotte, aujourd'hui par ailleurs révolu, reste une situation unique dans le système juridique français.

## Conclusion Chapitre 2

1201. La volonté de nos États de tenir à distance le fait religieux comme la justice confessionnelle ne peut occulter qu'un certain nombre de difficultés en lien avec le droit des couples et la religion soit régulièrement entendu par les tribunaux civils. S'il n'appartient pas à ces derniers d'intervenir théologiquement parlant, il leur faut néanmoins trouver une solution civile à ce qui semble *a priori* ressortir davantage du religieux.

C'est donc dans un souci de protection du citoyen que le juge civil peut être amené à s'intéresser à un mariage religieux ou à un divorce confessionnel, sans pour autant juger le fidèle et la religion représentée par ce dernier.

Parce que les systèmes mis en place au cours des siècles par les trois États sont différents les uns les autres dans leurs rapports à la religion, les solutions envisagées par l'Angleterre, la France et l'Italie peuvent sembler bien hétérogènes en la matière. Il n'existe rien de commun de prime abord en effet, entre le principe de concubinage et une présomption de mariage ou un *trust* ; entre l'abus de droit français et l'intervention législative anglaise en termes de *guet* ; entre le refus d'accorder une quelconque reconnaissance civile à des tribunaux religieux et la réserve juridictionnelle italienne.

Et pourtant, à observer de près les divers instruments juridiques introduits par les ordres étatiques anglais, français et italien, on ne peut s'empêcher, d'une part, d'admirer les trésors de subtilité qu'ils ont su tous trois mettre en place afin de résoudre au mieux les problèmes juridiques mêlés de religion portés devant leurs juridictions ; d'autre part, de discerner, à travers la variété des instruments en question, une même fin, la recherche d'un équilibre similaire entre prédominance de l'État et respect de la liberté de conscience et de religion.

## CONCLUSION TITRE III

**1202.** Le souci de l'équilibre État-liberté de conscience et de religion en matière de justice religieuse a amené les trois États à envisager de reconnaître les mariages non exclusivement civils.

On distinguera certes ici la position française qui proscrit cette capacité pour la très vaste majorité de ses ressortissants, ne la réservant que dans le cas très particulier des relations matrimoniales relevant de l'ordre international. C'est donc sous le seul angle des relations internationales que se place la France pour connaître des mariages religieux célébrés à l'étranger, entérinant néanmoins là, une exception notable à son principe de primauté et d'exclusivité du mariage civil.

Ce n'est pas la perspective suivie par l'Angleterre et l'Italie : qu'ils aient choisi de réguler leurs rapports Églises-État sous forme d'*establishment* ou de concordat-entente, ces deux États ont développé des systèmes complexes où se côtoient mariage civil et mariage religieux, mais où est également instaurée une certaine forme de hiérarchie entre les divers mariages religieux à effets civils. Certaines confessions bénéficient ainsi, par exemple dans le cas anglais, de bâtiments *certified* et *registered* quand d'autres en sont dépourvus ou ignorent tout de ces critères de sélection. Dans le cas italien, il sera impératif de distinguer entre cultes avec ou sans concordat – entente, admis ou non, les répercussions induites étant plus que conséquentes. Cette disparité de traitements d'une religion à l'autre, si elle peut étonner le lecteur français, semble réellement intégrée à la culture tant anglaise qu'italienne et ne soulève en tout état de cause à cette heure aucune remise en cause sérieuse.

La dualité des systèmes matrimoniaux ainsi instaurés par l'Angleterre et l'Italie, et dans une moindre mesure la France, parachevée par la gestion délicate mais efficace de certaines problématiques religieuses portées devant les tribunaux civils attestent de la volonté réelle des trois États d'atteindre une harmonie certaine en matière de relations Églises-État, tout en conservant la primauté ultime. Cet effort des États, cherchant à entretenir, non pas une alliance entre autorité temporelle et autorité spirituelle, mais une forme de coopération entre État et liberté, en l'occurrence de conscience et de religion, est à souligner et à louer, en ces périodes de renouveau des passions en lien avec le fait religieux.



## CONCLUSION GÉNÉRALE

**1203. Évolution.** - L'histoire de l'Angleterre, de la France et de l'Italie, pour différente qu'elle puisse sembler aujourd'hui, repose sur un terreau commun issu à la fois de l'héritage romain et de la religion chrétienne, sans oublier une certaine influence franque.

Elle a emprunté au cours des siècles divers chemins, constitués d'alliances entre les pouvoirs spirituel et temporel mais également d'antagonismes parfois violents, culminant au XVI<sup>e</sup> siècle avec la rupture profonde entre catholicisme et protestantisme, aux répercussions durables non seulement en termes théologiques mais également politiques.

Une fois la page de la *res publica christiana* définitivement tournée, de manière plus ou moins sereine, à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle pour l'Angleterre, au début du XX<sup>e</sup> siècle pour la France et l'Italie, l'État moderne, empreint de tolérance et de modération religieuses, a alors pu développer de nouvelles relations avec les cultes présents sur son territoire, engendrant une véritable mutation des rapports entre pouvoir temporel et pouvoir spirituel.

Il reste inévitablement une certaine défiance réciproque et la peur de voir resurgir à tout moment d'anciennes rivalités. Mais d'une manière générale, l'animosité, plus ou moins agressive, a laissé place, pour reprendre l'expression de Monsieur Winfried Brugger, à la reconnaissance et à une certaine forme d'identification<sup>2822</sup>, particulièrement évidentes en droit civil des couples.

**1204. Équilibre.** - L'équilibre ainsi établi est subtil : si l'État prend garde à ce qu'il soit maintenu en sa faveur, en exerçant une forme de contrôle quand cela s'avère nécessaire, en particulier lorsque le pays a opté pour un régime où Église et État sont liés, il n'hésite pas à prévoir à l'inverse des aménagements, des modèles de coordination, voire de coopération entre les deux ordres, même lorsqu'il a érigé un régime de séparation stricte entre les Églises et lui-même.

Au nom des principes d'indépendance, de neutralité, de tolérance, de liberté de conscience et de religion.

---

<sup>2822</sup> W. BRUGGER, "From animosity to recognition to identification", in B. C. LABUSCHAGNE, A. M. SOLON & INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR PHILOSOPHY OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY, *Religion and State - from separation to cooperation ?*, Stuttgart, Franz Steiner Nomos, 2009, p. 9.

**1205. Convergence.** - Il y a là une convergence<sup>2823</sup> remarquable entre l'Angleterre, la France et l'Italie, que l'on peut du reste étendre à l'ensemble du continent européen, dont la devise n'a jamais été aussi vraie, « *In varietate concordia* ». Bien que les voies empruntées par les États pour gérer leurs rapports avec l'Église soient variées, elles aboutissent en effet toutes à une certaine forme d'harmonisation.

Il devient alors difficile de parler d'exception française, de modèle anglais, de spécificités italiennes : les trois États, chacun à leur manière, vise la même finalité, celle de maintenir cet équilibre à la fois fragile et subtil, instauré au fil des siècles, entre, d'une part, l'avènement et la prépondérance d'un droit civil, particulièrement visible en droit civil des couples, et, d'autre part, une persistance, certes variable, de l'influence du fait religieux sur ce même droit civil, y compris bien sûr celui des couples.

**1206. Absence européenne.** - Au vu de ce qui précède, on peut donc s'étonner qu'il n'existe pas encore de statut européen du droit de la famille, en dehors des règlements Bruxelles II puis II bis<sup>2824</sup>, portant sur la juridiction compétente et la reconnaissance des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, ainsi que du règlement Rome III, sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps<sup>2825</sup>, non intégré par ailleurs en droit anglais, sans oublier quelques conventions très spécifiques, en vigueur dans un petit nombre d'États<sup>2826</sup>.

S'il est vrai que « toute action au niveau de l'Union européenne se heurte à l'extraordinaire complexité des institutions »<sup>2827</sup> et que l'on voit mal comment, par exemple, on pourrait concilier la thèse française de l'abus de droit avec le divorce en deux temps anglais, dans le seul but d'éviter la problématique du *guet*, ou encore comment pourrait s'ajuster concepts du concubinage franco-italien et présomption de mariage

---

<sup>2823</sup> D'aucuns parlent de « convergences croisées » : V. LATOUR, « Les modèles d'intégration français et britannique face à l'eupéanisation, la mondialisation et la transnationalisation », in H. FLAVIER et J.-P. MOISSET, *L'Europe des religions*, Paris, A. Pedone, 2013, p. 131.

<sup>2824</sup> Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

<sup>2825</sup> Règlement (UE) n° 1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

<sup>2826</sup> V. en particulier A. BORRAS, « Introduction générale. L'évolution du droit de la famille en Europe », p. 5 et s., A. BOICHE, « La séparation (Bilan de Bruxelles II bis, articulation avec Rome III, le règlement Aliment et le protocole de La Haye) », p. 29 et s., in H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014. Conventions du 14 mars 1978 applicable aux régimes patrimoniaux (entre la France, le Luxembourg et les Pays-Bas) ainsi que sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (entre l'Australie, le Luxembourg et les Pays-Bas) et la convention du 1<sup>er</sup> juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps.

<sup>2827</sup> M. CERF, « *In varietate concordia*. Réflexions sur la laïcité dans l'Union européenne », *Cités*, n° 52, 2013, p. 90.

anglais, il n'en demeure pas moins indiscutable qu'il existe déjà un grand nombre de mesures très proches les unes des autres en matière de mariage, de partenariat enregistré, de divorce ou encore de nullité pris en leur angle exclusivement civil.

**1207. Droit matrimonial, matière mixte.** – Cette dernière remarque ne saurait étonner, du fait de l'intégration en droit civil de l'héritage religieux, en particulier chrétien, de nombreuses institutions, qui « résonnent comme des échos de prescriptions religieuses »<sup>2828</sup>, en une sorte de syncrétisme laïco-chrétien<sup>2829</sup>.

Au-delà de ce patrimoine commun, le nombre de similitudes notées en droit des couples anglais, français et italien s'explique également par la matière elle-même : s'il est un domaine où l'interaction entre le droit et la religion est évidente, c'est bien en droit des couples, quel que soit le pays, quel que soit le régime institutionnel adopté, de par la valeur particulière qu'a toujours revêtu le mariage. Qu'on le désigne sous le nom de contrat ou d'institution, le mariage transcende les codes, les cultures, les religions ; il touche à l'intime dans sa dimension la plus pure et ses conséquences sont si fortes qu'elles ne peuvent qu'être encadrées par des lois.

**1208. Reconquête étatique et coopération.** - Cette double nature du mariage, matière mixte par excellence, explique la lutte ayant longtemps opposé les sphères religieuses et civiles pour en assurer le contrôle.

Si aujourd'hui la reconquête, entamée très tôt mais en particulier à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, de la compétence étatique sur le droit matrimonial semble acquise, la mainmise de l'État n'a jamais cherché à bannir totalement les religions elles-mêmes, du moins sous nos latitudes.

D'une manière générale, il en résulte donc bien aujourd'hui une hégémonie de l'État, malgré tout teintée d'un mélange d'indépendance des deux ordres, de non-immixtion de l'ordre étatique dans l'organisation et le fonctionnement des institutions religieuses à partir du moment où ces dernières respectent l'ordre public.

**1209. Différences culturelles et religieuses.** - Contrairement à ce que l'on pense trop souvent, l'Angleterre, la France et l'Italie ne sont donc pas si éloignées les unes des autres dans leurs rapports au religieux, les principes essentiels de double neutralité (mêlant

---

<sup>2828</sup> J. CARBONNIER, « La religion, fondement du droit? », *APD*, 38, 1993, p. 17.

<sup>2829</sup> J.-P. WILLAIME, *Europe et religions : les enjeux du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Fayard, 2004, p. 290.



« indépendance de l'État par rapport aux religions et liberté des organisations religieuses par rapport au pouvoir politique »<sup>2830</sup>), de liberté de religion et de conscience y étant respectés.

Ce qui change véritablement d'un État à l'autre et explique que les lois en découlant semblent *a priori* si variées, parfois opposées, est davantage à mettre en rapport avec les différences historiques, culturelles et religieuses et la façon dont ces différences sont aujourd'hui intégrées dans les trois États.

Sous cet angle-là, on note une forte réticence française et une meilleure acceptation tant anglaise qu'italienne du fait religieux dans l'espace public, opposant un « État centralisateur et homogénéisateur »<sup>2831</sup> à des États où le multiculturalisme, entre autres culturel et religieux, poussé par « la mondialisation et (...) l'individualisation »<sup>2832</sup>, est apprécié, voire favorisé.

Toutefois, comme nous avons pu le voir, le système multiculturel, en particulier anglais, sans être remis en cause, pourrait connaître des infléchissements à l'avenir, quand la France et l'Italie, à leur manière, se laissent de plus en plus séduire par la diversité culturelle.

**1210. Liberté et Égalité.** – Il faut sans doute voir dans ces attraits mutuels une réflexion profonde sur les thèmes de la liberté et de l'égalité. Si ces deux principes ont été adoptés unanimement par les trois États, l'Angleterre a toujours nettement privilégié la notion de liberté. Ce faisant, elle a favorisé et valorisé la volonté individuelle. Fidèle à toute idée en lien avec l'*Habeas Corpus* de 1215, elle a lutté contre tout type d'absolutisme, donnant naissance au libéralisme et au libre-échange tant idéologiques qu'économiques. La France, tout en accordant une place non négligeable à l'autonomie de la personne, a placé son combat de manière prépondérante sous le prisme de l'égalité. Ce souci d'équité l'a également conduite à lutter contre l'absolutisme mais en favorisant les principes de justice et, en conséquence, en s'attachant à lutter contre les différences. L'Italie, unifiée tardivement, a choisi de mettre l'accent sur la liberté et, au fur et à mesure, sur la dignité humaine, de manière originale et sophistiquée.

---

<sup>2830</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>2831</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>2832</sup> M. WIEVIORKA, « Dérives républicanistes », *Le Monde des débats*, dossier « La République est-elle en danger ? », septembre 1999, p. 11.

Faire cohabiter liberté et égalité est complexe et engendre de faire des compromis les plus nuancés possible. En droit des couples, cela a conduit les trois États de notre étude non seulement à apprendre à concilier individualité et pluralité mais également à atteindre un équilibre salutaire dans leurs relations avec les diverses religions sises sur leur territoire.



# BIBLIOGRAPHIE

## BIBLIOGRAPHIE ANGLOPHONE

### I/ HISTOIRE, RELIGION ET SOCIOLOGIE

**DAVIE (G.),**

- *Religion in Britain since 1945*, Oxford (Royaume-Uni) et Cambridge (MA, USA), Blackwell, 1994
- *Religion in Britain. A persistent paradox*, Chichester, Wiley Blackwell, 2014

**ELTON (G. R.) (dir.)**, *The Tudor constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982

**HENDERSON (J. P.) & DAVIS (J. B.)**, "The taming of tradition", in **HENDERSON (J. P.), DAVIS (J. B.), SAMUELS (W. J.) et a.**, *The life and economics of David Ricardo*, Boston, Kluwer Academic, 2017, p. 155-190

### II/ DROIT

#### A) OUVRAGES GÉNÉRAUX

**GILMORE (S.) & GLENNON (L.)**, *Hayes and Williams' Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014

**LOWE (N. V.) & DOUGLAS (G.)**, *Bromley's family law*, Oxford, Oxford University Press, 2015

#### B) OUVRAGES SPÉCIAUX : MONOGRAPHIES ET ACTES DE COLLOQUE

**BAKER (J. H.)**, *An introduction to English legal history*, Oxford, Oxford University Press, 2019

**BERGER (P. L.), DAVIE (G.) et FOKAS (E.)**, *Religious America, secular Europe? A Theme and Variations*, Aldershot, Ashgate, 2008

**BRADNEY (A.)**, *Law and faith in a sceptical age*, Abingdon, New York, Routledge-Cavendish, 2011

**BROYDE (M. J.)**, *Sharia tribunals, rabbinical courts, and Christian panels*, Oxford, Oxford University Press, 2017

**CANONS OF THE CHURCH OF ENGLAND**, London, Church House Publishing, 6th Edition, 2008

**CHOUDHRY (S.) & HERRING (J.)**, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, Hart, 2010

**DOE (N.)**,

- *Law and religion in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2011
- *Christian law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013
- *Comparative religious law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018

**DOE (N.) & SANDBERG (R.)**, *Law and religion: new horizons*, Leuven, Paris, Walpole, Peeters, 2010

**EDGE (P. W.)**, *Legal responses to religious difference*, Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2002

**ESTIN (A. L.)**, *The multi-cultural family*, Aldershot, Hampshire, Burlington, Ashgate, 2008

**EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH STATE RESEARCH (dir.)**,

- *Marriage and religion in Europe*, Proceedings of the meeting, Augsburg, November 28-29 1991, Milano, Giuffrè, 1991
- *The Legal status of religious minorities in the countries of the European Union*, Proceedings of the meeting, Thessaloniki, November 19-20 1993, Milano, Giuffrè, 1994
- *Religion and law in dialogue: Convenantal and Non-convenantal Cooperation between State and Religion in Europe*, Proceedings of the conference, Tübingen, November 18-21 2004, Leuven, Peeters, 2004
- *The mutual roles of religion and state in Europe*, Proceedings of the 24<sup>th</sup> Congress of the European Consortium for Church and State Research, Pázmány Péter Catholic University, Budapest, November 8-11 2012, Institute for European Constitutional Law, University of Trier, 2012

**GEORGE (R. H.)**, *Ideas and debates in family law*, Oxford, Hart Publishing, 2012

**GRIFFITH-JONES (R.)**, *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013

**HAMILTON (C.)**, *Family, law, and religion*, London, Sweet & Maxwell, 1995

**HELMHOLZ (R.)**, *Roman Canon Law in Reformation England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990

**HILL (M.), SANDBERG (R.) & DOE (N.)**, *Religion and law in the United Kingdom*, Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2014

**HOLMES (A. S.)**, *The Church of England and divorce in the Twentieth century*, New York, London, Routledge, 2017

**INGRAM (M.)**, *Church courts, sex and marriage in England, 1570 - 1640*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994

**MAIR (J.) & ÖRÜCÜ (E.)**, *The place of religion in family law*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2011

**MONGER (G.)**, *Marriage customs of the world*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2004

**NICHOLS (J. A.) (dir.)**, *Marriage and divorce in a multicultural context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012

**RAYDEN (W.), JACKSON (J.), WALL (N. P. R.) et a.**, *Rayden and Jackson's law and practice in divorce and family matter*, London, Butterworths, 1997

**ROBBERS (G.)**, *State and Church in the European Union*, Baden-Baden, Nomos, 2005

**SALTER (D. A.)**, *International pre-nuptial and post-nuptial agreements*, Bristol, Family Law, 2011

**SANDBERG (R.)**,

- *Law and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011
- *Religion, law and society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014

**SCHERPE (J. M.) & HAYWARD (A.) (dir.)**, *The future of registered partnerships*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2017

**SHACHAR (A.)**, *Multicultural jurisdictions: cultural differences and women's rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001

**SOUZA ALVES (R. V.)**, *Latin American perspectives on law and religion*, Cham, Springer, 2020

**STONE (L.)**, *The Road to divorce: England 1530-1987*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1992

**WITTE (J.) ET HAUKE (G. S.)**, *Christianity and family law*, New York, Cambridge University Press, 2017

**YILMAZ (I.)**, *Muslim laws, politics and society in modern nations states*, Aldershot, Ashgate, 2005

## **C) ARTICLES, CHRONIQUES ET COMMENTAIRES**

**AHDAR (R.)**, "Solemnisation of Same-sex Marriage and Religious Freedom", *Ecc LJ*, 16, 2014, p. 283-305

**AKHTAR (R. C.)**,

- "Unregistered Muslim Marriages: An Emerging Culture of Celebrating Rites and Conceding Rights", in **MILES (J.), MODY (P.) & PROBERT (R.) (dir.)**, *Marriage rites and rights*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 167-192

- "Modern Traditions in Muslim Marriage Practices, Exploring English Narratives", *Oxford JLR*, 7, 2018, p. 427-454

**BANO (S.)**, "In Pursuit of Religious and Legal Diversity", *Ecc LJ*, 10, 2008, p. 283-309

**BARLOW (A.) & SMITHSON (J.)**, "Is modern marriage a bargain? Exploring perceptions of pre-nuptial agreements in England and Wales", *CFLQ*, 24, 2012, p. 304-319

**BARONESS HALE OF RICHMOND (B.)**, "Secular Judges and Christian Law", *Ecc LJ*, 17, 2015, p. 170-181

**BARTON (C.) & PROBERT (R.)**, "The status of a religious-only marriage: valid, void or "non"? *Akhter v Khan*", *Family Law*, 48, 2018, p. 1540-1547

**BRECHIN (J.)**, "A Study of the Use of Sharia Law in Religious Arbitration in the United Kingdom and the Concerns That This Raises for Human Rights", *Ecc LJ*, 15, 2013, p. 293-315

**BRUGGER (W.)**, "From animosity to recognition to identification", in **LABUSCHAGNE (B. C.), SOLON (A. M.), INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR PHILOSOPHY OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY**, *Religion and State - from separation to cooperation ?*, Stuttgart, Franz Steiner Nomos, 2009, p. 9-26

**CATTO (R.), DAVIE (G.) & PERFECT (P.)**, "State and Religion in Great Britain: Constitutional Foundations, Religious Minorities, the Law and Education", *Insight Turkey*, 17 (1), 2015, p. 76-96

**CHADWICK (O.)**, "The Liberal State: On liberalism", in **FERRARI (S.) & CRISTOFORI (R.)**, *Law and religion : an overview*, Farnham, Ashgate, 2013, p. 90-123

**CONIGLIO (P. C.)**, "The Legal Status of the Church of England in Italy", *Ecc LJ*, 17, 2015, p. 53-57

**DOBBELAERE (K.)**, "Trend Report: Secularisation: A Multi Dimensional Concept", *Current Sociology* (29) 2, 1981, p. 3-153

**DEQUEN (J.-P.) & VORA (V.)**, "The Islamic marriage conundrum symposium: an introduction", *Family Law*, 46, 2016, p. 86-104

