

LE MARIAGE DES AUTRES

Le mariage entre personnes relevant des systèmes de droit hébraïque, islamique et canonique

AVANT-PROPOS

IL EXISTE DANS PRESQUE tous les systèmes juridiques une institution – appelée mariage – qui, même organisée selon différentes formes, développe une fonction sociale analogue, assurant la procréation, l'éducation de la progéniture et la solidarité entre les membres de la famille ¹.

Cette similarité fonctionnelle devrait, en théorie, accroître la capacité du mariage à dépasser les frontières de tout ordre juridique ; et si cette institution poursuit des finalités analogues dans divers systèmes de droit, le législateur et le juge qui opèrent au sein d'un système devraient être induits à reconnaître et attribuer une importance au mariage conclu, dissous ou déclaré nul dans un autre système juridique. En

* Je tiens à remercier les professeurs Alfredo M. RABELLO et Roberta ALUFFI BECK PECCOZ pour les précieux conseils qu'ils m'ont donnés à l'occasion de la préparation de cet article.

1. Voir par exemple les définitions du mariage contenues sous les entrées « Matrimonio », *Lessico Universale Italiano*, Roma, Ist. della Enciclopedia Italiana, 1974, v. XIII, p. 205 ; « Matrimonio », *Enciclopedia Cattolica*, Città del Vaticano, Ente per l'Encicl. Cattolica, 1952, v. VIII, p. 407 ; « Marriage », *The New Encyclopaedia Britannica*, Chicago, Enc. Britannica, 1988, v. 7, p. 871 ; Paolo MONETA, « Matrimonio canonico », *Digesto delle discipline privatistiche*. Sez. civile, Torino, Utet, 1994, v. XI, p. 218.

réalité, il n'en va pas ainsi : la discipline juridique du mariage reflète les valeurs sur lesquelles tout système juridique est fondé et la diversité de ces valeurs fait obstacle à la libre circulation des différents modèles matrimoniaux. L'examen des limites que chaque système pose à l'efficacité d'un mariage conclu ou rompu dans un autre système sert donc à cerner les principes auquel il est impossible de renoncer et non négociables à l'intérieur d'un système juridique.

Le problème de la relation entre les différents systèmes juridiques du mariage est débattu depuis longtemps de par le monde où cohabitent des personnes de religion, d'ethnie, de culture diverses (pensons au Proche-Orient ou à l'Inde). On a fréquemment donné comme réponse aux tensions dérivant de cette coexistence l'admission, au sein d'un même État, de divers systèmes matrimoniaux. Ce problème est d'actualité en Occident suite à l'immigration de populations provenant des régions les plus variées du monde. En Occident pourtant, la pluralité des modèles matrimoniaux générée par ce phénomène se heurte au système juridique étatique essentiellement moniste qui – hormis quelques ajustements mineurs – ne reconnaît sa validité civile qu'à un seul type de mariage ; ainsi, les solutions adoptées dans certaines parties de l'Orient ne sont pas aisément imitables en Occident.

L'enquête sur la relation entre les différents systèmes juridiques du mariage, constituant le présent article, sera conduite en se référant à trois systèmes religieux (droit hébraïque, droit canonique latin, droit islamique) et à un groupe de systèmes séculaires relativement homogènes, dans les traits fondamentaux de la discipline du mariage du moins (les systèmes juridiques des États de l'Europe occidentale). Les mariages célébrés par des fidèles appartenant à différentes confessions d'une même religion (protestants par exemple)² ne seront pas pris en considération.

L'analyse est consacrée à l'identification des grandes lignes de diverses architectures juridiques, laissant en arrière-plan la

2. Cette terminologie, de dérivation chrétienne, ne s'applique pas de manière adéquate au judaïsme et à l'islam, ni d'ailleurs aux problèmes importants qui, tant dans le droit hébraïque que dans le droit islamique, se posent pour les mariages célébrés entre des fidèles appartenant à différents courants de ces deux religions.