**DOUGLAS (G.), DOE (N.), GILLIAT-RAY (S.), SANDBERG (R.), KHAN (A.)**, "Social Cohesion and Civil Law : Marriage, Divorce and Religious Courts", *SSRN Electronic Journal*, 10.2139/ssrn.19400387

**DOUGLAS (G.), DOE (N.), GILLIAT-RAY (S.) et al.**, "The role of religious tribunals in regulating marriage and divorce", *CFLQ*, 24, 2012, p. 139-157

**DRAGHICI (C.)**, "Equal marriage, unequal civil partnership: a bizarre case of discrimination in Europe", *CFLQ*, 29, 2017, p. 313-334

**ECCLESIASTICAL LAW SOCIETY,**

- « Marriage in Church After Divorce », *Ecc LJ*, 2, 1992, p. 359-368
- « Civil and Religious Law in England, a religious perspective », *Ecc LJ*, 10, 2008, p. 262-282

**EMERTON (M.)**, "Belief, Law and Politics: What Future for a Secular Europe", *Ecc LJ*, 19, 2017, p. 235-237

**FARRAH (A.) & NORTON (J. C.)**, "Religious tribunals, religious freedom, and concern for vulnerable women", *CFLQ*, 24, 2012, p. 363-388

**FELDMAN (D.)**, "Conservatism Pluralism and the Politics of Multiculturalism", in **YUVAL-DAVIS (N.) & MARFLEET (P.)**, *Secularism, Racism and the Politics of Belonging*, London, Runnymede Trust publication, 2012, p. 10-12

**FERRARI (S.)**, "Law and Religion in a Secular World: a European Perspective", *Ecc LJ*, 14, 2012, p. 355-370

**FISHER (M.), SALEEM (S.) & VORA (V.)**, "Islamic Marriages: Given the independent review into the application of Sharia Law in England and Wales, what is the way forward?", *Family Law*, 2018, p. 552-557

**FREEMAN (M.)**, "Is the Jewish Get Business of the State? ", in **O'DAIR (R.) & LEWIS (A. D. E.) (dir.)**, *Law and religion*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 365-383

**GAFFNEY-RHYS (R.)**, "Same-sex marriage but not mixed-sex partnerships: should the Civil Partnership Act 2004 be extended to opposite-sex couples? ", *CFLQ*, 26, 2014, p. 173-195

**GODDARD (G.)**, "The Church of England and Gay Marriage – What Went Wrong? ", in **BARKER (N.) & MONK (D.)**, *From civil partnerships to same-sex marriage*, Abingdon, Routledge, 2016, p. 132-147

**HARLOW (A.), CRANMER (F.) & DOE (N.)**, "Bishops in the House of Lords", *Public Law*, 2008, p. 490-509

**HASKEY (J.)**, "A history of divorce law reform in England and Wales: evolution, revolution or repetition? ", *Family Law*, 2018, p. 1407-1425

**HELMHOLZ (R. H.)**, "Judges and trials in the English ecclesiastical courts", in **MULHOLLAND (M.), PULLAN (B.) & PULLAN (A.)**, *Judicial tribunals in England and Europe, 1200-1700*, Manchester, Manchester University Press, 2018, p. 102-116

**HILL (C.)**, "Succession to the Crown Act 2013", *Ecc LJ*, 15, 2013, p. 332-334

**HOHLOCH (G.)**, "The privatization of Family Law in Germany", *RF*, 2017, n° 5, p. 573-578

**HUMPHREYS (J.)**,



- "The Civil Partnership Act 2004, Same-Sex Marriage and the Church of England", *Ecc LJ*, 8, 2006, p. 289-306
- "The Right to Marry in the Parish Church", *Ecc LJ*, 7, 2004, p. 405-417

**JAMES (D.)**, "Parliamentary Divorce, 1700-1857", *Parliamentary History*, 31, 2012, p. 169-189

**JOFFE (L. J.)**, "The impact of « foreign law » bans on the struggle for women's equality under Jewish law in the United States of America", in **BANDA (F.) & JOFFE (L. F.) (dir.)**, *Women's rights and religious law*, Abingdon, Routledge, 2016, p. 179-201

**JOHNSON (P.), VANDERBECK (R.) & FALCETTA (S.)**, "Religious Marriage of Same-Sex Couples", *SSRN Journal 3076841*, 2017

**KENNETT (W.)**, "The place of worship in solemnization of a marriage", *JLR*, 30, 2015, p. 260-294

**KHALIQ (U.)**, "The Accommodation and Regulation of Islam and Muslim Practices in English Law", *Ecc LJ*, 6, 2002, p. 332-351

**LE GRICE (V.)**, "A critique of non-marriage", *Family law*, 2018, p. 1278-1285

**LORD FALCONER OF THOROTON (C. L.)**, "Church, State and Civil Partners", *Eccl LJ*, 9, 2007, p. 5-9

**LOWE (N.)**, "Legislating for Cohabitation in Common Law Jurisdictions in Europe: Two Steps Forward and One Step Back? ", in **COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DE LA FAMILLE**, *Family law and culture in Europe*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2014, p. 77-93

**LYNDON SHANLEY (M.)**, "Just Marriage", in **ENGSTER (D.) & METZ (T.)**, *Justice Politics, and the Family*, New-York, Routledge, 2015, chapter 10, p. 179-193

**MACCULLOCH (D.)**, "The Birth of Anglicanism", *Ecc LJ*, 7, 2004, p. 418-428

**MADERA (A.)**, "Juridical Bonds of Marriage for Jewish and Islamic Women", *Ecc LJ*, 11, 2009, p. 51-64

**MALEIHA (M.)**, "Muslim legal norms and the integration of European Muslims", *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, RSCAS 2009/29, p. 1-26

**MUELLER (G. O. W.)**, "Inquiry into the State of a Divorceless Society – Domestic Relations Law and Morals in England from 1660 to 1857", *University of Pittsburgh Law Review*, 18, n° 3, 1957, p. 545-578

**OPROMOLLA (A.)**, "Law, Gender and Religious Belief in Europe", *Ecc LJ*, 9, 2007, p. 161-174

**PATTI (S.)**, "The privatization of the divorce in Italy", *RF*, 2017, p. 155-160

**PROBERT (R.)**,

- "The evolving concept of “non-marriage” ", *CFLQ*, 25, 2013, p. 314-335
- "Common-law marriage: myths and misunderstandings", *CFLQ*, 20, 2018, p. 1-22

**READ (G.)**, "The Catholic Tribunal System in the British Isles", *Ecc LJ*, 2, 1991, p. 213-221

**REITZ (J. C.)**, "How to Do Comparative Law", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, n° 4, 1998, p. 617-636

**RIVERS (J.)**,

- "The Secularisation of the British Constitution", *Ecc LJ*, 14, 2012, p. 371-399
- "Law, Religion and Gender Equality", *Ecc LJ*, 9, 2007, p. 24-52

**SAGOVSKY (N.)**, "Hooker, Warburton, Coleridge and the 'Quadruple Lock': State and Church in the Twenty-first Century", *Ecc LJ*, 16, 2014, p. 140-146

**SANDBERG (R.)**, "The implications of the Court of appeal Decision in Ladele and other Case Law Developments", *Centre for Law and Religion - Cardiff University*, 2010, SSRN 2032648

**SCOTT-JOYNT (M.)**, "The Civil Partnership Act 2004: Dishonest Law?", *Ecc LJ*, 9, 2007, p. 92-94

**SHAHEEN SARDA (A.)**, "Authority and authenticity: Sharia councils, Muslims women's rights and the English courts", *CFLQ*, 25, 2013, p. 113-137

**VORA (V.)**, "The problem of unregistered Muslim marriage: questions and solutions", *Family Law*, 46, 2016, p. 95-98

**WOLFRAM (S.)**, "Divorce in England 1700–1857", *Oxford JLS*, 5, 1985, p. 155-186

**WOODHEAD (L.)**, "The rise of “no religion” in Britain: the emergence of a new cultural majority", *JBA*, 4, 2016, p. 245-261

# BIBLIOGRAPHIE FRANCOPHONE

## I/ DICTIONNAIRES

**GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.),** *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1993

**LITTRÉ (E.),** *Dictionnaire de la langue française*, t. 4, Q-Z, Paris, Hachette, 1875

**MESSNER (F.) (dir.),** *Droit des religions : dictionnaire*, Paris, CNRS éditions, 2011

**REY (A.) (dir.),** *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1998, 3 volumes

## II/ HISTOIRE, RELIGION ET SOCIOLOGIE

### A) OUVRAGES ET MONOGRAPHIES

**BAUBÉROT (J.),** *Histoire du protestantisme*, Paris, PUF, 2015

**BLUMENKRANZ (B.) et SOBOUL (A.),** *Le grand Sanhédrin de Napoléon*, Toulouse, Éd. Privat, 1979

**BRULEY (Y.),** *Histoire du catholicisme*, Paris, PUF, 2018

**DE MATTEI (R.),** *Le ralliement de Léon XIII*, Paris, les éditions du Cerf, 2016

**DICKES (C.),** *Ces 12 papes qui ont bouleversé le monde*, Paris, Tallandier, 2018

**DURKHEIM (E.),** *Les formes élémentaires de la vie religieuse : le système totémique en Australie*, Paris, Félix Alcan, 1912

**ÉGLISE CATHOLIQUE,** *Catéchisme à l'usage des diocèses de l'Empire français*, Paris, Nyon, 1806

**ÉGLISE CATHOLIQUE,** *Catéchisme de l'Église catholique*, Paris, Centurion, Cerf, Fleurus-Mame, 1998

**FULIGNI (B.),** *Dieu au Parlement (quand Victor Hugo, Gambetta, Clemenceau, Malraux ... parlaient de laïcité 1789 - 2015)*, Paris, Omnibus, 2015

**FROSTIN (C.),** *Les Pontchartrain, ministres de Louis XIV : alliances et réseau d'influence sous l'Ancien Régime*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015

**HERVIEU-LÉGER (D.),** *La religion pour mémoire*, Paris, Les Éd. du Cerf, 1993

**HOAREAU-DODINAU (J.),** *La culpabilité*, Limoges, Presse Universitaire de Limoges, 2001

**JERPHAGNON (L.)**, *Histoire de la Rome antique*, Paris, Hachette, 2005

**MARX (R.)**, *Histoire de l'Angleterre*, Paris, Fayard, 1993

**MILZA (P.)**, *Histoire de l'Italie, Des origines à nos jours*, Paris, Fayard, 2005

**MONTAIGNE (M. de)**, *Essais*, Paris, Librairie Hatier, 1972

**PÉGUY (C.)**, *Notre Patrie*, Paris, Gallimard, 1905

**RODOCANACHI (E.)**, *Le forgeron de Gretna Green*, Paris, Firmin-Didot, 1928

**SMILEVITCH (E.)**, *Histoire du judaïsme*, Paris, PUF, 2017

**QUILLET (J.)**, *La philosophie politique de Marsile de Padoue*, Paris, Vrin, 1970

**VOLTAIRE**, *Lettres philosophiques*, Paris, Flammarion, 2006

## **B) ARTICLES ET ÉTUDES**

**BARNAVI (E.)**, « L'édit de Nantes : le triomphe des Politiques », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 22-27

**BOZON (M.)**, « Sociologie du rituel du mariage », *Population*, 47, 1992, p. 409-433

**CABANEL (P.)**, « 1905 : une loi d'apaisement ? », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 68-73

**CORNETTE (J.)**, « Louis XIV ou la religion royale », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 30-33

**DARTIGUENAVE (J.-Y.)**, « Rituel et Liminarité », *Sociétés*, 2012, n° 115, p. 81-93

**DE LAGARDE (G.)**, « Marsile de Padoue et Guillaume d'Ockham », *RSR*, 17, 1937, p. 428-454

**GOULEMOT (J.-M.)**, « Voltaire : « Écrasons l'Infâme ! » », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 34-37

**LAFFITTE (J.-L.)**, « Du fils de l'homme à la plénitude cosmique de l'eucharistie », *Revue Teilhard de Chardin*, Bruxelles : Société Pierre Teilhard de Chardin, 2016, n° 56, p. 43-50

**LE GOFF (J.)**, « Les laïcs sont le moteur de l'histoire de l'Occident », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 8-13

**MAILLARD (J.-F.)**, « Henry VIII et Georges de Venise. Documents sur l'affaire du divorce », *RHR*, 181, 1972, p. 157-186

**PIE XII**, « Allocution à la colonie des Marches à Rome », 23 mars 1958 », *La Documentation catholique* n° 1275, 13 avril 1958, col. 456

**PORTIER (P.) et THÉRY (I.),** « Du mariage civil au “mariage pour tous”. Sécularisation du droit et mobilisations catholiques », *Sociologie*, n° 1, vol. 6  
<https://journals.openedition.org/sociologie/2528>

**ROUSSEL (L.),** « Sociographie du divorce et divortialité », *Population*, 48, 1993, p. 919-938

**RUGGIU (F.-J.),** « L'Angleterre, modèle de tolérance? », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 26

**SAGNAC (P.),** « Le concordat de 1817. Étude des rapports de l'Église et de l'État sous la Restauration (1814-1821) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 7, n° 3, 1905, p. 189-210

**THÉRY (J.),** « Philippe le Bel, pape en son royaume », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 14-17

**TULARD (J.),** « L'État nationalise l'Église », *Historia*, 2005/05 (n° 701), p. 54-57

**WINOCK (M.),** « Comment la France a inventé la laïcité », *L'Histoire*, 2004/7 (n° 289), p. 40-49

### **III/ DROIT**

#### **A) OUVRAGES GÉNÉRAUX**

**CLAVEL (S.),** *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 2016

**CUNIBERTI (G.),** *Grands systèmes de droit contemporain : introduction au droit comparé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ - Lextenso, 2015

**DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.) et GORÉ (M.),** *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 2016

**ÉGÉA (V.),** *Droit de la famille*, Paris, LexisNexis, 2018

**GARRIGUE (J.),** *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2015

**LABRUSSE-RIOU (C.),** *Droit de la famille*, Paris, New York, Barcelone, Masson, 1984

**LAITHIER (Y.-M.),** *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009

**LEROYER (A.-M.),** *Droit de la famille*, Paris, PUF, 2011

**MAYER (P.) et HEUZÉ (V.),** *Droit international privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014

**MONÉGER (F.),** *Droit international privé*, Paris, LexisNexis, 2018

**MURAT (P.)**, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2016

**RAMBAUD (T.)**, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, PUF, 2017

**RAYNAUD (P.) et MARTY (G.)**, *Les personnes*, T I 2<sup>e</sup> vol., Paris, Sirey, 1976

**TERRÉ (F.)**, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2000

## **B) OUVRAGES SPÉCIAUX : THÈSES, MONOGRAPHIES ET ACTES DE COLLOQUE**

**ALI (A.)**, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, thèse Aix-Marseille, 2016

**BASDEVANT-GAUDEMET (B.) et MESSNER (F.)**, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, Paris, PUF, 1999

**BAUBÉROT (J.)**, *Les laïcités dans le monde*, Paris, PUF, 2010

**BAUBÉROT (J.) et MATHIEU (S.)**, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France : 1800-1914*, Paris, Éd. du Seuil, 2002

**BEDOUELLE (G.)**, *L'Église d'Angleterre dans la société politique britannique*, thèse Paris, 1966

**BESSION (S.)**, *Droit de la famille, religions et sectes*, Lyon, Éd. EMCC, 1997

**BLANC (F.-P.)**, *Le droit musulman*, Paris, Dalloz, 2007

**BLEUCHOT (H.)**, *Droit musulman*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000

**BORRILLO (D.)**, *La famille par contrat*, Paris, PUF, 2018

**BOUDINHON (A.)**, *Le mariage et les fiançailles : commentaire du décret "Ne Temere"*, Paris, Lethielleux, 1908

**BOURDELOIS (B.)**, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, GLN Joly, 1993

**CARBONNIER (J.)**,

- *Flexible droit : textes pour une sociologie sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1971
- *La famille*, Paris, PUF, 2002

**CARDI (C.) et DEVREUX (A.-M.)**, *L'engendrement du droit*, Paris, L'Harmattan, 2014

**CHAMPION (F.)**, *Les laïcités européennes au miroir du cas britannique : XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2006

**CHARLOT (M.)**, *Religion et politique en Grande-Bretagne*, Paris, Presses de la Sorbonne nouvelle, 1994

**CORNELOUP (S.)**, *Droit européen du divorce = European divorce law*, Paris, LexisNexis, 2013

**CURTIT (F.) et MESSNER (F.)**, *Droit des religions en France et en Europe : recueil de textes*, Bruxelles, Bruylant, 2008

**DAHAN (D.)**, *Agounot, « les femmes entravées »*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016

**DESSERTINE (D.)**, *Divorcer à Lyon : sous la Révolution et l'Empire*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1981

**DIERKENS (A.) (dir.)**, *Laïcité et sécularisation dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2006

**DOUNOT (C.) et DUSSAUBAT (F.)**, *La réforme des nullités de mariage, une étude critique*, Paris, Perpignan, Artège Lethielleux, 2016

**ÉGÉA (V.)**, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Defrénois, Lextenso, 2010

**FERRAND (F.), FULCHIRON (H.) et MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, FRANCE**, *La rupture du mariage en droit comparé : rapport final pour la mission de recherche Droit et justice (Ministère de la justice - CNRS / Université de Jean Moulin Lyon 3*, Lyon, Université de Jean Moulin Lyon 3, 2015

**FELLOUS (G.)**,

- *La laïcité pour tous*, Paris, L'Harmattan, 2016, t. 3
- *La laïcité pour tous*, Paris, L'Harmattan, 2016, t. 4

**FOREY (E.)**, *État et institutions religieuses*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007

**FULCHIRON (H.) et BIDAUD-GARON (C.)**, *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014

**GAUCHET (M.)**,

- *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985
- *La religion dans la démocratie : parcours de la laïcité*, Paris, Gallimard, 2001

**GAUDEMET (J.)**, *Le mariage en Occident*, Paris, les Éditions du Cerf, 1987

**GIRAUDEAU (G.), BARGUES (C.) et HAUPAIS (N.)**, *Le fait religieux dans la construction de l'État*, Actes du colloque de l'Université d'Orléans, 17-18 janvier 2014, Paris, Éditions Pedone, 2016

**GONÇALVES (B.)**, *La réforme des procédures des nullités de mariage*, Paris, Artège Lethielleux, 2016

**HAARSCHER (G.)**, *La laïcité*, Paris, PUF, 2017

**HALPERIN (J.-L.)**, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996

**HISQUIN (J.-M.)**, *Liberté de religion et droit de la famille*, thèse Lyon 3, 2012

**JACQUEMIN (A.)**, *Le clerc dans la cité: limitations des activités séculières des clercs de Constantin à la fin de l'époque carolingienne*, Paris, les Éditions du Cerf, 2016

**LAURENT (A.)**, *L'Islam*, Paris, Perpignan, Artège, 2017

**LEFEBVRE-TEILLARD (A.)**, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996

**LE TERTRE (C.)**, *La religion et le droit civil du mariage*, Paris, Defrénois, 2004

**LICARI (F.-X.)**, *Le droit talmudique*, Paris, Dalloz, 2015

**LORRY (P. C.)**, *Essai de dissertation ou Recherches sur le mariage, en sa qualité de contrat, à l'effet de prouver que dans le mariage des fidèles on ne peut séparer le contrat du sacrement*, Paris, G. Martin, 1760

**MINNERATH (R.)**, *L'Église catholique face aux États : deux siècles de pratique concordataire, 1801-2010*, Paris, Éd. du Cerf, 2012

**MOUANES (H.) et MASCALA (C.)**, *La laïcité à l'œuvre et à l'épreuve, colloque du 29 mars 2017*, Université Toulouse 1 Capitole, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2018

**PACAUT (M.)**, *La théocratie : l'Église et le pouvoir au Moyen Âge*, Paris, Desclée, 1989

**PAVAN (P.) et BOMBIERI (A.)**, *La liberté religieuse : déclaration "Dignitatis Humanae"*, Paris, Mame, 1967

**PEÑA-RUIZ (H.)**, *La laïcité, Introduction, choix de textes, commentaires, vade-mecum et bibliographie*, Paris, Flammarion, 2003

**PETIT (E.)**, *Pourquoi le droit canonique ?*, Saint-Maur, Éditions Parole et silence, 2013

**PICQ (J.)**, *Politique et religion*, Paris, Presses de Sciences Po, 2016

**PINCI (S. R.)**, *La loi sur le divorce en Italie. Données sociologiques, juridiques et de droit comparé*, thèse Paris 2, 1987

**PORTIER (P.)**, *L'État et les religions en France : une sociologie historique de la laïcité*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2016



- POTHIER (R. J.)**, *Traité du contrat de mariage*, Paris, Letellier, 1813
- POUSSON-PETIT (J.)**, *Le démariage en droit comparé*, Bruxelles, F. Larcier, 1981
- RIDANT (P.)**, *Examen de deux questions importantes sur le mariage concernant la puissance civile*, s. l., 1753
- RIVA (V.)**, *La recomposition des identités politiques et religieuses en Europe: l'exemple du débat sur les racines chrétiennes de l'Europe en France, en Belgique et en Italie*, thèse Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011
- ROCHEFORT (F.), SANNA (M. E.), PORTIER (P.) et a.**, *Normes religieuses et genre*, Paris, Armand Colin, 2013
- ROMANO (S.)**, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002
- ROUX (S.)**, *Laïcité et droit privé*, thèse Paris 2 Panthéon-Assas, 2021
- SASSIER (Y.)**, *Royauté et idéologie au Moyen Âge*, Paris, Armand Colin, 2012
- SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H. A.) et INSTITUT DE DROIT COMPARÉ de LYON**, *Mariage et famille en question. (2), L'évolution contemporaine du droit anglais*, Paris, Éditions du CNRS, 1979
- SOLEIL (S.)**, *Introduction historique aux institutions*, Paris, Flammarion, 2010
- SOURDEL (D.)**, *L'islam*, Paris, PUF, 2009
- STIBBE (I.)**, *Le divorce juif en droit international privé*, Lausanne, Edis, 2005
- TAWIL (E.)**
- *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse : le Conseil d'État et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009
  - *Justice et religions : la laïcité à l'épreuve des faits*, Paris, PUF, 2016
- THIREAU (J.-L.)**, *Histoire du droit de la famille*, Lyon, l'Hermès, 1998
- TOSCANO (L.)**, *La « laïcité française » et la laïcité « à l'italienne »*, thèse Paris 1 Panthéon-Sorbonne et Università degli Studi di Napoli Federico II, 2011
- TOUATI (M.)**, *Le Caractère religieux de la formation du mariage en droit international privé*, thèse Paris, 1963
- VALDRINI (P.), DURAND (J.-P.) et ECHAPPE (O.)**, *Droit canonique*, Paris, Dalloz, 1999
- VOLFF (J.)**, *Le droit des cultes*, Paris, Dalloz, 2005
- WILLAIME (J.-P.)**, *Europe et religions : les enjeux du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Fayard, 2004