discipline de fond. Il faut, en premier lieu, dans le cas des droits islamique et hébraïque, tenir compte de l'absence d'une autorité centrale dotée d'un pouvoir législatif universel : cela exclut l'existence d'une règle uniformément applicable et impose, par conséquent, de se limiter à cerner certaines tendances prédominantes. Dans un second temps, il est nécessaire de distinguer les différentes significations qui se cachent sous les expressions, univoques seulement en apparence, de « droit islamique » et de « droit hébraïque ». La première peut assumer au moins trois contenus, en corrélation mais différents selon que l'on veuille indiquer par celle-ci le droit musulman classique, le droit des pays musulmans ou le droit des communautés islamiques siégeant en Europe. Le droit hébraïque, de la même manière, doit être distingué du droit israélien qui, en matière de mariage, est largement fondé sur le premier mais ne s'identifie pas à lui. La référence au droit canonique est plus évidente : suite au processus de sécularisation des systèmes juridiques des pays européens, ce dernier est suffisamment distinct (même dans les pays à plus forte tradition chrétienne) du droit matrimonial de l'État et l'existence d'une autorité centrale étant à même de promulguer ou d'abroger des normes dans toute l'Église catholique conduit à distinguer, avec une précision suffisante, le droit en vigueur de celui qui ne l'est plus. Ces caractères propres au droit canonique (et à bien des droits étatiques) ne peuvent être transposés dans l'interprétation du droit islamique et hébraïque.

Il serait finalement réducteur d'oublier que le droit est une réalité dynamique et en continuelle transformation : de ce fait, dans certains cas, il ne sera possible que de signaler des processus en cours sans pouvoir en indiquer l'issue.

I. LA VALEUR DU MARIAGE

1. *La valeur, dans les systèmes étatiques occidentaux, de la célébration du mariage religieux*

Cette thématique est abordée en considérant séparément l'importance attribuée au mariage religieux contracté par deux nationaux (A) ou par deux étrangers (B).

(A) Les pays d'Europe occidentale suivent deux orientations différentes³. Dans certains États, aucune valeur n'est reconnue à la célébration religieuse du mariage : seul le mariage civil a une efficacité juridique⁴. Aucune importance n'est donc attribuée aux dispositions d'un système juridique religieux, ni en matière de forme ni en matière de discipline substantielle du mariage. Dans d'autres pays, le mariage peut être aussi bien célébré sous sa forme civile que sous sa forme religieuse, et cette dernière peut acquérir une importance dans le système juridique de l'État à travers l'accomplissement de certaines formalités⁵. Pour accéder, dans ces pays, à la célébration du mariage sous sa forme religieuse, le respect des conditions substantielles prévues par les lois nationales⁶ est généralement requis, bien que les exceptions ne manquent pas.

3. Pour une étude à caractère général de la législation en vigueur en Europe, cf. Silvio FERRARI e Iván C. IBAN, *Diritto e religione in Europa occidentale*, Bologna, il Mulino, 1997, p. 77 et suiv. Pour la liste des États suivant l'un ou l'autre système décrit dans le texte, cf. *The Marriage*, Milano, Giuffrè, 1998 ; Carolyn HAMILTON & Kate STANDLEY (eds.), *Family Law in Europe*, London, Butterworths, 1995 ; European Consortium For Church And State Research, *Marriage and Religion in Europe*, Milano, Giuffrè, 1993.

4. Telle est la discipline en vigueur en Autriche, au Luxembourg, en France, Belgique, Allemagne, Hollande et dans d'autres pays encore.

5. Comme c'est le cas en Espagne, Italie, Portugal, Danemark et dans d'autres pays.

6. Telle est la discipline en vigueur par exemple, en Grèce (cf. Jean DELIYANNIS, « Le mariage religieux et son efficacité civile en droit hellénique », in European Consortium For Church And State Research, *Marriage*, *op. cit.*, p. 132-33) et au Portugal (Guilherme DE OLIVEIRA-Nuno DE SALTER CID, « Casamento, separação e divórcio no direito português », *The Marriage*, *op. cit.*, p. 387). En Italie, le principe qui a inspiré les accords de Villa Madame a été que « la reconnaissance civile du

De manière générale, les systèmes juridiques des États occidentaux n'apparaissent pas enclins à reconnaître une importance particulière au mariage religieux de leurs propres citoyens. La citoyenneté prévaut sur l'appartenance religieuse et la rend insignifiante (comme c'est le cas des pays où le mariage civil obligatoire est en vigueur) ou en réduit l'importance à la forme de célébration.

(B) Les systèmes juridiques des pays occidentaux oscillent entre l'application des normes établies pour le mariage civil des étrangers et la prévision d'un régime spécifique.