## C) ARTICLES, CHRONIQUES ET COMMENTAIRES DE LOIS

**ABOU RAMADAN (M.)**, « “Hukm al-nikah”. Le statut juridique du mariage en droit musulman », *RDC* 66, 2016, p. 231-272

**ALT-MAES (F.)**, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP G* 2000, n° 48, I, 275

**ATLAN (G.)**, « La conjugalité en droit hébraïque », *RDC* 2016, 66, p. 215-229

**AUVILLAIN (E.)**, « L'Église anglicane menacée d'implosion », *Études*, vol. 407, n° 12, 2007, p. 641-652

**BAHUREL (C.)**, « La priorité du mariage civil et l'Islam : pour un droit de la famille au service de l'unité nationale », *D.* 2018, p. 859-864

**BARBE (V.)**, « Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire », *RFD const.* 2005, 61(1), p. 117-145

**BARBIER (P.)**, « Le problème du Gueth », *Gaz. Pal.* 1987, Doctr. 484

**BASDEVANT- GAUDEMET (B.)**, « La jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France », *LIB*, 1998, p. 1-47

[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/bilan\\_99/libreg.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/bilan_99/libreg.pdf)

**BERNHARD (J.)**, « À propos de l'indissolubilité du mariage chrétien », *RSR* 1970, vol. 44, n° 1, p. 49-62

**BLANCHY (S.)**, « Les familles face au nouveau droit local à Mayotte. Continuité, adaptation et redéfinition des pratiques », *EF* 2018, p. 47-56

**BLANCHY (S.) et MOATTY (Y.)**, « Le statut civil de droit local à Mayotte: une imposture? », *RDS* 2012, p. 117-139

**BOEGLIN (J.-G.)**, « Le statut des communautés religieuses autres que catholique en Italie », *RDC* 1998, 48, p. 97-113

**BOTTINI (E.) et PASETTO (S.)**, « Que reste-t-il du mariage après le changement de sexe d'un conjoint? », *Revue des droits de l'homme*, 2014, p. 1-11 <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02176432/>

**BRENNER (C.)**, « Le nouveau divorce par consentement mutuel: retour à l'an II? », *La Semaine Juridique* 2017, 9, p. 342-345

**BRULEY (Y.)**, « Mariage et famille sous Napoléon », *Revue Napoleonica* 2012, n° 14, p. 111-126

**CANDELIER (G.)**, « Mariage et divorce. Problèmes actuels », *RTL* 1988, 19, p. 433-458

**CAPARROS (E.)**, « Le droit religieux et son application par les juridictions civiles et religieuses. Coexistence, interrelations, influences réciproques », in **CHRISTIANS (L. L.), CAPARROS (E.) et ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE**, *La religion en droit comparé à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle = Religion in comparative law at the dawn of the 21st century*, XV<sup>e</sup> congrès international de droit comparé, Académie internationale de droit comparé, Bristol 1998, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 3-65

**CARBONNIER (J.)**, « La religion, fondement du droit? », *APD* 1993, 38, p. 17-21

**CASTELLANE (B.)**, « Justice et religion en arbitrage », *RID comp.* 2014, 66, p. 733-736

**CATOIRE (A.)**, « Le divorce, d'après l'Église catholique et l'Église orthodoxe », *Rebyz*, 1911, 14, p. 167-170

**CERF (M.)**, « In varietate concordia. Réflexions sur la laïcité dans l'Union européenne », *Cités* 2013, n° 52, p. 85-93

**CHARLES (S.)**, « Tolérance et multiculturalisme », *Le Débat* 2006, n° 142, p. 32-43

**CHAUNU (H.)**, « Le mariage civil des protestants au XVIII<sup>e</sup> siècle et les origines de l'état civil », *Annales, économies, sociétés, civilisations*, 5<sup>e</sup> année, n° 3, 1950, p. 341-343

**CRISAN (C.)**, « Divorce, dissolution du lien et deuxième mariage dans les Églises orientales », *AC* 2016, 57, p. 135-157

**CURTIT (F.)**, « Droits étrangers », *SDR* 2011, n° 1, p. 117-124

**DANTO (L.)**,

- « Doctrine canonique et exhortation apostolique post-synodale *Amoris Laetitia* », *RETM* 2017, 294, p. 49-62
- « Mariage et consentement. Réflexions canoniques à propos de la législation française », *RDC* 2014, 64, p. 43-67

**DICKENS (G.)**, « La Réforme en Angleterre et en France », in **BÉDARIDA (F.), CROUZET (F.) et JOHNSON (D.W.J.)**, *De Guillaume le conquérant au Marché commun*, Paris : Albin Michel, 1979, p. 72-84

**DIEU (F.)**, « Opposition des officiers d'état civil au mariage entre personnes de même sexe: vers la reconnaissance de l'objection de conscience? », *D.* 2013, p. 1643-1646

**DE GALEMBERT (C.) et KOENIG (M.)**, « Gouverner le religieux avec les juges. Introduction », *RPSF* 2014/4, vol. 64, p. 631-645

**DITGEN (A.)**, « La forme du mariage en Europe. Cérémonie civile. Cérémonie religieuse. Panorama et évolution », *Population* 1994, 2, p. 339-368

**DOE (N.)**, « Aspects de la réglementation de l'Église d'Angleterre », *RDC* 2007, 57 (1), p. 29-43

**DURAND (J.-P.),**

- « Code civil et droit canonique », *Pouvoirs* n° 107, 2003, p. 59-79
- « Chronique de droit français des religions - Principe constitutionnel de laïcité et Conseil constitutionnel en 2013 », *AC* 2012, 54, p. 421-436

**DURRY (G.),** « Le contrôle exercé par les tribunaux sur le refus d'un mari de confession israélite de délivrer le gueth à sa femme ? », *RTD civ.* 1984, p. 114 et s.

**DUVERT (C.),** « Droit et religion(s) : genèse et devenir d'un rapport méconnu », *RRJ* 1996-3, p. 737-740

**ÉCHAPPÉ (O.),**

- « Mariage civil et mariage religieux : vers le divorce ? », in **D'ONORIO (J.-B.) et INSTITUT PORTALIS (dir.),** *Le Saint-Siège dans les relations internationales*, Paris, Éd. du Cerf, Cujas, 1989, p. 192 et s.
- « Juger dans l'Église catholique », *D. Cah. just.* 2010, 2, p. 81-92
- « Mariage civil et mariage religieux : vers le divorce ? », in **D'ONORIO (J.-B.) et RYLKO (S.),** *Le mariage en question*, Paris, P. Téqui, 2014, p. 192 et s.

**ÉOCHE-DUVAL (C.),** « Faut-il dépénaliser les célébrations religieuses effectuées sans mariage civil? », *D.* 2012, p. 2615 et s.

**FAUCHER (B.),** « Les registres de l'état civil protestant en France depuis le XVI<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours », *Bibliothèque de l'École des chartes*, 1923, 84, p. 306-346

**GONÇALVES (B.),** « Le procès matrimonial plus bref devant l'évêque diocésain: présentation et mise en lumière de quelques enjeux », *AC* 2016, 57, p. 185-210

**GOUTTENOIRE (A.),** « Le mariage a encore de beaux jours devant lui... », *Lexbase* 21 septembre 2013, A2331EDP, p. 1-3

**GREINER (P.),** « Point de vue d'un canoniste sur le mariage en droit français », *AC* 2011, 53, p. 191-207

**GUINOT (P.H.),** « Mariage naturel ou mariage sacramentel ? », *Fiches Pratiques, Faculté de Droit Canonique*, 2018 <https://www.droitcanonique.fr/blog/fiches-pratiques-2/post/mariage-naturel-ou-mariage-sacramentel-51>

**FASSIN (E.),** « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », in **FASSIN (E.), BORILLO (D.) et IACUB (M.) (dir.),** *Au-delà du PACS, L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF, 1999, p. 87-110.

**FERRARI (A.),** « Laïcité et multiculturalisme à l'italienne », *ASSR* 2008, p. 133-154

**FERRARI (S.),** « Le mariage des autres », *RDC* 2005, 55, p. 7-35

**FULCHIRON (H.),** « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », *RID comp.* 2006, 58, p. 409-438

**HARTEMANN (L.)**, « Introduction générale », in **BARBIERA (L.)**, **NERSON (R.)**, **SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H. A) et a.**, *Mariage et famille en question.5. Italie*, Paris, Éditions du CNRS, 1982, p. 7 et s.

**INSTITUT DE DROIT COMPARÉ EDOUARD LAMBERT UNIVERSITÉ JEAN MOULIN - LYON 3**, « Le mariage entre personnes du même sexe - Étude pour la Cour de cassation », *RID comp.* 2008, 60, p. 375-443

**IMBEAULT (J.-S.)**, « L'arbitrage religieux et les conditions normatives de la « reconnaissance » », *Diversité urbaine* 2009, 9(1), p. 95-118

**ITCAINA (X.)**, « Catholicisme, espace public et démocratie en Espagne et en Italie », in **FORET (F.)** et **FACULTÉS UNIVERSITAIRES CATHOLIQUES DE MONS**, *L'espace public européen à l'épreuve du religieux*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2007, p. 91-108

**JALUZOT (B.)**, « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspective », *RID comp.*, vol. 57, n° 1, 2005, p. 29-48

**JOUBERT (N.)** et **GALLANT (E.)**, « Le recours à l'exception d'ordre public en droit français de la famille face à des normes de pays du Sud de la Méditerranée », in **BERNARD-MAUGIRON (N.)**, **DUPRET (B.)**, **MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, FRANCE et a.**, *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 307 et s.

**KISCHEL (U.)**, « La méthode en droit comparé. L'approche contextuelle », *RID comp.*, vol. 68, n° 4, 2016, p. 907-926

**LALOUETTE (J.)**, « Laïcité, anticléricalisme et antichristianisme », *Transversalités*, vol. 108, n° 4, 2008, p. 69-84

**LATOURET (V.)**, « Les modèles d'intégration français et britannique face à l'europanisation, la mondialisation et la transnationalisation », in **FLAVIER (H.)** et **MOISSET (J.-P.)**, *L'Europe des religions*, Paris, A. Pedone, 2013, p. 131-142

**LECIS COCCO ORTU (A. M.)**, « Mariages homosexuels et objection de conscience : protéger les consciences contre la loi ou la loi contre les consciences ? » IXème Congrès mondial de droit constitutionnel de l'IACL-AIDC, Association internationale de Droit constitutionnel - IACL-AIDC, June 2014, Oslo, Norway. », *HAL archives ouvertes* 2014

**LEROYER (A.-M.)**,

- « Validité des mariages, contrôle » *RTD civ.* 2007, p. 191 et s.
- « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.* 2013, p. 1697 et s.
- « Reconnaissance des unions homosexuelles en Italie », *D.* 2018, p. 81 et s.

**LI (X.)**, « La civilisation chinoise et son droit », *RID comp.* 1999, 51, p. 505-541

**LUCIEN-BRUN (J.)**, « L'introduction du divorce en Italie et le Concordat du Latran », *AFDI* 1970, 16, p. 244-255

**LUTTON (P.)**, « Liberté de conscience des élus locaux: jurisprudence constitutionnelle c/ jurisprudence européenne? », *Constitutions* 2013, p. 564-571

**MAHIEDDIN (N. M.)**, « La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien », *RID comp.* 2006, 58, p. 73-100

**MORON-PUECH (B.)**, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 23 mars 2015  
URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1076> ; DOI :  
<https://doi.org/10.4000/revdh.1076>

**NAJM (M.-C.)**, « Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s) », *Droit et cultures*, 59, 2010, p. 209-229

**NOIRIEL (G.)**, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Sciences sociales et histoire*, vol. 13, 1993, p. 3-28

**ONDEL (E.)**, « Le divorce en Italie », *RID comp.* 1972, 24, p. 77-86

**POULAT (E.)**, « Laïcité : de quoi parlons-nous ? », *Transversalités* 2008, 108, p. 9-19

**POUTHIER (J.-L.)**, « Saint-Siège et État de la Cité du Vatican », *Pouvoirs* 2017, 162, p. 5-14

**PRÉLOT (P.-H.)**, « La liberté religieuse en France - Un état des lieux », *Quaderni dir. pol. eccles.* 2018, n° 1, p. 43-55

**RALSER (E.)**, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte - Un fantôme de statut personnel coutumier », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 733-774

**RAULT (W.) et LETRAIT (M.)**, « Choix du pacte civil de solidarité et rapport à la religion », *Politiques sociales et familiales*, n° 96, 2009, p. 41-54

**RÉGLIER (A.-C.)**, « L'appréhension par les juridictions de l'ordre judiciaire du dommage subi par l'ex-épouse de confession israélite causé par le refus de délivrance du "guett" opposé par son ex-époux », *RRJ* 2009, 34, p. 1041 et s.

**RÉMY (J.)**, « Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et la crise du principe de légalité », in **KLEIBER (M.) et VAN DE KERCHOVE (M.)**, *La loi dans l'éthique chrétienne*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1981, p. 35 et s.

**RENUCCI (F.)**, « Les solutions aux conflits en matière de divorce religieux du XIX<sup>e</sup> à nos jours - Le cas de refus de délivrance du gueth en droit interne », *CNRS, Centre d'Histoire Judiciaire* 2011, p. 41-51

**REVET (T.)**, « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage (articles 199 et 200 du Code Pénal) », *JCP G* 1987, I n° 3309, p. 45 et s.

**ROTH (C.)**, « Polygamie et ordre public », in **PAULIAT (H.) et NÉGRON (E.)**, *Famille, éthique et justice*, Limoges, Pulim, 2016, p. 13-23

**SANDERS (H.)**, « Mariage, divorce et remariage (Leuven, 18-20 avril 2005) », *RTL* 2005, 36, p. 611-614

**SCHAPPO (K. T.) et WINKLER (M. M.)**, « Le nouveau droit international privé italien des partenariats enregistrés », *Rev. crit. DIP* 2017, p. 319-335

**SPONCHIADO (L.)**, « De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe », *RFD const.* 2013, 96, p. 951-974

**TAWIL (E.)**,

- « Les relations conventionnelles entre l'État et les confessions religieuses en Italie », *CRDF*, 2005, 4, p. 139-156
- « L'interprétation du droit canonique par les autorités séculières », *RDC* 2005, 55, p. 299-324

**THÉRY (I.)**, « Mariage religieux et mariage civil : les christianismes et la laïcité », in **GROSS (M.)**, **MATHIEU (S.)**, **NIZARD (S.) et a.**, *Sacrées familles ! - Changements familiaux, changements religieux*, Toulouse, Érès, 2011, p. 195 et s.

**VENTURA (M.)**, « Perspectives d'entente entre État et communautés islamiques. L'expérience italienne », *11 PJR* 1994, p. 101-150

**VIROT (A.)**, « « Reconstitution », « continuation » ou « existence »? La position du gouvernement français face au règlement de la question romaine », in **BASDEVANT-GAUDEMET (B.) et JANKOWIAK (F.)**, actes du colloque du centre Droit et sociétés religieuses, Université de Paris Sud, Sceaux, *Le droit ecclésiastique en Europe et à ses marges (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Leuven, Paris, Walpole, Peeters, 2009, p. 295 et s.

**VITU (A.)**, « Célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable. Art. 433-21. », *JurisClasseur Pénal* 2011, 20, p. 1-6

**ZICCARDI (F.)**, « L'expérience italienne en matière de divorce », *RID comp.* 1975, 27, p. 403-417

**WERCKMEISTER (J.)**, « Quelques observations sur les personnes en situation matrimoniale irrégulière dans le droit de l'Église catholique », *RSR* 81/1, 2007, p. 119-132

**WIEVIORKA (M.)**, « Dérives républicanistes », *Le Monde des débats*, dossier « La République est-elle en danger ? », septembre 1999

**WILLAIME (J.-P.)**,

- « La laïcité culturelle. Un patrimoine commun à l'Europe ? », *Projet*, n° 240, hiver 1994-1995, p. 7-15.
- « Unification européenne et religions », in **BAUDOIN (J.) et PORTIER (P.)**, *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui : contestations et renégociations du modèle français*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2001, p. 133-144

- « La prédominance européenne d'une laïcité de reconnaissance des religions », in **BAUBÉROT (J.), MILOT (M.) et PORTIER (P.)**, *Laïcité, laïcités : reconfigurations et nouveaux défis : Afrique, Amérique, Europe, Japon, pays arabes*, Paris, Éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2014, p. 101 et s.



# BIBLIOGRAPHIE ITALOPHONE

## DROIT

### A) OUVRAGES GÉNÉRAUX

**BIANCA (C. M.),** *Diritto civile 2.1 La famiglia*, Milano, Giuffrè, 2014

**BONILINI (G.) (dir.),** *Trattato di diritto di famiglia volume I*, Torino, UTET giuridica, 2016

**DEL GIUDICE (F.),** *Manuale di diritto ecclesiastico*, Napoli, Edizione giuridiche Simone, 2018

**FALCO (M.),** *Corso di Diritto ecclesiastico*, Padova, Casa editrice dott. A. Milani, 1930

**FINOCCHIARO (F.),** *Diritto ecclesiastico*, Bologna, Zanichelli, 2015

**SACCO (R.),** *Introduzione al diritto comparato*, Torino, G. Giappichelli, 1980

### B) OUVRAGES SPÉCIAUX : MONOGRAPHIES ET ACTES DE COLLOQUE

**BONINI-BARALDI (M.),** *La famiglia de-genere*, Milano, Mimesis, 2010

**BOTTA (R.),** *Tutela del sentimento religioso ed appartenenza confessionale nella società globale*, Torino, G. Giappichelli, 2002

**CAVANA (P.),** *Interpretazioni della laicità - Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, AVE, 1998

**CAVOUR (C. B.),** *Stato e Chiesa*, Firenze, Ponte alle Grazie, 1992

**CIOCCA (F.),** *L'Islam italiano*, Roma, Meltemi, 2019

**DE FILIPPIS (B.),** *Le unioni civili e contratti di convivenza*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, Padova, CEDAM, 2016

**DE GREGORIO (L.),** *Il cammino della laicità*, Bologna, Il Mulino, 2011

**DI MARZIO (P.),** *Il matrimonio concordatario*, Padova, CEDAM, 2008

**DEZZA (E.),** *Lezioni di storia della codificazione civile*, Torino, G. Giappichelli, 2000

- FUCCILLO (A.)**, *Giustizia e religione*, Torino, G. Giappichelli, 2009
- GOLINELLI (P.)** (dir.), *La Pataria*, Milano, Europa - Jaca Book, 1984
- JEMOLO (A. C.)**, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, G. Einaudi, 1955
- LONGO (F.)**, *I nuovi modelli di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2017
- MAGGIONI (G.)**, *Come il diritto tratta le famiglie*, Urbino, Quattroventi, 1996
- MARTINI (F.)**, *Confessioni e ricordi, 1859-1892*, Milano, F.lli Treves, 1928
- MELLONI (A.)**, *Dizionario del sapere storico-religioso del Novecento*, Bologna, Il Mulino, 2010
- RUFFINI (F.)**, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Bologna, Il Mulino, 1974
- SABBARESE (L.)**, **SANTORO (R.)** e **EDIZIONI DEHONIANE BOLOGNA**, *Il processo matrimoniale più breve*, Bologna, Edizioni Dehoniane, 2016
- SPADARO (A.)**, *Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale. Sulle radici «religiose» dello Stato «laico»*, Torino, Giappichelli, 2008
- TANUCCI (B.)**, *Regali dispacci nelli quali si contengono le sovrane determinazioni de' punti generali, e che fervono di norma administration altri fimili cafi, nel Regno di Napoli*, Napoli, 1742
- UNGARI (P.)**, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna, Il Mulino, 2002

## **C) ARTICLES, CHRONIQUES ET COMMENTAIRES DE LOIS**

- ANGELUCCI (A.)**, « Una politica ecclesiastica per l'islam? », *Quaderni dir. pol. eccles.*, 2014, n° 1, p. 141-160
- BERLINGÒ (S.)**, « A trent'anni dagli Accordi di Villa Madama: edifici di culto e legislazione civile », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n° 1, 2015, p. 1-23
- BONI (G.)**, « L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimonio dopo il Motu Proprio Mitis iudex », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017, n° 2, p. 1-112
- CANONICO (M.)**,
- « Gli aspetti delle unioni civili e delle convivenze di fatto », *Dir. fam.*, 2016, p. 1108 et s.

- « La delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale : orientamenti giurisprudenziali e nuove questioni », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2019, n° 23, p. 1 et s.

**CARBONE (V.)**, « Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto », *Fam. e dir.*, 10, 2016, p. 848-858

**CAVANA (P.)**, « Prospettive di un'intesa con le comunità islamiche in Italia », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, n° 23, p. 1-36

**CICERO (C.)**, « Non amor sed consensus matrimonium facit? Chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare », *Dir. Fam.*, 2016, p. 1095 et s.

**COCUCCIO (M. F.)**, « Il matrimonio putativo », *Dir. fam.*, 3, 2014, p. 1233 et s.

**COLAIANNI (N.)**, « Il giusto processo di delibazione e le “nuove” sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2015, n° 39, p. 1-29

**CONCETTA (M.)**, « Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità e giudicato di divorzio : a proposito di una recente pronuncia della Cassazione (Cass. civ., sez. I, 23 gennaio 2019, n° 1882), *Diritto & Diritti dal 1996*, p. 1 et s.

**FERRANTE (M.)**, « Due matrimoni alle origini dello scisma anglicano? », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, n° 9, p. 1-19

**MACRÌ (G.)**, « La libertà religiosa, i diritti delle comunità islamiche. Alcune considerazioni critiche su due progetti di legge in materia di moschee e imam », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, p. 1-35

**MAIONI (M.)**, « Intense : il caso dei Testimoni di Geova », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017, n° 30, p. 1-18

**MANCUSO (A. S.)**, « Il matrimonio celebrato secondo l'Intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche », *Riv. dir. pubbl.*, 4-6, 2006, p. 1-16

**NEGRI (A.)**, « Le Sharia Court in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, n° 4, p. 1-41

**OBERTO (G.)**, « Matrimoni misti, ordine pubblico e principi sovranazionali », *Fam. e dir.* 2010, p. 401-417

**PACIA (R.)**, « Unioni civili e convivenze », *Jus civile*, 2016, p. 195-214

**QUADRI (E.)**, « “Unioni civili tra persone dello stesso sesso” e “convivenze”: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete », *Corr. giur.*, 2016, p. 893-903

**REALE (C. M.)**, « Corte costituzionale e transgenderismo : l'irriducibile varietà delle singole situazioni », *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1/2016, 2016, p. 283-295

**SESTA (M.)**, « La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare », *Fam. e dir.*, 10, 2016, p. 881-888

**SONA (F.)**, « Giustizia religiosa e islam. Il caso degli Shariah Councils nel Regno Unito », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, n° 34, p. 1-25

**TRIMARCHI (M.)**, « Unioni civili e convivenze », *Fam. e dir.*, 10, 2016, p. 859-867

**TROIANO (S.)**,

- « Unioni civili e ordinamento dello stato civile dopo il d. legisl. 19 gennaio 2017 », *Studium iuris* n° 5 (prima parte), Anno XXIII, 2017, p. 951-957
- « Unioni civili: in attesa dei decreti legislativi, uno sguardo al decreto “ponte” per la tenuta dei registri dello stato civile (prima parte) », *Studium iuris*, Anno XXII, 2016, p. 1265-1273
- « Comma 26-27 », in **BIANCA (C. M.) e TROIANO (S.) (dir.)**, *Le unioni civili e le convivenze*, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 412 et s.

**VALENTINI (V.)**, « La laicità dello Stato e le nuove interrelazioni tra etica e diritto », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2011, p. 1-41

**VENTURA (M.)**, « Funerali o battesimo della laicità? Una nuova politica religiosa italiana ed europea », in **DE VITA (R.)**, **BERTI (F.)** et **NASI (L.)**, *Democrazia, laicità e società multireligiosa*, Milano, Franco Angeli, 2005, p. 74 et s.

# Législation

## Législation anglaise

- Acts of Parliament :

*Supplication Against the Ordinaries* 1532

*Appointment of Bishops Act* 1533

*Buggery Act* 1533

*Ecclesiastical Licences Act* 1533

*Act for Submission of the Clergy and Restraint of Appeals* 1534

*Act of Supremacy* 1534

*Treasons Act* de 1534

*Act of Supremacy* 1558/9

*Act of Uniformity* 1558

*Act of Uniformity* 1562

*Bigamy Act* 1603

*Marriage Act* 1653

*Corporation Act* 1661

*Tests Acts* 1661

*Act of Uniformity* de 1662

*Royal Declaration of Indulgence* 1672

*Bill of Rights* 1688/9

*Coronation Oath Act* 1689

*Toleration Act* 1689

*Popery Act* de 1700

*Act of Settlement* 1701

*Union with England Act* 1707

*Clandestine Marriages Act 1753*, également connu sous le nom de *Lord Hardwicke's Marriage Act*

*Royal Marriages Act 1772*

*Papist Act 1778*

*Roman Catholic Relief Act 1791*

*Union with Ireland Act 1800*

*House of Commons (Clergy Disqualification) Act 1801*

*Sacramental Test Act 1828*

*Roman Catholic Relief Act 1829*

*Roman Catholics Charities Act 1832*

*Marriage Act 1836*

*Ecclesiastical Titles Act 1851*

*Places of Worship Registration Act 1855*

*Court of Probate Act 1857*

*Divorce and Matrimonial Causes Act 1857*

*Jews Relief Act 1858*

*Offences Against the Person Act 1861*

*Parliamentary Oaths Act 1866*

*Irish Church Act 1869*

*Accession Declaration Act 1910*

*Welsh Church Act 1914*

*Church of England Assembly (Powers) Act 1919*

*Matrimonial Causes Act 1923*

*Law of Property Act 1925*

*Roman Catholic Relief Act 1926*

*Royal and Parliamentary Titles Act 1927*

*Marriage Act 1949*

*Baptist and Congregational Trusts Act 1951*

*Matrimonial Causes Act 1965*

*Race Relations Act 1965*

*Sexual Offences Act 1967*

*Divorce Reform Act 1969*

*Family Law Reform Act 1969*

*Equal pay Act 1970*

*Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970*

*Immigration Act 1971*

*Nullity of Marriage Act 1971*

*Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972*

*United Reformed Church Acts 1972, 1981 et 2000*

*Matrimonial Causes Act 1973*

*Children Act 1975*

*Sex Discrimination Act 1975*

*Legitimacy Act 1976*

*Methodist Church Act 1976*

*Matrimonial and Family Proceedings Act 1984*

*Family Law Act 1986*

*Marriage (Prohibited Degrees of Relationship) Act 1986*

*Sex Discrimination Act 1986*

*Family Reform Act 1987*

*Immigration Act 1988*

*Local Government Act 1988*

*Judicial Separation and Family Law Reform Act 1989*

*Marriage (Registration of Buildings) Act 1990*

*Dawar-e-Hadiyat (England) Act 1993*

*Marriage Act 1994*

*Disability Discrimination Act 1995*

*Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*

*Arbitration Act 1996*

*Family Act 1996*

*Human Rights Act 1998*

*Scotland Act 1998*

*House of Commons (Removal of Clergy Disqualification) Act 2001*

*Divorce (Religious Marriages) Act 2002*

*Sexual Offences Act 2003*

*Civil Partnership Act 2004*

*Gender Recognition Act 2004*

*Constitutional Reform Act 2005*

*Court and Enforcement Act 2007*

*Marriage Act 1949 (Remedial) Order 2007*

*Equality Act 2010*

*Charities Act 2011*

*Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*

*Protection of Freedoms Act 2012*

*Welfare Reform Act 2012*

*Crime and Courts Act 2013*

*Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*



*Succession to the Crown Act 2013*

*Immigration Act 2014*

*Policing and Crime Act 2017*

*Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act 2019*

*Divorce, Dissolution and Separation Act 2020*

- Bills :

*Matrimonial and Family Proceedings Bill 1983*

- Measures :

*Synodical Government Measure 1969*

*Clergy Ordinance Measure 1989 (rejeté)*

*Church of England Marriage Measure 2008*

- Regulations :

*Marriages (Approved Premises) Regulations 1995*

*Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations 1999*

*Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003*

*Marriage and Civil Partnership (Approved Premises) Regulations 2005*

*Marriage and Civil Partnerships (Approved Premises) (Amendment) Regulations 2011*

- Report :

*The independent review into the application of sharia law in England and Wales (Report into Sharia Law in the UK), presented to Parliament on Feb. 2018 by the Secretary of State for the Home Department by command of Her Majesty*

- Commissions :

*Royal Commission on divorce, 10 December 1850 – Report published: The First Report of the Commissioners Appointed by Her Majesty to Enquire into the Law of Divorce, and More Particularly into the Mode of Obtaining Divorces A Vinculo Matrimonii (1852-3) BPP vol. 40, 240*

*Law com. – Reform on the grounds of divorce in the field of choice*

*Law Com. n° 53, Law Commission in a Report on Solemnisation of Marriage in England*

*and Wales, 8 May 1973*

*Law Com. n° 170, Facing the Future – A Discussion Paper on the Ground for Divorce, 24 May 1988*

*Law Com. n° 192, The Ground for Divorce, 31 October 1990*

*Law Com. n° 307, Cohabitation : the financial consequences of relationship breakdown, July 2007*

*Law Com. n° 331, Intestacy and Family Provision Claims on Death, 13 December 2011*

*Law Com. n° 343, Marital Property, Needs and Agreements, 26 February 2014*

*Charity Commission for England and Wales - The Druid Network - Decision made on 21 September 2010 – Application for Registration of the Druid Network*

*Law Com. n° 247 on Weddings, 4 January 2021*

- *Autres :*

*House of Lords Debates, Hansard Bound Volumes, 17 Novembre 2004, col. 1479*

## Législation française

- Accord :

Accord par échange de lettres entre le ministre des Affaires étrangères de la République française et le nonce apostolique en France relatif aux associations diocésaines, 13 décembre 1923, n° TRA19230031

- Arrêtés :

Arrêté du 1<sup>er</sup> pluviôse an X

Arrêté du 18 germinal an X

Arrêté du 1<sup>er</sup> prairial an X

- Chartes :

Charte constitutionnelle du 4 juin 1814

Charte constitutionnelle du 14 août 1830

- Circulaires :

Circ. Ministère de la Solidarité, de la santé et de la Protection sociale du 4 juillet 1989, Traitements chirurgicaux liés au transsexualisme

Circ. du 25 avril 2000, Renouvellement des cartes de résident obtenues par des ressortissants étrangers polygames avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993 (non publié au JO)

Circ. DPM n° 2000-254 du 12 mai 2000 relative aux naturalisations, réintégrations dans la nationalité française et perte de la nationalité française (non publié au JO)

Cir. DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changements de sexe à l'état civil, BOMJL n° 2010-03 du 31 mai 2010

Cir. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), BOMJ n° 2013-05 du 31 mai 2013

Circ. Ministère de l'Intérieur du 13 juin 2013, conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier d'état civil, n° NOR INTK1300195C

- Concordats :

Concordat de Bologne, 1516

Concordat du 26 messidor an IX (15 juillet 1801)

- Constitutions :

Constitution de 1791

Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795)

Constitution de la République française, JORF du 28 octobre 1946

Constitution du 4 octobre 1958, JORF du 5 octobre 1958

- Déclaration :

Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen

- Décrets :

Décret des biens du clergé mis à la disposition de la Nation, 2 novembre 1789

Décret du 13 février 1790 sur la suppression des vœux monastiques

Décret du 12 juillet 1790 sur la constitution civile du clergé

Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens

Décret du 25 septembre 1792, « Proclamation de l'an premier de la République française »

Décret du 21 février 1795 proclamant la Liberté des cultes et la Séparation de l'Église et de l'État

Décret impérial n° 3 237 du 17 mars 1808, qui prescrit des mesures pour l'exécution du règlement du 10 décembre 1806 concernant les juifs

Décrets du 29 mars 1880 relatifs aux congrégations, Bulletin officiel du Ministère de l'Intérieur

Décret du 6 février 1911 modifié déterminant les conditions d'application à la Martinique, à la Guadeloupe et à la Réunion des lois sur la séparation des Églises et de l'État et l'exercice public des cultes, JORF du 10 février 1911

Décret du 30 novembre 1913 sur le régime des associations et des congrégations dans la Colonie de St-Pierre et Miquelon (arrêté de promulgation le 22 janvier 1914)

Décret du 5 juillet 1927 modifiant l'organisation instituée par le Décret du 23 janvier 1884, des Églises protestantes dans les Établissements français de l'Océanie (arrêté de promulgation du 23 août 1927), JORF n° 17 du 1<sup>er</sup> septembre 1927

Décret du 16 janvier 1939 instituant outre-mer des conseils d'administration des missions religieuses, JORF du 19 janvier 1939

Décret n° 64 du 1<sup>er</sup> juin 1964 portant règlement d'administration publique relatif aux ministres du culte attachés aux forces armées, JORF du 10 février 1976

Décret n° 80-354 du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile – Art. 1442 à 1492 NCPC, JORF du 18 mai 1980

Décret n° 2005-247 du 16 mars 2005 portant statut particulier des aumôniers militaires, JORF du 18 mars 2005

Décret n° 2008-1524 du 30 décembre 2008 relatif aux aumôniers militaires, JORF n° 304 du 31 décembre 2008

Décret n° 2010-125 du 8 février 2010, portant modification de l'annexe figurant à l'article D 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée », JORF n° 0034 du 10 février 2010

Décret n° 2011-346 du 28 mars 2011 pris pour l'application de la Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, JORF du 30 mars 2011

- Délibérations :

Délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil des Comoriens musulmans, JOC 1961

Délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane relative à l'activité juridictionnelle des cadis

- Divers :

Pragmatique Sanction de Bourges, 1438

Quatre Articles, 19 mars 1682

- Édits :

Édit du Roy Henri II, touchant les mariages clandestins, 1556.

Édit de Nantes, 13 avril 1598

Édit de Fontainebleau, 17 octobre 1685, révoquant l'édit de Nantes

Édit de Versailles, 29 novembre 1787, dit de Tolérance

- Lois :

Loi du 20 septembre 1792 instaurant le mariage civil

Loi du 28 pluviôse an VIII, Loi concernant la division du territoire de la République et l'administration

Loi du 18 germinal an X (8 avril 1802) modifiée relative à l'organisation des cultes  
Création Loi 1803-11 promulguée le 21 mars 1803

Création Loi 1810-02-16 promulguée le 26 février 1810

Loi du 8 mai 1816, dite loi Bonald

Loi du 8 juillet 1880 relative à l'abrogation de la loi des 20 mai - 3 juin 1874 sur l'aumônerie militaire, JORF du 10 juillet 1880

Loi du 14 novembre 1881, dite loi sur la neutralité des cimetières

Lois du 16 juin 1881 établissant la gratuité absolue de l'enseignement primaire dans les écoles publiques et du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, complétées par la loi du 18 mars 1880 relative à la liberté de l'enseignement supérieur.

Loi n° 14.485 du 27 juillet 1884 - qui rétablit le divorce, JORF du 29 juillet 1884, dite loi Naquet

Loi du 14 août 1884 portant révision partielle des lois constitutionnelles

Loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire

Loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée dite « loi Freycinet ». Également dite « loi des curés sacs au dos »

Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, JORF du 2 juillet 1901

Loi du 7 juillet 1904 relative à la suppression de l'enseignement congréganiste, dite « loi Combes »

Loi 15 décembre 1904 abrogeant l'article 298 qui interdisait le mariage avec le complice adultère

Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, JORF du 11 décembre 1905

Loi du 21 juin 1907 : liberté de mariage et choix du conjoint

Loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes, JORF du 3 janvier 1907

Droit local pour les associations ou loi de 1908

Loi du 6 juin 1908 qui rend obligatoire pour le juge la demande de conversion de séparation de corps en divorce présentée par l'un des époux trois ans après le jugement

Loi du 1er juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, JORF n° 0151 du 3 juin 1924

Loi du 17 juillet 1927 tendant à abroger l'article 152 du Code civil et à modifier les articles 148, 150, 154, 158 et 352 relatifs au consentement des parents en cas de mariage de leurs enfants, ainsi que l'article 1er de la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés

Loi du 2 février 1933 assimilant l'âge de la majorité matrimoniale à l'âge de la majorité de droit commun

Loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps, Journal Officiel de l'État français le 13 avril 1941

Loi n° 61-825 du 19 juillet 1961 de finances rectificatives pour 1961, JORF du 30 juillet 1961

Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, sur la filiation, JORF n° 4 du 29 février 1972

Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JORF n° 0161 du 12 juillet 1975

Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, modifiant le Code civil relatif à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JORF n° 7 du 9 janvier 1993

Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, JORF n° 200 du 29 août 1993

Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF n° 265 du 15 novembre 1999

Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, relative à Mayotte, JORF n° 0161 du 13 juillet 2001

Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'Outre-mer, JORF 22 juillet 2003

Loi n° 2003-709 du 1<sup>er</sup> août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations, JORF n° 177 du 2 août 2003

Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JORF n° 274 du 27 novembre 2003

Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, JORF n° 122 du 27 mai 2004

Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JORF n° 170 du 25 juillet 2006

Loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, JORF n° 264 du 15 novembre 2006.

Loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007, JORF n° 17 du 20 janvier 2007

Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, JORF n° 0296 du 21 décembre 2007

Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, JORF n° 15 du 18 janvier 2009

Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, JORF n° 0284 du 8 décembre 2010

Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JORF n° 0047 du 29 mars 2011

Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n° 0114 du 18 mai 2013

Loi n° 2014-873 du 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n° 0179 du 5 août 2014

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016

Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n° 0071 du 24 mars 2019

- Ordonnances :

Ordonnance de Villers-Cotterêts, 1539

Ordonnance de Blois, 1579

Ordonnance du Roi concernant le gouvernement de la Guyane française (27 août 1828)

Ordonnance du 15 septembre 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, JORF du 16 septembre 1944

Ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte, JORF du 10 mars 2000

Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, JORF du 22 septembre 2000

Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, ratifiée par la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010, relative au Département de Mayotte, JORF n° 0127 du 4 juin 2010



- Traité :

Traité de 1841 passé entre le sultan Andriansouly et le commandant Passot

## Législation italienne

- Concordato e Patti lateranensi :

*Concordato italiano del 7 settembre 1803*

*Trattato fra la Santa Sede e l'Italia, 11 febbraio 1929*

*Concordato fra la Santa Sede e l'Italia, 11 febbraio 1929*

*Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana che apporta modificazioni al Concordato Lateranense, 18 febbraio 1984*

- Costituzione :

*Costituzione della Repubblica cisalpina dell'8 luglio 1797*

*Costituzione della Repubblica italiana del 1° gennaio 1948, G.U. del 27 dicembre 1947 n° 298*

- Circolari :

*Circolare Grazia e Giustizia, n° 1/54/FG/1 (86) 256 del 26 febbraio 1986*

*Ministero dell'Interno, Circolare n° 5599/443/186378/5/11/3/1/2/1 Div del 7 ottobre 1988*

*Ministero dell'Interno, Circolare n° 599/443/1512756/A16/88 dell'1 ottobre 1998*

*Circolare n° 7 del 1° giugno 2016 – Legge 20 maggio 2016, n° 76 – Prime indicazioni sugli adempimenti anagrafici in materia di convivenze di fatto.*

- Decreti :

*Decreto del Presidente della Repubblica 31 ottobre 1986, n° 783 – Riconoscimento della personalità giuridica della Congregazione cristiana dei testimoni di Geova, in Roma, ed autorizzazione alla stessa ad accettare una donazione, G.U. del 26 novembre 1986, n° 275*

*Decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n° 396 - Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n° 127, G.U. del 30 dicembre 2000, n° 303*

*Decreto 23 aprile 2007 - Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione in materia di matrimonio e famiglia, G.U. 16 giugno 2007 n° 137*

*Decreto legislativo 1° settembre 2011, n° 15 - Disposizioni complementari al Codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n° 69, G.U. del 21 settembre 2011 n° 220*

*Decreto legislativo 19 gennaio 2017, n° 5 - Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera a) e c), della legge 20 maggio n° 76, G.U. del 27 gennaio 2017, n° 22*

*Decreto legislativo 19 gennaio 2017, n° 6 - Modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n° 76, G.U. del 27 gennaio 2017 n° 22*

*Decreto legislativo 19 gennaio 2017, n° 7 - Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n° 76, G.U. del 27 gennaio 2017, n° 22*

- Disegno di legge:

*Disegno di legge n° 1339, XV Legislatura, iniziativa governativa, presentato in data 20 febbraio 2007 – Conviventi*

- Intese :

*L. 11 agosto 1984, n° 449 – Norme per la regolazione dei rapporti tra la Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese, G.U. del 13 agosto 1984, n° 222 – modificata dalla L. 8 giugno 2009, n° 68, G.U. del 19 giugno 2009, n° 140*

*L. 22 novembre 1988, n° 516 – Norme per la regolazione dei rapporti tra la Stato e l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno, G.U. del 2 dicembre 1988, n° 283 - modificata dalla L. 8 giugno 2009, n° 67, G.U. del 19 giugno 2009, n° 140*

*L. 22 novembre 1988, n° 517 – Norme per la regolazione dei rapporti tra la Stato e l'Assemblea di Dio in Italia, G.U. del 2 dicembre 1988, n° 283*

*L. 8 marzo 1989, n° 101 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, G.U. del 23 marzo 1989, n° 69 - modificata dalla L. 20 dicembre 1996, n° 638, G.U. del 21 dicembre 1996, n° 299*

*L. 12 aprile 1995, n° 116 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia, G.U. del 23 marzo 1989, n° 69 - modificata con L. 12 marzo 2012, n° 34, G.U. del 4 aprile 2012, n° 80*

*L. 29 novembre 1995, n° 520 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa Evangelica Luterana in Italia (CELI), G.U. del 7 dicembre 1995, n° 146*

*L. 15 gennaio 2009, n° 94 - Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, G.U. del 24 luglio 2009 n° 170*

*L. 30 luglio 2012, n° 126 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Sacra arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 7 luglio 2012, n° 168*

*L. 30 luglio 2012, n° 127 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa di Gesù Cristo degli ultimi giorni, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 7 luglio 2012, n° 168*

*L. 30 luglio 2012, n° 128 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa apostolica in Italia, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 7 luglio 2012, n° 168*

*L. 31 dicembre 2012, n° 245 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Buddhista Italiana, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 17 gennaio 2013, n° 14*

*L. 31 dicembre 2012, n° 246 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Induista Italiana, Sanatana Dharma Samgha, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 17 gennaio 2013, n° 14*

*L. 28 giugno 2016, n° 130 – Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 15 luglio 2016, n° 164*

- **Leggi :**

*L. 13 marzo 1871, n° 214, per le guarentigie delle prerogative del Sommo Pontefice e della Santa Sede e per le relazioni della Chiesa con lo Stato*

*L. 27 maggio 1929, n° 810 – Esecuzione dei quattro allegati annessi e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede et l'Italia, l'11 febbraio 1929, G.U. 5 giugno 1929, n° 130*

*L. 27 maggio 1929, n° 847 – Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia nella parte relativa al matrimonio, G.U. 8 giugno 1929, n° 133*

*L. 27 maggio 1929, n° 848 – sugli Enti ecclesiastici e sulle Amministrazioni civili dei patrimoni destinati a fini di culto, G.U. 8 giugno 1929, n° 133*

*L. 24 giugno 1929, n° 1159 - Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi, G.U. 16 luglio 1929 n° 164*

*L. 20 febbraio 1958, n° 75 – Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contra lo sfruttamento della prostituzione altrui, G.U. 4 marzo 1958, n° 55*

*L. 1 dicembre 1970, n° 898 – Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio, G.U. 3 dicembre 1970 n° 306*

*L. 14 aprile 1982, n° 164 - Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, G.U. del 19 aprile 1982 n° 106*

*L. 4 maggio 1983, n° 184 - Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, G.U. del 17 maggio 1983 n° 133*

*L. 11 agosto 1984, n° 449 – Norme per la regolazione dei rapporti tra Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese, G.U. del 18 agosto 1984 n° 222*

*L. 25 marzo 1985, n° 121 – Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede, G.U. del 10 aprile 1985 n° 85*

*L. 6 marzo 1987, n° 74 - Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio, G.U. del 11 marzo 1987, n° 58*

*L. 31 maggio 1995, n° 218 – Riforma del sistema italiano internazionale privato, G.U. del 3 giugno 1995 n° 68 – bis, aggiornata da D. lgs 19 gennaio 2017, n° 7, recante « Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n° 76 »,G.U. 27 gennaio 2017 n° 22*

*L. 15 gennaio 2009, n° 94 - Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, G.U. del 24 luglio 2009 n° 170*

*L. 18 giugno 2009, n° 69 - Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, G.U. del 19 giugno 2009, n° 140*

*L. 31 dicembre 2012, n° 245 - Norme per la regolazione dei rapporti tra la Stato e l'Unione Buddhista Italiana, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, G.U. del 17 gennaio 2013, n° 14*

*L. 10 novembre 2014, n° 162 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n° 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, G.U. del 10 novembre 2014 n° 261*

*L. 6 maggio 2015, n° 55 – Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi, detta Legge sul Divorzio breve, G.U. del 11 maggio 2015 n° 107*

*L. 20 maggio 2016, n° 76 - Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, G.U. del 21 maggio 2016 n° 118*

- **Reggi Decreti :**

*R.D. 2 aprile 1865, n° 2215, autorizzando la pubblicazione del Codice civile*

*R. D. 9 ottobre 1870, n° 5903, G. U. del Regno d'Italia n° 359 del 31 dicembre 1870*

*R. D. 28 febbraio 1930, n°289, G.U. del 12 aprile 1930, n° 87*

*R. D. 16 marzo 1942, n° 262 – Approvazione del testo del Codice civile, G.U. n° 79 del 4 aprile 1942*

## Législation de l'Église catholique (États pontificaux puis Saint-Siège)

Édit de Milan, dit de tolérance, 313 – empereur Constantin 1<sup>er</sup>

Édit de Thessalonique - empereur Théodose 1<sup>er</sup>

Du lien de l'anathème, pape Gélase 1<sup>er</sup> - V<sup>e</sup> siècle

Lettre à Anastase, pape Gélase 1<sup>er</sup> - V<sup>e</sup> siècle

Code Théodosien, 438

Concile de Carthage, 407

Concile de Paris, 829

Concile d'Aix-la-Chapelle, 862

Concile de Metz, 863

*Dictatus papae* – pape Grégoire VII – 1075

Concordat de Worms, 1122

*Summa Coloniensis*, 1169

*Concordia discordantium canonum* – Gratien – XII<sup>e</sup> siècle

IV<sup>e</sup> concile de Latran, 1215

Concile de Rome, 1302 - bulle *Unam sanctam*

Concile de Constance, 1418

Concordat de Bologne, 1516

*Bulla contra errores Martini Lutheri et sequacium*, 1520

Concile de Trente, 1545-1563

Décret *Tametsi*, 1563

Bulle *Regnans in Excelsis*, 25 février 1570

*Quod aliquantum*, 10 mars 1791

Concordat du 15 juillet 1801

Décret de la Congrégation du Saint Office du 29 février 1868

Lettre encyclique *Mirari vos*, publiée le 15 août 1832 – Condamnation du libéralisme et de l'indifférentisme religieux

Syllabus *Complectens praeciosos nostrae aetatis errores* – Syllabus sur les principales erreurs de notre temps, 8 décembre 1864

Lettre encyclique *Au milieu des sollicitudes* de S.S. le pape Léon XIII, 16 février 1892

Notre consolation, Léon XIII, Pape, 3 mai 1892

Lettre encyclique *Vehementer nos* de S.S. le pape Pie X au peuple français, 11 février 1906

Lettre encyclique *Maximam gravissimamque* de S.S. Pie XI sur les associations diocésaines, 18 janvier 1924

Constitution pastorale sur l'Église dans le monde de ce temps *Gaudium et Spes*, 7 décembre 1965

II<sup>e</sup> Concile œcuménique du Vatican, dit Vatican II, 11 octobre 1962 – 8 décembre 1965

Déclaration sur la liberté religieuse *Dignitatis humanae* de S.S. Paul VI, 7 décembre 1965

Lettre encyclique *Humanae vitae* de S.S. le pape Paul VI sur le mariage et la régulation des naissances, 25 juillet 1968

Lettre apostolique en forme de « *motu proprio* » du souverain pontife François *Mitis Iudex Dominus Iesus*, sur la réforme du procès canonique pour les causes de déclaration de nullité du mariage dans le code de droit canonique, 8 septembre 2015

Lettre apostolique en forme de « *motu proprio* » du souverain pontife François *Mitis et Misericors Iesus*, sur la réforme du procès canonique pour les causes de déclaration de nullité du mariage dans le code de droit canonique des Églises orientales, 8 septembre 2015

Code de Droit Canonique – *Codex Iuris Canonici* – 1917 - dit CIC 1917

Code de Droit Canonique - *Auctoritatae Ioannis Pauli PP. II Promulgatus Datum Romae, die xxv Ianuarii, anno MCMLXXXIII* – dit CIC 1983

## Texte fondamental de l'Église protestante

*Disputatio pro declaratione virtutis indulgentiarum*, 1517

## Législation européenne

- Traités antérieurs à la CEE-UE :

Paix d'Augsbourg, 1555

Traité de Westphalie, 1648)

- CEDH :

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 4 novembre 1950

- Charte UE :

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/01), 7 décembre 2000

- Directives UE :

Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte)

Directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial

- Règlements UE :

Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000

Règlement (UE) n° 1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps

- Résolutions UE :

Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté Européenne. Parlement Européen - 8 février 1994, Journal officiel n° C 313 du 12/10/1998, p. 0186

Résolution sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne, 5 juillet 2001, 2000/2231 (INI)

- Rapports UE :

Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2001) (2001/2014 (INI))



Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2002)  
(2002/2013 (INI))

- Traités UE :

Traité constitutionnel de l'Union européenne (2003)

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 13 décembre 2007, Traité de  
Lisbonne

## Législation de pays tiers

- Allemagne :

*Gesetz zur Reform des Personenstandsrechts (PStRG)*, 19 février 2007 (BGBl. I S. 122)

- Canada :

➤ Loi :

Loi sur le divorce (L.C.R. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.))

*Ontario Arbitration Act*, 1991, L.O. 1991, ch. 17

*Questions familiales (Loi de 2006 modifiant des lois en ce qui concerne des)*, L.O. 2006, chap. 1

➤ Rapport :

*Dispute Resolution in Family Law : Protecting Choice, Promoting Inclusion (dit Rapport Boyd )*, December 2004

- Écosse :

*Marriage (Scotland) Act* de 1856

- USA :

*New York Consolidated Laws, Domestic Relations Law - § 253. Removal of barriers to remarriage*

## Jurisprudence

Les *cases* sont présentés à « l'anglaise », soit par ordre alphabétique, quand les arrêts et les *sentenze* apparaissent dans l'ordre chronologique :

### Jurisprudence anglaise

*Akhter v Khan* [2018] EWFC 54 - *Her Majesty's Attorney General (Appellan) v Nasreen Akhter and Mohammed Shabaz Khan (Respondents) and Fatima Mohammed Hussain and Southall Black Sisters (Intervenors)* [2020] EWCA Civ 122

*Al-Midani v Al-Midani* [1999] 1 Lloyd's Rep 923

*A-M v A-M* [2001] 2 FLR 6

*Argar v Holdsworth* [1758] 161 ER 424

*B and L v UK*, (n° 36536/02) [2006] 1 FLR 35

*Balfour v Balfour* [1919] 2 KB 571

*Beales v Beales* [1972] All ER 667

*Bellinger v Bellinger* [2003] UKHL 21

*Birch v Birch* [1992] 1 FLR 564

*Brett v Brett* [1969] 1 All ER 1007

*Broxtowe Borough Council v Birch* [1983] 1 WLR 314

*Buffery v Buffery* [1988] 2 FLR 365

*Cherwell District Council v Vadivale* [1991] 6 P.A.D. 433

*Chief Adjudication Officer v Bath* [2000] 1 FLR 8

*Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v Henning* [1963] 2 All ER 733 HL

*Clarkson v Clarkson* [1930] 143 LT 775

*Corbett v Corbett (Otherwise Ashley)* [1971] P 83 [1970] 2 WLR 1306

*Currie v Misa* [1875] LR 10 Ex 153

*Dennis v Dennis (Spillet cited)* [1953] P 153 [1955] 2 All ER 51, CA

*De Reneville v De Reneville* [1948] 1 All ER 56, CA 60

*Evans v Evans* [2012] EWCA Civ 1293

*Eves v Eves* [1975] 1 WLR 1338

*Ex parte Sarvan Singh Seera* [1986] 53 PCR 281

*F v F (Ancillary Relief: Substantial Assets)* [1995] 2 FLR 45 at 66

*Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd* [2001] AC 27

*Gereis v Yagoub* [1997] 1 FLR 854

*Ghandi v Patel* [2002] 1 FLR 603

*Graham-York v York & Ors* [1986] EWCA Civ 72

*Grant v Edwards* [1986] 3 WLR 114

*Hamer v Sidaway* [1891]

*HH Sant Baba Jeet Singh Maharaj v Easter Media Group Ltd* [2010] EWHC (QB) 1294

*Hodkin and Another, Regina [On The Application Of] v Registrar-General of Births, Deaths and Marriages* SC 11 DEC 2013 [2013] UKSC 77

*Hollens v Hollens* [1971] 115 SJ 237

*Hussain v Hussain* [1982] 3 All ER 369

*Hyde v Hyde* [1866] LR 1 PD 130

*J v V (Disclosure: Offshore Corporations)* [2004] 1 FLR 1042

*Jones v Vernons Pools* [1938] 2 All ER 626

*K v K (Ancillary relief: prenuptial agreement)* [2003] 1 FLR 120

*Keinwort Benson Ltd v Malaysian Mining Corporation* [1989] 1 WLR 379

*Knight v Knight* [1840] 3 Beav 148

*Ladele v London Borough of Islington* [2009] EWCA (Civ) 1357

*Lampleigh v Brathwait* [1615] Hob 105

*Lines v Lines* [1963] 107 SJ 596

*Livingstone-Stallard v Livingstone-Stallard* [1947] Fam 47

*Lloyds Bank plc v Rosset and others* [1990] UKHL 4

*Long v Bishop of Cape Town* PC 13 Feb 1863, [1863] 15 ER 756

*Luckwell v Limata* [2014] EWHC 502 (Fam)

*MA v JA and the Attorney-General* [2012] EWHC 2219

*Mackonochie v Lord Penzance* [1881] 6 App. Cas. 424

*MacLeod v MacLeod* [2008] UKPC 64

*Merritt v Merritt* [1970] 2 All ER 760

*Middleton v Crofts* [1736] 2 Atk 650

*Mouncer v Mouncer* [1972] All ER 289

*O'Neill v O'Neill* [1975] 3 All ER 289

*O v O (Jurisdiction : Jewish divorce)* [2000] 2 FLR 147

*Owens v Owens* [2018] UKSC 41

*Parker v Clark* [1960] 1 WLR 286

*Parker v Parker* [1972] Fam 116

*Pearce v Brooks* [1866] LR 1 Ex 213

*Pheasant v Pheasant* [1972] Fam 202

*Pulford v Pulford* [1923] P 18

*Radmacher [formely Granatino] v Granatino* [2010] UKSC 42

*R [Baiai, Trzcinska, Bigoku & Tilki] v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 53

*R [on the application of E] v Governing Body of JFS and the Admissions Appeal Panel of JFS and others* [2009] UKSC 15

*R (on the Application of Hodkin) v Registrar General of Births, Deaths and Marriages* [2013] UKSC 77

*R (on the application of Steinfeld and Keidan) (Appellants) v Secretary of State for the International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary) (Respondent), 27 June 2018, [2018] UKSC 32*

*R v Ali Mohammed* [1964] 1 All ER 653

*R v Bham* 1966 1 QB 159

*R v Chief Rabbi of the United Hebrew Congregations of Great Britain and the Commonwealth, ex parte Wachman* [1992] 1 WLR 1036

*R v Dibdin* [1910] P 57 CA, P. 109

*R v Disciplinary Committee of the Jockey Club ex parte Aga Khan* [1993] 1 WLR 909

*R v Registrar General, ex parte Segerdal and Another* [1970] 2 QB 697 [1970] 3 All ER 886 (CA)

*R v Wilkes* [1770] 4 Burrow 2527

*Re Mc Ardle* [1951] Ch 699

*Richards v Richards* [1972] WLR 1073

*Rye v Fuljambe* [1602] Moo. K.B. 683

*Sasson v Sasson* [1924] A.C. 1007

*Scandrett v Dowling* [1992] 27 NSWLR 483

*Simpkins v Pays* [1955] 1 WLR 975

*Srini Vasani v. Srini Vasani* [1946], 396.S.E. 2d 675

*Sulaiman v Juffali* [2002] 2 FCR 479

*Thomson v Humphrey* [2009] ChD 25

*Thomas v Thomas* [1842] 2 QB 851

*Walsh v Lord Advocate* [1956] 3 All ER 129 HL

*Wilkinson v Kitzinger* [2006] EWHC 2022 (Fam), [2007] 1 FLR 295

## Jurisprudence française

- Cour de cassation

- Chambre civile :

Cass. civ., 30 mai 1838, S. 1838.1.492, *GAJC* n° 27

Cass. civ., 17 juin 1914, *DP* 1919, I, p. 36

Cass. civ., 25 mai 1948, Lautour, *Rev. crit.* 1949.89, note Batiffol, *D.* 1948.357, note P.L.

Cass. civ., 13 décembre 1972, *D.*, 1973, p. 493

Cass. civ., 15 mars 1988, J.C. c. M., *Gaz. Pal.* 1989, I, 374

- 1<sup>re</sup> chambre civile :

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 avril 1953, dit arrêt Rivière, *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note H. Batiffol, *JDI* 1953, 860, note Plaisant, *JCP* 1953, II, 7863, note Buchet

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1955, *D.*, 1956, dit arrêt Caraslanis

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 octobre 1955, *Bull. Civ.* 1955-1, n° 345, p. 283

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1957, *D.* 1957, 557

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 1958 et 19 février 1963, *GAJFDIP*, n° 30-31, dit arrêt *Chemouni*

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 1961, *Bull. Civ.* 1961, n° 326

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1964, *JCP* 1964 II 13590

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 1971, 70-12339, *Bull. civ.* 1971 n° 320

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 1975, 70-10.615, *Bull. civ.* 1975 n° 374

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 1979, *JDI* 1981, note Khan, dit arrêt Dahar

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1979, 78-13.346, *Bull. Civ.* 1961, n° 331

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1982, dite affaire Zagha, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 300, note J.-M. Bischoff ; *JDI* 1983, p. 595, note R. Lehmann

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1983, 82-12.526, *Bull. civ.* 1983 n° 111

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 novembre 1983, *Rev. crit. DIP* 1984.325, note Fadlallah, dit arrêt Rohbi.

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 octobre 1984, 82-14.829, *Bull. civ.* 1984 n° 242

- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1987, 85-14.176, *Bull. civ.* 1987, n° 116
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 721
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 1988, 86-13.698, *Bull. civ.* 1988, n° 176
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 1988, *Bull. civ.* n° 226
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1989, 87-17.111, *Bull. civ.* 1989, n° 189
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mai 1990, 88-12.829, *Bull. civ.* 1990, n° 117
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 593
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1992, *Bull. civ. I*, n° 92
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2000, *Bull. civ. I*, n° 244
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2002, *Bull. civ.* n° 214
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2004, *D.* 2004.824, concl. Cavarroc, *Rev. crit. DIP* 2004.423, note Hammje, *JDI* 2004.12000, note L. Gannagé, *Gaz. Pal.* 2004. Somm. 567, note M.-L. Niboyet, *JCP* 2004.II.10128, note Fulchiron
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 2006, *JurisData* n° 2006-034118 ; *Bull. civ.* 2006, I, n° 312
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 2006, *JurisData* n° 2006-034118 ; *Bull. civ.* 2006, I, n° 312
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 2007, *Bull. civ.* 2007, n° 113 ; *D.* 2007, 1389, rapp. Pluyette, note Agostini
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 2007, n° 05-14-258, inédit
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2012, n° 10-26.947 et 11-22.490, *Bull. civ.* 2012 I, n° 123 ; *Gaz. Pal.* 20-21 juin 2012, jurispr. p. 8, avis D. Sarcelet ; *D.* 2012, p. 1648, note F. Vialla
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 février 2013, n° 11-14.515 et 12-11.949, *Bull. civ.* 2013 I, n° 13
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 octobre 2013, n° 12-25.802 et 12-21.344, *Bull. civ.* 2013 I, n° 205
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 2013, n° 12-26.066 (1389 FS P + B + I), *JurisData* n° 2013 – 027409
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017, n° 16-18.685, *AJF* 2017, 363, obs. P. Hilt
- 2<sup>e</sup> chambre civile :
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 16 décembre 1963, *JCP* 1964.II.13660
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 22 octobre 1970, *Gaz. Pal.* 1971. 1. Somm. 3



- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 13 décembre 1972, n° 71-12-043, *Bull. civ. II*, n° 320
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4 octobre 1978, *D.* 1979. IR 211
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 11 juillet 1979, n° 78-11.843, *Bull. civ. II*, n° 214
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 30 janvier 1980, *Bull. civ. II*, n°17
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 avril 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, p. 590
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 juin 1985, n° 84-11.088, *Bull. civ. 1985 II* n° 113, p. 76
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 15 juin 1988, n° 86-15.476, *Bull. civ. 1988 II* n° 146, p. 78
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 novembre 1990, *D.* 1991, p. 434, note E. AGOSTINI
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 janvier 1994, 92-13.804, *Bull. civ. 1994 II* n° 28
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 12 décembre 1994, n° 92-17.098, *Bull. civ. II*, n° 262
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 25 octobre 1995, *Bull. civ. II*, n°256
- Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 15 février 2007, *JDI* 2007, p. 933, note B. Bourdelois
- 3<sup>e</sup> chambre civile :
- Cass. civ. 3e, 17 décembre 1997 n° 95-20779, *Bull. 1997 III* n° 225
- Chambre des requêtes :
- Req. 28 mars 1854, *DP* 1854.1.201, *S.* 1854.1.295
- Req. 28 février 1876, *S.* 1877, p. 27
- Req. 28 novembre 1877, *DP* 1878, 1, 209
- Req. 14 mars 1933, *S.* 1933. 1. 61
- Chambre criminelle :
- Cass. crim., 5 octobre 2010, n°10-81.743
- Chambre sociale :
- Cass. soc. 11 juillet 1989, n° 86-10665, *Bull. civ. 1989 V* n° 515
- Assemblée plénière :

Cass., ass. plén., 11 décembre 1992, 91-11.900, *Bull. civ.* 1992, n° 13; *JCP* 1993. II. 21991, concl. Jéol, note Mémeteau ; *RTD civ.* 1993, note Hauser ; *Defrénois* 1993.431, note Massip

- Conseil constitutionnel

Cons. const., décision n° 81-132, DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*

Cons. const., décision n° 93-325, DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France (non conformité partielle)*

Cons. const., décision n° 99-419, DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*

Cons. const., décision n° 2010-92, QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne c. et autre (interdiction du mariage entre personnes de même sexe)*

Cons. const., décision n° 2011-157, QPC du 5 août 2011, *Société SOMODIA (interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle)*

Cons. const., décision n° 2012-297, QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité (traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle)*

Cons. const., décision n° 2013-353, QPC du 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres (célébration du mariage – absence de « clause de conscience » de l'officier d'état civil)*

Cons. const., décision n° 2017-633, QPC du 2 juin 2017, *Collectivité territoriale de la Guyane (rémunération des ministres du culte en Guyane)*

Cons. const., décision n° 2017-695, QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre (mesures administratives de lutte contre le terrorisme)*

Cons. const., décisions n° 2013-353, QPC du 18 octobre 2013 et n° 2017-695 du 29 mars 2018, *La liberté de conscience*

- Conseil d'État

CE, 24 janvier 1925, avis n° 188.150, *RPP* 1925

CE, 2/6 SSR, 18 juin 1997, n° 162517 et n° 162518

CE, 5/7 SSR, 29 décembre 2000, n° 210895

CE 8/3 SSR, du 6 avril 2001, n° 219379 221699 221700, publié au recueil Lebon

CE, 3<sup>ème</sup> – 8<sup>ème</sup> chambres réunies, 26 juillet 2018, n° 403389

- Cour d'appel

CA Alger, 29 juillet 1875, *Jurisprudence algérienne* 1875, p. 35

CA Alger, 9 avril 1908, *Revue algérienne* 1910, II, p. 51

CA Alger, 22 octobre 1917, *Revue Algérienne* 1919-20, II, p. 144

CA Bordeaux 16 juin 1937, *DH* 1937, 539

CA Paris, 4 février 1959, *JCP* 1960, II, 11632

CA Versailles, 14 novembre 1996, *Juris-Data* n° 048618

CA Rennes, 26 octobre 1998, *D.* 1999. 508, note Friant-Perrot

CA Nîmes, 7 juin 2000, *LPA* 2001, n° 73, p. 20

CA Aix-en-Provence, 3 mars 2005, *Juridiction-Data* n° 2005-271242

CA Bordeaux, 19 avril 2005, RG n° 04/04683, *D.* 2005

CA Rouen, 15 juin 2005, *Juridiction-Data* n° 2005-278689

CA Aix-en-Provence, 1ere chambre, sect. B, 23 octobre 2008, rôle 07-17212

CA Paris, 23 septembre 2010, n° 09/28266, *Dictionnaire permanent bioéthique*, février 2011, p. 8, obs. O. Merger

CA Paris, 27 janvier 2011, n° 10/04525

CA Rennes, 7 juin 2011, n° 10/03953, *Dr. fam.*, 2012, n° 1, p. 13

CA Versailles, 16 février 2012, n° 10-04809, *RDLF* 2013, chron. 10 note J.-M. HISQUIN. 197

CA Paris, 11 décembre 2012, *Rev. arb.* 2013. 286

CA Paris, chambre 7, n° rg 11/08385, 17 janvier 2013, *JCP* 2013, n°15, p. 427

- Tribunal

Douai, 3 décembre 1853, *DP* 1855.2.133

Seine, 12 juillet 1888, *JCP* 1967.II.15278, note R. B.

Montpellier, 31 octobre 1907, *DP* 1908-2-95

Bordeaux 16 juin 1937, *DH*, 1937, 539

Paris, 2 décembre 1966, *Rev. crit. DIP*, 1967.530, note Malaurie

Paris, 17 mars 1970, *Rev. crit. DIP*, 1977, 286, note L. Üranjon

Rouen, 23 février 1982, *D.* 1982. IR 211

Grenoble, 31 mars 1983, *RTD civ.* 1983. 334, p. 323, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI

Nouméa, 28 septembre 1987, *A.C.* 1987, p. 307-318

Paris, 8 décembre 1992, X. C. c. Mme Y., *D.* 1994, p. 272

Colmar, 13 mai 1994, *Juris-Data* n° 046695

Bordeaux, 7 juin 1994, *D.* 1996, Somm. 63

Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996, p. 156

Amiens, 28 février 1996, *JCP* 1998.I.101, N.2

Douai, 12 décembre 2002, *Dr. fam.* 2003 n° 86 et 139

Poitiers, 1<sup>er</sup> juin 2005, RG n° 03/1654, *JCP* 2006.IV.2298

Bordeaux, 25 mai 2009, *Juris-Data* n° 003538

Lyon, 2 juillet 2013, *Dr. fam.* 2013, n° 132

Versailles, 13 novembre 2014, RG n° 13/087336, *Dr. Fam.* 2015 Comm. 25

Toulouse, 21 février 2017, *Dr. fam.* . 2017, n°120

T. civ. Tlemcen, 11 février 1909, *Rev. crit. DIP*, 1909, p. 562.

T. civ. Guelma, 15 mai 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, II, p. 424

T. civ. Alger, 2 juin 1939, *Journal des tribunaux algériens*, 12 juin 1941

T. civ. Casablanca, 21 décembre 1949, *D.*, II, 1953, p. 538

T. civ. Metz, 27 avril 1955, *JCP* 1960, II, n° 11632, obs. L. DE NAUROIS

T. civ. Seine, 26 mars 1956, *D.*, p. 654

T. civ. Seine, 22 février 1957, *JCP* 1957, II, 9892

T. civ. Grenoble, 7 mai 1958, *JCP*, 1960, II, n° 11632

T. corr. Toulouse, 7 mai 1890, aff. Cross, *JDI* 1891, p. 223

TGI Seine, 22 juin 1967, *Rev. crit. DIP*, 1968, p. 356

TGI Dieppe, 25 juin 1970, *Gaz. Pal.* 1970. 2.243

TGI Seine 29 octobre 1976, *JCP G* 1977, II-18664

TGI Besançon, 19 mars 2009, n° 08/02219, *Dr. fam.*, 2011, comm. 33, n° 3

TGI Brest, 15 décembre 2011, n° 11/00975, *AJ fam.* 2012, 349, obs.

T. pol. Dunkerque 9 mars 1972, *Gaz. Pal.*, 1, 436, *JCP* 1972. 17215 ; *RTD civ.* 1972. 771

## Jurisprudence italienne

- Consiglio di Stato

Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 1957, n° 507, *FI*, 1965, 88, 10, p. 513 et s.

Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2015, n° 4899, *Fam. e dir.*, 2016, 1, p. 64 et s.

Cons. Stato, parere 30 luglio 1986, n° 1390 – *Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova, Riconoscimento personalità giuridica e autorizzazione amministrativa ad accettare la donazione*

- Corte costituzionale

Corte cost., 24 novembre 1958, n° 59

Corte cost., 24 febbraio 1971, n° 30

Corte cost., 1° marzo 1971, n° 49

Corte cost., 8 luglio 1971, n° 169

Corte cost., 11 dicembre 1973, n° 175

Corte cost., 22 gennaio 1982, n° 18

Corte cost., 2 febbraio 1982, n° 18

Corte cost., 6-24, maggio 1985, n° 161

Corte cost., 14-21 gennaio 1988, n° 43

Corte cost., 11-12 aprile 1989, n° 203, *Quaderni dir. pol. eccles.*, 1, 1990, p. 193-205; *FI*, 1989, I, p. 1333 ; *Diritto ecclesiastico*, 2, 1989, pp. 293 et s.

Corte cost., 23 maggio 1990, n° 259

Corte cost., 4 giugno 1992, n° 290

Corte cost., 29 novembre 1993, n° 421

Corte cost., 3 febbraio 1994, n° 13, dans « Il Consiglio di Stato », *XLV*, 1994, II, p. 137

Corte cost., 18 ottobre 1995, n° 440

Corte cost., 17 novembre 1996, n° 334

Corte cost., 14 novembre 1997, n° 329

Corte cost., 15 aprile 2010, n° 138

Corte cost., 11 giugno 2014, n° 170

Corte cost., 21 ottobre 2015, n° 221

- Corte di Cassazione

➤ Cassazione :

Cass., 20 maggio 1976, n° 1808, *GI* 1977, I, 1, 1808

Cass., 5 agosto 1981, n° 4889, *FI* 1982, I, 110

Cass., 20 dicembre 1995, n° 13021, *GI*, 1996, I, 1, 85

Cass., 17 marzo 1995, n° 3098, *GI*, 1996, I, 1, 68

➤ Sezione I :

Cass. civ., sez. I, 22 novembre 1966, n° 2788, *FI* 1966, I, 89

Cass. civ., sez. I, 3 aprile 1973, n° 913, *Gcost.* 343

Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 1975, n° 569, *FI* 1976, I, 794

Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 1975, n° 3177, *id.*, 1975, I, 2447

Cass. civ., sez. I, 21 luglio 1978, n° 3614, *FI*, *Mass.*, 615

Cass. civ., sez. I, 27 novembre 1991, n° 12671 ; *Dir. eccl.* 1992, II, 131 et s.

Cass. civ., sez. I, 24 marzo 1994, n° 2893, *FI*, *Rep.* 1994

Cass. civ., sez. I, 17 luglio 1997, n° 6566, *id.*, *Rep.* 1997

Cass. civ., sez. I, 5 maggio 1998, n° 4500, *Fam e dir.* 1998, 565

Cass. civ., sez. I, 2 marzo 1999, n° 1739, *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1999

Cass. civ., sez. I, 25 giugno 2003, n° 10055, *Fam e dir.*, 2006, 30 et s.

Cass. civ., sez. I, 5 marzo 2003, n° 3339, *RF*, 2004, II, 391 et s.

Cass. civ., sez. I, 14 novembre 2008, n° 27236, *Giust. civ.* 2009, 12, I, 2694

Cass. civ., sez. I, 4 novembre 2011 – 15 marzo 2012, n° 4184, *Studium iuris*, 2012, vol. 7/8, p. 893-896, G. Gabassi

Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n° 4184, *Dir. famiglia* 2012, 2, 696

Cass. civ., sez. I, 30 ottobre 2014 – 9 febbraio 2015, n° 2400, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 109

Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n° 15138, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 1068

Cass. civ., sez. I, 23 gennaio 2019, n° 1882, L. PARLANTI, « Per la revoca dell'assegno divorzile occorre verificare in concreto l'attitudine dell'ex coniuge al lavoro », in <https://ilfamiliarista.it/> fasc. n° 9/2020

Cass. civ., sez. I, 9 marzo 2020, ord. n° 6511 depositata il 9 marzo

➤ Sezione II :

Cass. civ., sez. II, 4 maggio 2010, n° 10734, *Fam. pers. succ.*, 2010, 544

➤ Sezione VI :

Cass. civ., sez. VI, 28 febbraio 2013, n° 4984, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, n° 1, 161 et s.

Cass. civ. sez. VI, 3 settembre 2014, n° 18627, *Diritto & Giustizia*, 2015

Cass. civ., sez. VI, 9 marzo 2018, n° 5670

➤ Lavorativa :

Cass., sez. lav., 21 aprile 2010, n° 9464, *FI*, 2010, I, 1762

➤ Sezioni unite :

Cass., sez. un. civ., 13 febbraio 1993, n° 1824, *FI*, 1994, I, c. 537 s

Cass., sez. un. civ., 17 luglio 2014, n° 16379, *Corr. giur.* 2014, 1196

Cass., sez. un. civ., 17 luglio 2014, n° 16380, *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015

➤ Cass. pen :

Cass. pen., 8 febbraio 1963, *Giust. Pen.*, 1964, 2, 210

• Corte d'appello

App. Torino, 7 novembre 1997, *GI*, 1998, 1458

App. Torino, 18 aprile 2001, *Dir fam.*, 2001, 1492 et s.

App. Bologna, 1 giugno 2005, *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2007, 43, p. 142 et ss.

App. Roma, 15 ottobre 2013



- Tribunale

Trib. Milano, 5 ottobre 1991, *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1992, 28, p. 123-127

Trib. Milano, 31 ottobre 2002, *Gmer.* 2003, 1377

Trib. Grosseto, decreto, 9 ottobre 2003

Trib. Milano, sez. pen., 12 settembre 2011, n° 9965

Trib. Torino, sez. civ. VII, 15 gennaio 2015 (Pres. M. Tamagnone), in *Fam. e dir.*, 2015, 4, p. 390 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*

Trib. civ. Grosseto, decreto, 26 febbraio 2015

Trib. Napoli, decreto, 8 luglio 2015

Trib. Bari, 14 dicembre 2015, n° 5467

- Corte dei conti

Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per la regione Lazio, 14 giugno 1997, n° 2328, *Riv. Corte conti* 1997, f, 5, 260

## Jurisprudence européenne

- CEDH

*Affaire Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, n° 9697/82

*A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13

*B. c. France*, 25 mars 1992, n° 13343/87

*B. et L. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2005, n° 36536/02, D. 2006.1418

*Buscarini et autres c. Saint-Marin*, 18 février 1999, n° 24645/94

*Chapin et Charpentier c. France*, 9 juin 2016, n° 40183/07

*Cossey c. Royaume-Uni*, (1991) 2 FLR 492

*Dahlab c. Suisse*, 15 février 2001, n° 42393/98

*E.B. c. France*, 22 janvier 2008, n° 43546/02

*Eweida c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, n° 48420/10

*Goodwin c. Royaume-Uni* (2002) 2 FLR 518

*Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014, n° 37359/09

*Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, n° 16969/90

*Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88

*Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, n° 18535/91

*Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999, n° 31417/96 et 32377/96

*Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, n° 18748/91

*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74

*Oliari et a. c. Italie*, 21 juillet 2015, n° 18766/11 et 36030/11

*Parry c. Royaume-Uni*, 28 novembre 2006, n° 35748/05

*Pellegrini c. Italie*, 20 juillet 2001, n° 30882/96

*Rees c. Royaume-Uni* (1986) 9 EHRR 56

*Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, n° 33290/96

*S.A.S c. France*, 1<sup>er</sup> juillet 2014, n° 43835/11

*Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, n° 30141/04

*Serife Yigit c. Turquie*, 2 novembre 2010, n° 3976/05

*Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* (1998) 2 FLR 928

*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, n° 21830/93

*Y.Y. c. Turquie*, 10 juin 2015, n° 14793/08

## Jurisprudence de pays tiers

- Écosse :

*Gow v Grant (Scotland)* (2012) UKSC 29

- USA :

*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)

*Avitzur v Avitzur*, 86 A.D.2d 133 (N.Y. App. Div. 1982)

- Afrique du Sud :

*Hudson v Leigh* (2009) EWHC 1306

## Sites Internet

*Akhter v Khan* : <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/02/Akhter-Approved-final-jmt-002.pdf>

App. Roma, 15 ottobre 2013 :

[https://cla.unisalento.it/c/document\\_library/get\\_file?folderId=23406266&name=DLFE-194429.pdf](https://cla.unisalento.it/c/document_library/get_file?folderId=23406266&name=DLFE-194429.pdf)

Assemblée nationale :

[https://www.assemblee-nationale.fr/histoire/eglise-etat/Pie-XI\\_Maximam-gravissimamque\\_18011924.asp](https://www.assemblee-nationale.fr/histoire/eglise-etat/Pie-XI_Maximam-gravissimamque_18011924.asp)

*Cardiff University* : <http://www.law.cf.ac.uk/clr/research/cohesion.html>

*Beth Din* :

<https://www.dintorah.fr/>

<https://henryjacksonsociety.org/wp-content/uploads/2018/09/The-Beth-Din-Jewish-Law-in-the-UK-Amended.pdf>

<https://web.archive.org/web/20140212053909/http://www.romaebraica.it/bet-din/>

*Canons of the Church of England* :

<https://www.churchofengland.org/about/leadership-and-governance/legal-services/canons-church-england/canons-website-edition>

*Canons of the Anglican Communion* :

[https://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1969-](https://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1969-1969_AA_VV_The_Canons_Of_The_Church_Of_England_[Convocations_Of_Canterbury_And_York_1964_1969]_EN.pdf)

[1969\\_AA\\_VV\\_The\\_Canons\\_Of\\_The\\_Church\\_Of\\_England\\_\[Convocations\\_Of\\_Canterbury\\_And\\_York\\_1964\\_1969\]\\_EN.pdf](https://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1969-1969_AA_VV_The_Canons_Of_The_Church_Of_England_[Convocations_Of_Canterbury_And_York_1964_1969]_EN.pdf)

*Civil partnership* :

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/254974/Civil\\_partnerships\\_in\\_religious\\_buildings.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/254974/Civil_partnerships_in_religious_buildings.pdf)

*Cohabitation* :

*Law Com. n° 307, Cohabitation : the financial consequences of relationship breakdown*

<https://www.lawcom.gov.uk/document/cohabitation-the-financial-consequences-of-relationship-breakdown/> -

*Law Com. n° 331, Intestacy and Family Provision Claims on Death*

<https://www.lawcom.gov.uk/project/intestacy-and-family-provision-claims-on-death/>

Concordat de 1801 : <https://www.napoleon.org/histoire-des-2-empires/articles/le-concordat-de-1801/>

*Concordato fra la Santa Sede e l'Italia, 11 febbraio 1929* :

[https://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19290211\\_patti-](https://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html#CONCORDATO_FRA_LA_SANTA_SEDE_E_LITALIA)

[lateranensi\\_it.html#CONCORDATO\\_FRA\\_LA\\_SANTA\\_SEDE\\_E\\_LITALIA](https://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html#CONCORDATO_FRA_LA_SANTA_SEDE_E_LITALIA)

*Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana che apporta modificazioni al Concordato Lateranense, 3 giugno 1985 :*

[https://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19850603\\_santa-sede-italia\\_it.html](https://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19850603_santa-sede-italia_it.html)

Conseil Constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>

Consistoire de Genève : <https://epg.ch/qui-sommes-nous/notre-organisation/autorites/consistoire/>

*Costituzione della Repubblica italiana del 1948 :*

<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>

Coût de la vie en Angleterre dans les années 1860 :

<http://www.nws-sa.com/rr/Inequality/Lindert.pdf>

<http://www.victorianweb.org/economics/wages2.html>

Décret du 20 septembre 1792 : <http://patronagelaique.fr/index.php/ressources/la-laicite/legislation/textes-de-loi/item/651-la-loi-du-20-septembre-1792-instaurant-le-mariage-civil>

Divorce anglican : <http://www.facultyoffice.org.uk/wp-content/uploads/2013/12/Divorce-HoB-Advice.pdf>

Divorce anglais (réforme en vue) :

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/793642/reducing-family-conflict-consult-response.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/793642/reducing-family-conflict-consult-response.pdf)

Édit de Nantes : [http://huguenotsweb.free.fr/histoire/edit\\_nantes.htm](http://huguenotsweb.free.fr/histoire/edit_nantes.htm)

Édit de Versailles : <http://huguenotsweb.free.fr/histoire/edit1787.htm>

EKD : [http://www.ekd.de/download/ekd\\_texte\\_101.pdf](http://www.ekd.de/download/ekd_texte_101.pdf)

France Archives :

<https://francearchives.fr/facomponent/c46f16ec081356672034c043dcafd6957312dc05>

Forum France Culture : <https://www.franceculture.fr/conferences/marcel-gauchet>

*Guet :*

<https://api.parliament.uk/historic-hansard/bills/matrimonial-and-family-proceedings-bill>

<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/D-3.4/textecomplet.html>

Guide sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme – Liberté de pensée, de conscience et de religion

[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_9\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_FRA.pdf)

*Intese :*

[http://presidenza.governo.it/USRI/confessioni/intese2007/Intesa\\_ChiesaInghilterra.pdf](http://presidenza.governo.it/USRI/confessioni/intese2007/Intesa_ChiesaInghilterra.pdf)

<https://www.altalex.com/documents/leggi/2016/08/16/intesa-stato-e-istituto-buddista-italiano-soka-gakkai>

[https://www.chiesavaldese.org/documents/discipline/01\\_int84.pdf](https://www.chiesavaldese.org/documents/discipline/01_int84.pdf)

<http://presidenza.governo.it/USRI/confessioni/norme/88L517.html>

Islam en Italie :

[https://www.interno.gov.it/sites/default/files/pubblicazione\\_patto\\_islam.pdf](https://www.interno.gov.it/sites/default/files/pubblicazione_patto_islam.pdf)

La Croix : <https://paris-international.blogs.la-croix.com/lislam-en-italie-une-organisation-insuffisante-face-a-une-reticence-latente/2018/03/03/>

Larousse : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>

*LawWales, Welsh Government* : <https://law.gov.wales/constitution-government/how-welsh-laws-made/timeline-welsh-law/?lang=en#/constitution-government/how-welsh-laws-made/timeline-welsh-law/?tab=overview&lang=en>

*Legislation.gov.uk* : <https://www.legislation.gov.uk/>

Lettre apostolique en forme de « *motu proprio* » du souverain pontife François Mitis Iudex Dominus Iesus, sur la réforme du procès canonique pour les causes de déclaration de nullité du mariage dans le code de droit canonique, 8 septembre 2015 :

[http://www.vatican.va/content/francesco/fr/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio\\_20150815\\_mitis-iudex-dominus-iesus.html](http://www.vatican.va/content/francesco/fr/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html)

*Lord Hardwicke's Clandestine Marriage Act* : <https://alsatia.org.uk/site/statutes/1753-lord-hardwikes-marriage-act/>

Mariage naturel ou sacramentel : <https://www.droitcanonique.fr/blog/fiches-pratiques-2/post/mariage-naturel-ou-mariage-sacramentel-51>

Mariage pour tous :

<https://www.gov.uk/government/consultations/equal-marriage-consultation>

[https://www.liberation.fr/evenement/1999/02/01/les-anti-pacs-defilent-en-famille-tres-catholique\\_263800](https://www.liberation.fr/evenement/1999/02/01/les-anti-pacs-defilent-en-famille-tres-catholique_263800)

[https://www.lexpress.fr/actualite/societe/du-pacs-a-la-manif-pour-tous-le-relooking-de-la-reac-parade\\_1209580.html](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/du-pacs-a-la-manif-pour-tous-le-relooking-de-la-reac-parade_1209580.html)

<https://www.bfmtv.com/societe/44pour-cent-francais-favorables-mariage-a-ladoption-couples-homos-404026.html>

[https://www.lepoint.fr/societe/manif-contre-mariage-homosexuel-les-opposants-commencent-a-defiler-a-paris-26-05-2013-1672378\\_23.php](https://www.lepoint.fr/societe/manif-contre-mariage-homosexuel-les-opposants-commencent-a-defiler-a-paris-26-05-2013-1672378_23.php)

[https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2014/10/06/manif-pour-tous-combien-de-participants\\_4501084\\_4355770.html](https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2014/10/06/manif-pour-tous-combien-de-participants_4501084_4355770.html)

<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2013/01/13/01016-20130113ARTFIG00217-mobilisation-historique-contre-le-mariage-pour-tous.php>

<https://www.nytimes.com/2013/05/27/world/europe/thousands-march-in-france-against-gay-marriage.html>

<https://www.bbc.com/news/world-europe-20382699>

<https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/9998797/Tensions-rise-as-French-parliament-prepares-for-final-gay-marriage-debate.html>

[https://www.corriere.it/esteri/12\\_novembre\\_17/francia-manifestazioni-contro-i-matrimoni-gay\\_3680dd06-30dd-11e2-baec-20f01743e162.shtml?refresh\\_ce-cp](https://www.corriere.it/esteri/12_novembre_17/francia-manifestazioni-contro-i-matrimoni-gay_3680dd06-30dd-11e2-baec-20f01743e162.shtml?refresh_ce-cp)  
[http://www.famigliacristiana.it/articolo/francia\\_5381.aspx](http://www.famigliacristiana.it/articolo/francia_5381.aspx)

*MAT* : <http://www.matribunal.com/>

Article du Mayotte Hebdo, paru le 9 mars 2017 :  
<https://www.mayottehebdo.com/actualite/dossier/enquete-mayotte-roule-t-elle-toujours-pour-les-cadis>

Ministère de la Justice : <http://www.justice.gouv.fr/statistiques.html#tableaux-detailles>  
*Muslim marriages* :  
<https://truevisiontv.com/films/details/295/the-truth-about-muslim-marriage>  
<https://areomagazine.com/2017/12/07/does-channel-4s-documentary-provide-the-truth-about-muslim-marriage/>

*Muslim Council of Britain* : <https://mcb.org.uk/>

*National Secular Society* :  
<https://www.secularism.org.uk/opinion/2012/12/is-it-time-to-separate-church-and-state-in-marriage>  
<https://www.secularism.org.uk/uploads/briefing-reform-marriage-laws.pdf>  
<https://www.secularism.org.uk/news/2020/02/islamic-marriage-invalid-under-english-law-court-rules>

Ordonnance de Blois : <https://documents.univ-toulouse.fr/150NDG/PPN058990844.pdf>

Ordonnance du Roi concernant le gouvernement de la Guyane française (27 août 1828) :  
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65720763/f19.item.texteImage>

*Patti lateranensi* :  
[http://presidenza.governo.it/USRI/ufficio\\_studi/normativa/L.810\\_27.05.1929.pdf](http://presidenza.governo.it/USRI/ufficio_studi/normativa/L.810_27.05.1929.pdf)  
[https://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19290211\\_patti-lateranensi\\_it.html](https://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html)

Parlement britannique : <https://www.parliament.uk/about/how/laws/bills/private/>

Parlement européen :  
[http://semgai.free.fr/contenu/droit/droit\\_de\\_la\\_famille/europe\\_resolution\\_8\\_02\\_94.html](http://semgai.free.fr/contenu/droit/droit_de_la_famille/europe_resolution_8_02_94.html)  
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2001-0401+0+DOC+XML+V0//FR>  
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0451+0+DOC+XML+V0//FR>  
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0281+0+DOC+XML+V0//FR>

Pew Research Center : <https://www.pewresearch.org/>

*Pre-nup agreement* :  
<https://www.theus.org.uk/printpdf/article/prenuptial-agreement>



<https://chiefrabbi.org/wp-content/uploads/2016/04/Sample-PNA.pdf>

*Dispute Resolution in Family Law : Protecting Choice, Promoting Inclusion (dit Rapport Boyd ) :*

<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.html>

*Report into Sharia Law in the UK (The independent review into the application of sharia law in England and Wales) :*

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/678478/6.4152\\_HO\\_CPFPG\\_Report\\_into\\_Sharia\\_Law\\_in\\_the\\_UK\\_WEB.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/678478/6.4152_HO_CPFPG_Report_into_Sharia_Law_in_the_UK_WEB.pdf)

*Quaker :* <https://qfp.quaker.org.uk/chapter/16/>

<https://www.quaker.org.uk/about-quakers/our-faith/marriages-funerals>

*Religion et homosexualité :*

<https://www.grandrabbindefrance.com/category/tags/homophobie.html>

[http://www.protestants.org/fileadmin/user\\_upload/Protestantisme\\_et\\_Societe/archives/2015-06-20-Declaration\\_du\\_conseil\\_de\\_la\\_FPF.pdf](http://www.protestants.org/fileadmin/user_upload/Protestantisme_et_Societe/archives/2015-06-20-Declaration_du_conseil_de_la_FPF.pdf)

[http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/fr/homilies/2000/documents/hf\\_jp-ii\\_hom\\_20001015\\_families.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/fr/homilies/2000/documents/hf_jp-ii_hom_20001015_families.html)

[https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/angelus/1994/documents/hf\\_jp-ii\\_ang\\_19940626.html](https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/angelus/1994/documents/hf_jp-ii_ang_19940626.html)

<https://ec.cef.fr/wp-content/uploads/sites/2/2014/05/projet-de-loi-mariage-pour-tous-cfcm-vf.pdf>

<https://www.europe1.fr/societe/Mariage-gay-et-du-cote-de-l-islam-395792>

*Registered buildings :*

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/783379/How\\_to\\_certify\\_a\\_building\\_for\\_religious\\_D0550\\_F78L.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/783379/How_to_certify_a_building_for_religious_D0550_F78L.pdf)

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/291276/F76.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/291276/F76.pdf)

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/303751/B0626\\_F78.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/303751/B0626_F78.pdf)

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/281246/D0546\\_F78A.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/281246/D0546_F78A.pdf)

<https://www.gov.uk/government/publications/places-of-worship-registered-for-marriage>

*Sénat :*

[http://www.senat.fr/rap/198-258/198-258\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/198-258/198-258_mono.html)

*Senato :*

<https://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/27699.htm>

*Vatican :*

[http://www.vatican.va/content/leo-xiii/fr/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_16021892\\_au-milieu-des-sollicitudes.html](http://www.vatican.va/content/leo-xiii/fr/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_16021892_au-milieu-des-sollicitudes.html)

[http://www.vatican.va/content/leo-xiii/fr/letters/documents/hf\\_l-xiii\\_let\\_18920503\\_notre-consolation.html](http://www.vatican.va/content/leo-xiii/fr/letters/documents/hf_l-xiii_let_18920503_notre-consolation.html)

[http://w2.vatican.va/content/francesco/fr/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio\\_20150815\\_mitis-iudex-dominus-iesus.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/fr/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html)

[http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio\\_20150815\\_mitis-et-misericors-iesus.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-et-misericors-iesus.html)

Statistiques : anglais :

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/272129/6565.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/272129/6565.pdf)

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/358230/court-statistics-quarterly-april-to-june-2014.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/358230/court-statistics-quarterly-april-to-june-2014.pdf)

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/217516/judicial-court-stats.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217516/judicial-court-stats.pdf)

<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/divorce/bulletins/divorcesinenglandandwales/2018#unreasonable-behaviour-was-the-most-commonly-used-ground-for-divorce-by-both-opposite-sex-and-same-sex-couples>

<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/marriagecohabitationandcivilpartnerships/bulletins/marriagesinenglandandwalesprovisional/2016>

<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/marriagecohabitationandcivilpartnerships/bulletins/marriagesinenglandandwalesprovisional/2016>

<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/populationandmigration/internationalmigration/articles/populationbycountryofbirthandnationalityreport/2015-09-27>

<https://www.statista.com/statistics/529060/uk-newspaper-market-by-circulation/>

<https://www.churchtimes.co.uk/articles/2008/15-february/books-arts/press-behind-the-bonkers-headlines>

anglais catholiques :

<https://eglise.catholique.fr/guide-eglise-catholique-france/statistiques-de-leglise-catholique-france-monde/statistiques-de-leglise-dans-le-monde-2017/>

<https://www.stmarys.ac.uk/research/centres/benedict-xvi/docs/2018-feb-contemporary-catholicism-report-may16.pdf>

<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/divorce/bulletins/divorcesinenglandandwales/2018>

françaises :

[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/infostat90.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/infostat90.pdf)

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/3303338?sommaire=3353488>

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381498>

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381498#tableau-Donnes>

<https://adfh.net/portfolio-items/sondage-ifopadfh-la-presidentielle-2017-et-les-droits-des-homosexuel-le-s-et-des-familles-homoparentales>

[http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fwww.bva.fr%2Fdata%2Fsondage%2Fsondage\\_fiche%2F1724%2Ffichier\\_bva\\_-\\_orange\\_-\\_i-tele\\_-\\_les\\_francais\\_et\\_les\\_droits\\_des\\_couples\\_homosexuelse312c.pdf](http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fwww.bva.fr%2Fdata%2Fsondage%2Fsondage_fiche%2F1724%2Ffichier_bva_-_orange_-_i-tele_-_les_francais_et_les_droits_des_couples_homosexuelse312c.pdf)

<https://www.pewforum.org/2018/05/29/being-christian-in-western-europe/>

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/3306175>

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/3715700?sommaire=3709748>

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/1379729>

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/3676592?sommaire=3696937>

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/2656612>

italiennes :

<https://www.istat.it/it/files//2016/11/matrimoni-separazioni-divorzi-2015.pdf>

<https://www.istat.it/it/files//2016/11/matrimoni-separazioni-divorzi-2015.pdf>

<https://www.istat.it/it/archivio/192509>

<http://www.storiologia.it/tabelle/popolazione09.htm>

[https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/publication/documents/2018-](https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/publication/documents/2018-08/italyitfinal_digital.pdf)

[08/italyitfinal\\_digital.pdf](https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/publication/documents/2018-08/italyitfinal_digital.pdf)

européennes :

<https://www.touteleurope.eu/actualite/la-population-de-l-union-europeenne.html>

Traité de 1841 passé entre le sultan Andriansouly et le commandant Passot :

<https://www.senat.fr/rap/r08-115/r08-11510.html>

# INDEX

## A

**Accords du Latran** : 258 et s.

**Adultère** : 536 et s., 648 et s.

**Appel comme d'abus** : 123

**Approved premises** : 404 et s.

## B

**Beth Din** : 1076 et s.

## C

**Cadi** : 1087 et s., 1133 et s.

**Christianitas** : 59 et s.

**Civil partnership** : 630 et s., 645 et s.

**Clause de conscience** : 699 et s.

- Droit français : 700 et s.
- Droit anglais : 702 et s.
- Clergé** : 149 et s., 836 et s.
- Concordat** : 83 et s.
- 1516 : 84 et s.
- 1801 : 155 et s.
- 77 Articles organiques : 158 et s.
- 1929 : 764 et s.
- *Villa Madama*, 1984 : 276 et s., 774 et s.
- Concubinage** : 964 et s.
- Consensualisme** : 31 et s.
- Consentement** : 32, 75, 199, 381
- Constitution italienne de 1948** : 272 et s.
- Couples** : 10 et s.
- Cultes** :
- Non-établis : 743 et s.

- Non-admis : 785 et s.

## D

**Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** : 148 et s.

**Décret Tametsi** : 115 et s.

**Déjudiciarisation** : 433, 584 et s., 578 et s.

**Delibazione** : 1163 et s., 1181 et s.

**Dictatus papae** : 61 et s.

**Divorce** :

- Avec juge : 309, 561 et s., 592 et s.
- Civil : 185, 194 et s., 511 et s.
- Droit anglais : 182, 488, 515 et s., 522 et s., 531 et s.
- Droit français : 194, 200 et s., 513 et s., 592 et s.
- Droit italien : 235 et s., 518 et s., 522 et s., 533 et s.
- *Double decree* : 563 et s.
- *Facts* : 531 et s.
- Faillite du mariage et fin de la communion spirituelle et matérielle : 522 et s.
- *Fatti* : 533 et s.
- Parlementaire : 184 et s., 516
- Religieux : v. *Guet – Séparation religieuse*
- Romain : 33 et s.
- Sans juge français : 584 et s.
- Sans juge italien : 578 et s.
- Droit international privé français** : 896 et s.

**Dualisme matrimonial** : 722 et s., 789 et s.

## **E**

**Édit de Nantes** : 109, 144 et s., 329 et s.

**Édit de Tolérance** : 145 et s., 331

**Élisabeth 1<sup>re</sup>** : 105 et s., 724 et s.

**Entente** : 775 et s., 784 et s.

**Establishment** : 723 et s.

## **F**

**Fiançailles** : 54, 75, 295 et s.

## **G**

**Giurisdizionalismo** : 220 et s.

**Guet** : 268, 493 et s.

- en Angleterre : 1010 et s.
- en France : 1040 et s.
- en Italie : 1196 et s.

## **H**

**Henry VIII** : 97 et s.

## **I**

**Indissolubilité** : 51 et s., 77, 237 et s., 476 et s.

## **L**

**Laïcité** : 8

- À la française : 142, 241 et s., 277 et s.
- À l'italienne : 213 et s., 270

**Legge delle Guarentigie** : 232 et s.

**Liberté de conscience et de religion** : 5, 419 et s.

**Liminarité** : 949 et s.

**Loi du 20 septembre 1792** : 150 et s.

## **M**

**Mariage** :

- *Act* de 1653 : 167
- *Act* de 1753 : 168 et s.
- *Act* de 1836 : 176 et s.
- *Act* de 1857 : 180 et s.
- Anglican : 171, 793 et s.
- Antériorité : 192, 410 et s.
- Autres religions : 178, 742 et s., 866 et s.
- Barbare : 52 et s.
- Chrétien : 47 et s., 350 et s.
- Civil : 165, 130 et s., 229 et s., 327 et s., 954 e s.
- Concordataire : 758, et s., 822 et s.
- Consanguinité : 382
- Droit anglais : 166 et s., 333 et s., 365 et s., 723 et s., 789 et s., 853 et s.
- Droit français : 193, 196 et s., 329 et s., 359 et s., 954 et s.
- Droit italien : 337 et s., 360 et s., 758 et s., 772 et s., 789 et s.
- Germanique : 52 et s.
- Juif : 343 et s., 858 et s., 8675et s.
- Monogamie : 383 et s.
- Moyen Âge : 68 et s.
- Musulman : 348 et s., 923 et s., 1140 et s.
- Nubilité : 380
- Non-concordataire : 772 et s., 879 et s.

- *Non-marriage* : 926 et s.
- Quaker : 858 et s., 862 et s.
- *Presumption* : 992 et s.
- Pour tous : 690 et s.
- Publication : 373 et s.
- Putatif : 986 et s.
- Religieux : 341 et S.
- Rite : 376 et s.
- Romain : 27 et s., 50

**Mayotte** : 1120 et s., 1131 et s.

**Muslim Arbitration Tribunal** : 1095 et s.

## *N*

**Napoléon Bonaparte** : 154 et s.

**Napoléon III** : 224 et s.

**Nulla osta** : 832 et s.

**Nullité** : 241, 453 et s.

- Absolue et relative: 457 et s.
- Catholique : 1146 et s.
- *Nullità* : 464 et s.
- *Void* et *voidable* : 460 et s., 927 et s.

## *O*

**Ordre public** : 912 et s.

## *P*

**PACS** : 620 et s.

**Papes** :

- Boniface VIII : 81 et s.
- Clément VII : 100 et s.
- Gélase 1<sup>er</sup> : 41 et s.
- Pie VII : 154 et s.

**Partenariat enregistré** : v. *Civil Partnership*, PACS, *Unione civili*

**Pataria** : 63 et s.

**Pre-nuptial agreement** : 313 et s., 499 et s.

**Polygamie** : 392 et s., 1141 et s.

## *Q*

**Quadruple lock** : 808 et s.

**Question romaine** : 228 et s.

## *R*

**Réforme protestante** : 94 et s.

**Registered premises** : 747 et s., 868 et s.

**Religion** : 4

**Révolution** :

- Anglaise : 127 et s.
- Française : 142 et s.

**Riserva di giurisdizione** : 1144 et s., 1163 et s., 1181 et s.

## *S*

**Sacrement** : 350 et s.

**Sécularisation** : 10

**Séparation de corps** : 197 et s., 429 et s.

- Droit anglais : 431 et s.
- Droit français : 431 et s., 438 et s.
- Droit italien : 443 et s., 448 et s.

**Séparation Loi de 1905** : 249 et s.

**Séparation consensuelle** : 448 et s.

**Sharia councils** : 1089 et s., 1104 et s., 1096 et s., 1112 et s.

**Séparation religieuse**: 474 et s.

- Anglicane : 486 et s.

- Juive : 492 et s.
- Musulmane : 502 et s.
- Orthodoxe : 483 et s.

## ***T***

### **Théocratie :**

- Royale : 41 et s.
- Pontificale : 60 et s.

**Tolérance, Toleration** : 134 et s.

**Transsexualisme** : 656 et s.

- Droit anglais : 658 et s.

- Droit français : 671 et s.

- Droit italien : 666 et s.

**Tribunal ecclésiastique catholique romain** : 1145 et s.

### ***Trust* :**

- *Express* : 997 et s.
- *Implied* : 999 et s.
- *CICT* : 1003 et s.

## ***U***

**Unione civile** : 634 et s.

**Unité italienne** : 221 et s., 645 et s.

# TABLE DES MATIÈRES

<b>RÉSUMÉ</b> .....	<b>5</b>
<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>9</b>
<b>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</b> .....	<b>11</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>15</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>17</b>
<b>TITRE I : HISTOIRE D’UNE RUPTURE COMMUNE : VERS L’HYPOTHÈSE D’UN DROIT DES COUPLES SÉCULIER</b> .....	<b>40</b>
<b>CHAPITRE 1 : L’HÉRITAGE COMMUN : L’UNION DES COUPLES, DE L’ANTIQUITÉ AU MOYEN ÂGE</b> .....	<b>46</b>
<i>Section 1 : L’héritage romain</i> .....	<b>47</b>
§ 1 : Consensualisme.....	48
§ 2 : Rupture du mariage romain.....	50
§ 3 : <i>Legitimum Matrimonium</i> .....	52
<i>Section 2 : L’héritage chrétien et le mariage consensuel</i> .....	<b>53</b>
§ 1 : « Rendez à César ».....	54
A/ Naissance et affirmation de la chrétienté.....	54
B/ Théorie de la théocratie royale.....	55
1/ Textes gélasiens.....	55
2/ Nouvelle doctrine, nouvelle alliance.....	56
§ 2 : Le mariage chrétien.....	57
A/ Le mariage chrétien au temps des derniers Romains.....	59
B/ Le mariage « barbare » et son influence sur le mariage chrétien.....	60
1/ Le mariage « barbare ».....	60
2/ Affirmation du principe d’indissolubilité.....	62
§ 3 : <i>Christianitas</i> .....	63
A/ Théorie de la théocratie pontificale.....	63
B/ Réactions et tensions.....	65
1/ Tensions milanaises : la <i>pataria</i> .....	66
2/ Tensions anglaises.....	66
<i>Section 3 : Premières contestations politiques et théologiques</i> .....	<b>68</b>
§ 1 : Le mariage au Moyen Âge.....	68
A/ Loi applicable et compétence judiciaire.....	68
B/ De la thèse romaine ou germanique ?.....	69
1/ Théories en présence.....	69
2/ Conciliation des deux théories et conséquences.....	70
§ 2 : Vers un premier dualisme Église – État.....	72
A/ Le royaume de France.....	72
B/ Une nouvelle ère, celle des concordats.....	74
§ 3 : Premières contestations théologiques.....	75
<i>Conclusion Chapitre 1</i> .....	<b>78</b>
<b>CHAPITRE 2 : L’INSTITUTION MATRIMONIALE DANS UNE CHRISTIANITAS DÉCHIRÉE</b> .....	<b>80</b>
<i>Section 1 : Vers un dualisme au sein même de l’Église</i> .....	<b>82</b>
§ 1 : Impacts généraux de la Réforme en Angleterre, en France et en Italie.....	83
A/ L’Angleterre, Henry VIII et l’ <i>establishment</i> de l’Église anglicane.....	84
1/ Le schisme.....	84
a/ Contexte préalable au schisme.....	84
b/ Vers le schisme.....	85
2/ Tergiversations royales.....	88
3/ Retour à la stabilité.....	88
B/ En France.....	90
C/ En Italie.....	91



§ 2 : L'institution du mariage au XVI <sup>e</sup> siècle.....	91
A/ Le concile de Trente et le décret <i>Tametsi</i> .....	92
B/ Réception du décret <i>Tametsi</i> .....	93
1/ Une réception aisée.....	93
2/ Une réception officiellement rejetée mais partiellement intégrée.....	94
<b>Section 2 : Un vent de révolution.....</b>	<b>98</b>
§ 1 : Les Révolutions anglaises.....	99
A/ La monarchie anglaise doublement secouée.....	99
1/ <i>The English Civil War</i> .....	99
2/ <i>The Glorious Revolution</i> .....	100
B/ <i>Toleration</i> .....	102
1/ Tolérance vis-à-vis des <i>dissenters</i> .....	102
2/ Tolérance vis-à-vis des catholiques .....	103
3/ Tolérance vis-à-vis des autres religions.....	104
4/ <i>Toleration</i> , libéralisme, liberté et égalité.....	105
§ 2 : La Révolution française.....	107
A/ À la veille de la Révolution .....	107
B/ La Révolution .....	110
C/ Le nouveau régime instauré par Napoléon Bonaparte .....	113
1/ Le concordat de 1801.....	113
2/ Les 77 Articles Organiques .....	115
§ 3 : L'institution matrimoniale aux temps des Révolutions.....	118
A/ L'Angleterre .....	119
1/ <i>Marriage Act</i> de 1653 .....	119
2/ <i>Lord Hardwicke's Clandestine Marriage Act</i> de 1753.....	120
a/ La loi de 1753 .....	120
b/ Exclusion territoriale .....	121
c/ Exclusion confessionnelle.....	123
3/ <i>Marriage Act</i> de 1836.....	123
4/ <i>Matrimonial Causes Act</i> de 1857.....	124
a/ Nouvelle cour.....	124
b/ Divorce parlementaire.....	125
B/ La France.....	128
1/ Nature juridique du mariage.....	128
a/ Émergence de la thèse contractualiste .....	129
b/ De la thèse contractualiste.....	130
2/ Conséquences du mariage qualifié de contrat civil.....	130
a/ Mariage civil.....	131
b/ Divorce civil.....	132
3/ Code civil de 1804.....	133
a/ Mariage civil.....	133
i. Un mariage civil.....	133
ii. Devant être célébré avant tout mariage religieux.....	133
iii. Avec l'accord des parents .....	134
b/ Divorce civil.....	134
i. Divorce.....	135
ii. Séparation de corps et nullité .....	136
4/ Le divorce au fil du temps .....	136
<b>Section 3 : Le temps des « laïcités ».....</b>	<b>139</b>
§1 : Unité et laïcité italiennes.....	140
A/ L'influence napoléonienne .....	141
1/ Influence française.....	141
2/ <i>Giurisdizionalismo</i> .....	142
B/ Vers l'unité italienne .....	143
1/ Tentatives d'indépendance.....	143
2/ Napoléon III .....	145
3/ La question romaine .....	146
a/ <i>La questione romana</i> .....	147
b/ Les <i>Legge delle guarentigie</i> .....	148
C/ Le droit des couples de la nouvelle Italie .....	149
1/ Un mariage civil .....	149
2/ Indissoluble .....	150
§ 2 : Laïcité française.....	152
A/ Le contexte .....	152
1/ Mises en garde papales.....	152

2/ Vers le principe de laïcité .....	153
B/ La loi de Séparation des Églises et de l'État .....	156
1/ Loi de Séparation des Églises et de l'État.....	156
2/ Et crises successives .....	158
a/ Crise des inventaires .....	158
b/ Crise des associations culturelles.....	159
§ 3/ Les accords du Latran .....	161
A/ Les accords du Latran.....	162
1/ Mussolini et les accords.....	162
2/ Les accords.....	163
a/ Nature juridique des accords du Latran .....	164
i. Débats doctrinaux.....	164
ii. Interprétation généralement retenue .....	166
b/ Réaction française à la signature des accords du Latran .....	167
i. Souveraineté papale .....	167
ii. Souveraineté vaticane .....	167
B/ Réformes des accords du Latran et renouveau laïc.....	168
1/ Constitution de 1948.....	168
2/ Réforme de <i>Villa Madama</i> .....	170
3/ Évolution jurisprudentielle et principe de laïcité .....	170
4/ Évolution catholique.....	171
<i>Conclusion Chapitre 2</i> .....	173
<b>CONCLUSION TITRE I</b> .....	174
A/ L'Angleterre .....	174
B/ La France.....	176
C/ L'Italie.....	179
<b>TITRE II : UNE SIMILAIRE DOMINATION DE L'ÉTAT SUR L'ÉGLISE :</b>	
<b>L'AVÈNEMENT D'UN DROIT CIVIL DES COUPLES.....</b>	<b>182</b>
CHAPITRE 1 : L'UNION ET LA DÉSUNION DU COUPLE RÉAPPROPRIÉES PAR L'ÉTAT.....	184
<i>Section 1 : L'union civile</i> .....	184
§ 1 : Les fiançailles .....	185
A/ Les fiançailles au prisme du droit commun de la responsabilité .....	186
1/ Une même liberté de rompre ses fiançailles .....	187
2/ Potentielle source de compensation.....	188
B/ La spécificité contractualiste des fiançailles anglaises .....	189
1/ Une même approche de la responsabilité civile extracontractuelle .....	190
2/ Pouvant être écartée en cas de termes « <i>express</i> » ou « <i>implied</i> ».....	191
a/ Le principe du <i>pre-nup</i> .....	192
b/ L'arrêt <i>Radmacher</i> et ses conséquences .....	193
i. Principes fondamentaux posés .....	193
ii. Conséquences engendrées .....	194
§ 2 : Du mariage civil.....	198
A/ Un parcours historique différent.....	198
1/ Le mariage civil et les droits de l'homme français.....	198
2/ Le mariage civil et le pragmatisme anglais .....	201
3/ Le mariage civil et l'unité matrimoniale italienne .....	202
B/ Une conception juridique différente .....	204
1/ Nature juridique du mariage religieux .....	204
a/ Le mariage contrat.....	204
i. Le mariage juif.....	205
ii. Le mariage musulman .....	207
b/ Le mariage sacrement.....	208
i. Une alliance consensuelle, élevée au rang de sacrement .....	208
ii. Mariage naturel – mariage sacramentel .....	210
iii. Évolution de la pensée chrétienne classique .....	211
2/ L'évolution de la pensée juridique des États en présence du mariage civil .....	212
a/ Le mariage contrat : le cas de la France .....	212
b/ Le mariage à géométrie variable : le cas de l'Italie.....	213
c/ Le mariage comme <i>institution</i> : le cas de l'Angleterre.....	216
C/ Pour un résultat très proche.....	218
1/ Les conditions de forme du mariage civil.....	219
a/ Publication du mariage.....	220
b/ Rite de la célébration .....	221
2/ Les conditions de fond du mariage civil.....	223

a/ Principes de nubilité, du consentement et de la limitation des liens de consanguinité.....	223
b/ Principe de monogamie .....	226
i. La question de l'extranéité en droit français .....	227
ii. La question de l'extranéité en droit italien .....	229
iii. La question de l'extranéité en droit anglais.....	231
D/ Un particularisme national marqué.....	234
1/ Quelques particularités nationales.....	234
a/ Horaires de cérémonie .....	235
b/ Coût de la cérémonie civile.....	235
c/ Lieux de célébration.....	236
d/ Délai de viduité .....	237
e/ Empêchement italien.....	237
2/ Antériorité du mariage civil français .....	237
a/ Le principe d'antériorité.....	238
b/ De l'utilité d'un tel principe « répressif » et « dépassé ».....	240
c/ Liberté de conscience .....	244
d/ Les expériences allemande, italienne et anglaise .....	245
e/ Renforcement de la règle de la primauté du mariage civil .....	249
<b>Section 2 : La désunion civile.....</b>	<b>250</b>
§ 1 : La séparation de corps .....	250
A/ Schémas français et anglais .....	250
1/ Traits communs .....	251
2/ Spécificités anglaises .....	254
B/ Démarcation italienne.....	255
1/ Spécificités de la séparation de corps italienne.....	255
2/ Séparation consensuelle .....	257
§ 2 : La nullité civile.....	259
A/ La nullité française.....	262
B/ La nullité anglaise.....	263
C/ La nullité italienne.....	266
<b>Conclusion Chapitre 1 .....</b>	<b>269</b>
<b>CHAPITRE 2 : L'UNION ET LA DÉSUNION DU COUPLE RÉINVENTÉES PAR L'ÉTAT .....</b>	<b>270</b>
<b>Section 1 : Le divorce civil.....</b>	<b>272</b>
§ 1 : La séparation religieuse.....	272
A/ Le divorce et l'Église catholique.....	272
B/ Le divorce toléré par certaines religions .....	277
1/ Les Églises chrétiennes tolérant le divorce .....	277
a/ La religion orthodoxe.....	277
b/ L'Église anglicane.....	279
2/ Les religions du Livre tolérant le divorce .....	283
a/ Le divorce juif .....	283
i. De la thèse contractualiste .....	284
ii. Conséquences d'un refus de guet .....	285
iii. Pre-nups.....	287
b/ La religion musulmane.....	289
C/ Le divorce pleinement accepté par certaines religions .....	291
§ 2 : Le divorce civil.....	293
A/ Introduction du principe du divorce.....	293
1/ Introduction du principe du divorce en France.....	294
2/ Introduction du principe du divorce en Angleterre.....	295
3/ Introduction du principe du divorce en Italie .....	296
B/ Une même condition essentielle et préalable au divorce anglais et italien : la faillite du mariage ou la fin de la communion spirituelle et matérielle entre époux .....	298
1/ La faillite du mariage ou la fin de la communion spirituelle et matérielle entre époux.....	299
a/ Rupture irrémédiable du mariage.....	299
b/ Fin de la communion spirituelle et matérielle entre époux .....	300
2/ Les faits menant à la fin du mariage .....	302
a/ Les cinq faits de la Section 1(2) du MAC de 1973 .....	302
i. Faits et fautes.....	304
ii. Faits et séparations.....	308
b/ Les faits de la loi de 1970 .....	310
i. Faits et crimes .....	310
ii. Faits et séparation.....	311
iii. Autres faits .....	312
3/ Intervention judiciaire anglaise.....	313

a/ Procédure judiciaire anglaise .....	313
b/ Double <i>decree</i> .....	313
4/ Réforme du droit anglais du divorce .....	314
a/ Ce qui ne changera pas .....	315
b/ Ce qui va changer .....	316
C/ Divorce contentieux et non-contentieux: le schéma français et l'influence italienne en matière procédurale .....	318
1/ Le divorce italien sans juge .....	318
a/ Divorce non-judiciaire .....	319
b/ Devant le Procureur de la République .....	320
c/ Devant l'officier d'état civil .....	322
2/ Le divorce français sans juge .....	323
a/ Un divorce sans juge .....	324
b/ Rôle déterminant des avocats .....	325
c/ Établissement d'une convention .....	325
d/ Intervention du notaire .....	326
3/ Le divorce français avec juge .....	326
a/ Le divorce non-contentieux avec juge .....	327
b/ Le divorce contentieux avec intervention du juge .....	328
i. Caractéristiques communes aux trois divorces contentieux .....	329
ii. Caractéristiques propres au divorce pour acceptation de la rupture du lien conjugal .....	330
iii. Caractéristiques propres au divorce pour altération définitive du lien conjugal .....	331
iv. Caractéristiques propres au divorce pour faute .....	333
<b>Section 2 : Les (r)évolutions du mariage civil .....</b>	<b>336</b>
§ 1 : Les partenariats enregistrés .....	341
A/ Le PACS, entre concubinage et mariage, une illustration de la thèse contractualiste française .....	345
1/ Éléments essentiels du PACS .....	346
2/ Un contrat différent du mariage civil .....	347
B/ <i>Civil partnership</i> et <i>unione civile</i> , une option ouverte uniquement aux couples homosexuels .....	349
1/ Contextes préalables à l'adoption des lois en faveur des partenariats enregistrés en Angleterre et en Italie .....	349
b/ Contexte outre-Alpes .....	351
2/ Les lois anglaise et italienne portant sur les partenariats enregistrés .....	357
a/ Traits communs aux partenariats enregistrés anglais et italiens .....	357
i. Aspects sécularisés des <i>civil partnership</i> et des <i>unioni civili</i> .....	357
ii. Un même refus d'intégrer la notion d'adultère .....	359
iii. Requalification des mariages de même sexe conclu à l'étranger en partenariats enregistrés .....	360
b/ Ouverture des <i>civils partnerships</i> aux couples hétérosexuels .....	361
§ 2 : Vers le mariage pour tous .....	363
A/ Mariage et transsexualisme .....	363
1/ La reconnaissance du transsexualisme dans les trois États .....	363
a/ Résistance anglaise .....	363
i. Primauté du sexe de naissance .....	364
ii. Du rôle de la CEDH et de la House of Lords .....	365
b/ Un parcours plus fluide du côté français et italien .....	369
i. La pionnière italienne .....	369
ii. Situation française .....	372
2/ Le mariage antérieur au changement de sexe .....	377
a/ La non reconnaissance du changement de sexe .....	377
b/ Obligation de divorcer ou de dissoudre son partenariat enregistré .....	378
i. Situation en Angleterre .....	378
ii. Situation en Italie .....	379
B/ Reconnaissance du mariage pour tous .....	383
1/ Adoption de la loi dite mariage pour tous .....	383
a/ D'un <i>landmark case</i> à une loi, illustration du processus législatif anglais .....	383
b/ D'une élection à une loi, le malaise français .....	386
2/ De la clause de conscience .....	389
a/ Débats français .....	390
b/ Du côté anglais et européen .....	391
<b>Conclusion Chapitre 2 .....</b>	<b>396</b>
<b>CONCLUSION TITRE II .....</b>	<b>397</b>
<b>TITRE III : UNE PERSISTANCE VARIABLE DE L'INFLUENCE DE L'ÉGLISE SUR LE DROIT CIVIL DES COUPLES .....</b>	<b>398</b>

CHAPITRE 1 : DES MARIAGES RELIGIEUX À EFFETS CIVILS.....	401
<b>Section 1 : Fondements du système dualiste anglo-italien .....</b>	<b>401</b>
§ 1 : Fondements anglais.....	402
A/ Adoption de deux lois fondamentales.....	402
B/ <i>The Established Church of England</i> .....	405
1/ Une place privilégiée pour l'Église d'Angleterre .....	405
2/ À la marge de manœuvre strictement régulée, voire limitée.....	407
a/ Limitation législative.....	407
b/ Limitation gouvernementale .....	410
C/ Les autres Églises.....	412
1/ Statut juridique du culte non-établi.....	412
2/ Nécessité de s'enregistrer .....	414
a/ Un lieu servant au culte religieux.....	415
b/ Un groupe identifiable.....	416
3/ Un système accepté par les religions non-anglicanes.....	417
§ 2 : Fondements italiens .....	418
A/ Évolutions italiennes au lendemain de son unité.....	418
1/ L'âge libéral et le choix de l'État de réguler la religion .....	419
2/ La période fasciste et l'âge des Concordats .....	420
3/ La période postfasciste, démocratique et républicaine et l'option constitutionnelle d'un principe d'accords conclus avec les religions.....	421
B/ Les relations État – Église catholique : Concordat & article 7 de la Constitution.....	423
C/ Les relations État – cultes non catholiques : <i>Intese</i> & article 8 de la Constitution .....	425
1/ Raisons juridiques .....	426
2/ Raisons politiques.....	427
3/ Les diverses ententes .....	430
D/ Les relations État – cultes non catholiques sans <i>intese</i> .....	432
<b>Section 2 : Le mariage selon le système dualiste anglo-italien.....</b>	<b>434</b>
§ 1 : Église d'Angleterre, Église catholique en Italie : une place à part.....	435
A/ Le mariage anglican.....	435
1/ Les Préliminaires.....	436
a/ Les bans.....	436
b/ Liens avec la paroisse .....	436
i. Liens avec la paroisse.....	436
ii. Paroissien non obligatoirement anglican .....	437
iii. Le precedent Argar.....	437
c/ Autorisation de se marier .....	439
d/ Réforme oubliée .....	441
2/ Mariage anglican obligatoirement hétérosexuel.....	442
a/ L'union d'un homme et d'une femme.....	442
b/ <i>Same-sex marriage</i> .....	443
c/ La solution du <i>quadruple lock</i> .....	443
i. Première mesure : de la non-obligation à célébrer un mariage homosexuel.....	444
ii. Deuxième mesure : de la possibilité de célébrer un mariage homosexuel.....	444
iii. Troisième mesure : le dogme hétérosexuel anglican n'est pas contraire à la loi de 2013 .....	445
iv. Quatrième mesure : de l'interdiction de célébrer un mariage anglican homosexuel.....	446
3/ Célébration du mariage anglican.....	446
4/ Enregistrement du mariage.....	447
B/ Le mariage concordataire.....	449
1/ Publicité.....	450
a/ Double déclaration .....	451
b/ Acte de publication .....	451
c/ Opposition au mariage ou certificat de <i>nulla osta</i> .....	452
2/ Célébration du mariage .....	454
3/ Formalités postérieures à la célébration.....	454
a/ Lecture des articles du Code civil italien .....	455
b/ Rédaction de l'acte de mariage.....	456
c/ Transmission de l'acte de mariage .....	456
4/ La transcription .....	457
a/ Effets civils du mariage catholique.....	458
i. Effets civils à la lecture des articles du Code civil.....	458
ii. Effets civils à la transcription de l'acte de mariage.....	458
iii. Effets civils dès la célébration à condition que l'acte de mariage soit incorporé au registre d'état civil.....	459
b/ Transcription immédiate .....	459

c/ Transcription tardive .....	460
§ 2 : Les mariages des autres religions .....	462
A/ Le mariage non-anglican .....	462
1/ Rôle de l'officier d'état civil.....	462
2/ De l'importance de la religion en question .....	464
a/ Mariages juifs et mariages quakers.....	464
i. Exclusion législative .....	465
ii. Le mariage quaker.....	466
iii. Le mariage juif.....	468
b/ Tous les autres mariages.....	469
i. Registered buildings.....	469
ii. En présence d'un registrar of marriages ou d'une authorised person.....	475
B/ Le mariage <i>acattolico</i> , non-concordataire .....	476
1/ Un mariage religieux comme un autre ?.....	476
2/ L'acquisition des effets civils lors d'un mariage non-concordataire .....	479
a/ Démarches administratives préliminaires .....	479
b/ La cérémonie .....	482
c/ La transcription.....	483
3/ Quelques exemples d'ententes.....	484
<b>Section 3 : Le mariage sous l'angle du droit international privé français.....</b>	<b>487</b>
§ 1 : Mariages célébrés en dehors de l'Hexagone .....	489
A/ Principe de la reconnaissance des mariages de Français célébrés à l'étranger .....	489
B/ Mariages de non-Français célébrés à l'étranger .....	491
§ 2 : Limites aux principes.....	493
A/ Principe de la publication des bans et de la transcription des mariages de Français célébrés à l'étranger .....	494
B/ Ordre public.....	495
<b>Conclusion Chapitre 1 .....</b>	<b>499</b>
<b>CHAPITRE 2 : RÉACTION DES ÉTATS ANGLAIS, FRANÇAIS ET ITALIEN FACE À LA JUSTICE ET AU DROIT RELIGIEUX .....</b>	<b>501</b>
<b>Section 1 : L'épineux problème des mariages religieux non reconnus – focus sur le mariage musulman.....</b>	<b>504</b>
§ 1/ Un même refus de reconnaître un mariage exclusivement religieux ne respectant pas la législation civile .....	505
A/ Non- reconnaissance anglaise : le <i>non-marriage</i> .....	505
1/ Concepts de <i>void</i> , <i>voidable</i> ou <i>non</i> .....	506
a/ <i>Void</i> , <i>voidable</i> ou <i>non-marriage</i> .....	506
b/ <i>Non-marriage</i> en cas de mariage non <i>valid</i> .....	507
2/ L'arrêt <i>Akhter v Khan</i> .....	508
a/ Première instance.....	508
b/ Appel .....	509
3/ Accueil de la décision judiciaire.....	511
a/ Position de la <i>NSS</i> .....	511
b/ Pour une intervention de la Cour suprême .....	511
c/ Potentielle source de discrimination .....	512
4/ Principe de liminarité.....	514
B/ Non-reconnaissance française et italienne .....	516
1/ Primauté du mariage civil .....	517
2/ Sanctions administratives et inexistence .....	518
§ 2 : Solutions en cas de mariage non reconnu valable par le droit civil .....	519
A/ Solution latine : concubinage et mariage putatif .....	520
1/ Concubinage .....	520
a/ Un même principe reconnaissant le concubinage .....	520
b/ Différences franco-italiennes .....	522
2/ Mariage putatif.....	526
a/ Principe du mariage putatif.....	527
b/ Putativité et mariage non-existant.....	528
i. Putativité et mariage non-existant en droit français.....	528
ii. Putativité et mariage non-existant en droit italien.....	529
B/ La solution anglaise.....	530
1/ <i>Presumption of marriage</i> .....	531
a/ L'arrêt <i>Chief Adjudication Officer v Bath</i> .....	531
b/ L'arrêt <i>A-M v A-M</i> .....	533
2/ Le <i>trust</i> .....	534
a/ <i>Express trust</i> .....	534

b/ <i>Implied trust</i> .....	535
i. Arrêt <i>Eves v Eves</i> .....	536
ii. Arrêt <i>Grant v Edwards</i> .....	537
iii. <i>Common Intention Constructive Trust</i> .....	538
<b>Section 2 : L'épineux problème du divorce religieux– focus sur le divorce juif.....</b>	<b>540</b>
§ 1 : L'Angleterre, le <i>guet</i> et le <i>Divorce (Religious Marriages) Act</i> de 2002 .....	541
A/ Avant 2002 .....	542
1/ Pression financière sur le mari .....	542
2/ Pression de l'épouse .....	543
3/ Accorder le <i>decree absolute</i> quand absolument tout est réglé.....	544
a/ L'arrêt <i>O v O</i> .....	544
b/ Influences américano-canadiennes .....	544
i. L'expérience américaine.....	545
ii. L'expérience canadienne.....	546
B/ La réforme de 2002 .....	548
1/ Procédure et principe.....	548
a/ La procédure de divorce .....	548
b/ Le principe de la loi de 2002.....	549
i. Principe explicite.....	549
ii. Conséquences implicites .....	550
2/ Accueil de la loi.....	552
a/ Diminution du nombre d' <i>agunot</i> .....	552
b/ Critiques de la loi de 2002 .....	552
§ 2 : La France, le <i>guet</i> et l'abus de droit .....	554
A/ Qualification du refus de délivrance du <i>guet</i> .....	554
1/ De la thèse contractualiste .....	555
2/ Le <i>guet</i> , vu comme un délit .....	555
a/ Du délit civil.....	556
b/ De l'abus de droit.....	557
B/ Conséquences de l'abus de droit en cas de refus de <i>guet</i> .....	559
1/ Fait générateur.....	559
a/ La mauvaise foi .....	559
b/ L'intention de nuire .....	560
c/ Le comportement du récalcitrant .....	561
2/ Préjudice .....	561
a/ Perte de chance réelle et sérieuse .....	561
b/ Conséquences .....	562
i. Dommages-intérêts réductibles .....	562
ii. Astreinte.....	563
iii. Dommages-intérêts simples.....	565
<b>Section 3 : De la place des tribunaux religieux dans l'ordre juridique anglais, français et italien</b>	<b>567</b>
§ 1: De la justice religieuse .....	568
A/ Des religions qui refusent la notion de justice religieuse.....	568
1/ Les religions polythéistes asiatiques .....	568
2/ Chez les protestants.....	569
3/ Chez les anglicans .....	570
B/ Le <i>Beth Din</i> juif.....	571
1/ Précision lexicale et implantation.....	572
2/ Caractéristiques fondamentales .....	574
a/ Principes fondamentaux.....	574
b/ Procédure.....	575
C/ Le tribunal musulman .....	576
1/ Le <i>cadi</i> .....	576
2/ Confusions et précisions autour de la notion de <i>Sharia court</i> en Angleterre .....	578
a/ Confusion 1 : <i>a court is not a tribunal, a tribunal is not a court</i> .....	578
i. Terminologie juridique anglaise .....	579
ii. Le Muslim Arbitration Tribunal .....	581
iii. Le Sharia council.....	582
b/ Confusion 2 : Expérience canadienne et discours de l'archevêque de Canterbury en 2008 .....	583
i. L'expérience canadienne .....	583
ii. Le discours de l'archevêque de Canterbury de 2008.....	586
iii. Réactions au discours de l'archevêque de Canterbury de 2008.....	589
c/ Réforme suggérée .....	592
i. Pratiques des Sharia councils.....	592

ii. Préconisation de réformes .....	593
3/ Le cas de Mayotte .....	595
a/ Les régimes dérogatoires à la loi de 1905.....	595
i. L'Alsace-Moselle.....	595
ii. Les départements et collectivités d'Outre-mer .....	597
b/ Le régime de Mayotte.....	600
i. Loi musulmane et justice cadiale en territoire français.....	600
ii. Le droit mahorais aujourd'hui.....	603
§ 2 : La solution italienne et la <i>riserva di giurisdizione</i> .....	607
A/ Le tribunal ecclésiastique catholique romain.....	607
1/ La procédure en constat de nullité de mariage.....	608
a/ Rôle judiciaire de l'évêque .....	608
b/ Le procès bref.....	609
c/ Abolition de l'appel automatique .....	610
2/ L'instance.....	611
3/ Quelques chiffres .....	613
B/ Fondement du principe de réserve juridictionnelle .....	614
1/ Le Concordat de 1929 .....	614
a/ Concordat, article 34 et <i>giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale</i> .....	614
b/ Interventions jurisprudentielles.....	616
2/ La révision du Concordat de 1984.....	617
a/ Changements fondamentaux .....	617
b/ Schisme jurisprudentiel.....	619
i. La Cour de cassation .....	620
ii. La Cour constitutionnelle.....	623
3/ Mise en application du principe italien .....	624
a/ Le processus de <i>delibazione</i> devant la Cour d'appel et ses conséquences.....	624
i. Le rôle de la Cour d'appel.....	624
ii. Intervention de la Cour de cassation .....	626
b/ La dispense ecclésiastique du mariage conclu mais non consommé.....	629
c/ Ouverture du principe de la <i>riserva giurisdizionale</i> aux autres religions ?.....	631
<i>Conclusion Chapitre 2</i> .....	634
CONCLUSION TITRE III .....	635
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>637</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>643</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>715</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>719</b>