Les règles de droit international privé régissant la célébration du mariage sont extrêmement complexes et ne se prêtent pas à être exposées ici, même sommairement⁷.

Avec une dose remarquable de simplification, on peut affirmer que l'orientation traditionnellement suivie en termes de forme de la célébration matrimoniale est fondée sur le principe du *locus regit actum* (selon lequel la forme de la célébration est déterminée par le droit de l'État où le mariage est célébré), tempéré par la possibilité de célébrer le mariage sous une forme consulaire⁸ ; en ce qui concerne les conditions de validité du mariage, la règle générale est constituée par la reconnaissance de la loi nationale commune aux conjoints étrangers pourvu qu'elle ne viole pas certains principes fondamentaux (définis d'ordre public) du système où le mariage doit avoir une efficacité⁹.

mariage canonique n'est pas admise quand, dans les mêmes conditions, la célébration d'un mariage civil a été empêchée » (Paolo MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 24).

7. Pour une vue d'ensemble, François BOULANGER, *Droit civil de la famille*, t. I, *Aspects comparatifs et internationaux*, Paris, Economica, 1997, p. 209-254. Voir aussi, ci-dessous, l'article de Vincent CADOR, « Les mariages interreligieux et le droit international privé français ».

8. C'est le cas par exemple en France, en Belgique et sous une forme plus atténuée, en Grande-Bretagne et en Allemagne (cf. François BOULANGER, *Droit civil* cit., t. I, p. 237-241). Pour les pays acceptant le mariage consulaire cf. *ibid.*, t. I, p. 244-45.

9. Cf. François BOULANGER, *op. cit.*, t. I, p. 222-31 ; « Ordine pubblico. III) Diritto internazionale privato e processuale », *Enciclopedia giuridica*, Roma, Ist. della Enciclopedia italiana, 1990, v. XXII, p. 1-6. Chaque État discipline dans des termes naturellement différents le problème de la loi applicable au mariage de l'étranger : pour avoir une idée de la complexité du problème, cf., avec une référence spécifique à la

Aucun de ces deux principes ne jouit aujourd'hui d'une application aussi étendue et sûre que par le passé¹⁰ : mais ils constituent encore le point de référence prévalant en la matière.

Ces règles gouvernant les rapports entre systèmes étatiques ont aussi été largement appliquées, avec de significatives déviations, aux rapports avec les systèmes religieux.

Il n'existe pas, dans les pays où le système du mariage civil obligatoire est en vigueur, un correspondant « religieux » du mariage consulaire. Deux étrangers peuvent célébrer un mariage civil sous la forme prévue par leurs lois nationales face au consul de leur État, mais ne peuvent célébrer un mariage religieux sous la forme prévue par leur religion, face à un ministre du culte¹¹ : le système religieux dans ce cas, n'est pas comparé à un système étatique. Une carence analogue d'assimilation revient aussi dans le cas où un État reconnaît à ses citoyens la faculté de conclure un mariage à l'étranger selon la loi du lieu de célébration : dans ce cas, la célébration d'un mariage sous sa forme religieuse est normalement reconnue, mais seulement si le mariage a été civilement reconnu dans le pays où il a été conclu¹². Dans ce cas l'efficacité du mariage religieux n'est

dialectique entre mariage civil et religieux (musulman), Marie-Claire FOBLETS, « Muslim family law before the courts in Europe : a conditional recognition », Brigitte MARECHAL-Stefano ALLIEVI-Felice DASSETTO-Jørgen NIELSEN (eds.), *Muslim in the Enlarged Europe. Religion and Society*, Leiden-Boston, Brill, 2003, p. 255-284, où l'on trouve une explication sur la fragilisation récente de cette règle et l'extension du champ d'application de la *lex fori*.

10. François BOULANGER, *op. cit.*, t. I, p. 209-15.

11. L'Allemagne, où deux étrangers peuvent célébrer un mariage religieux devant un ministre du culte autorisé par l'État de leur citoyenneté et du *Land* où la cérémonie doit avoir lieu, fait exception à la règle (cf. Eugen Dietrich GRAUE, « Family law in Germany », Carolyn HAMILTON-Kate STANDLEY, *op. cit.*, p. 169).

12. C'est le cas du mariage célébré à l'étranger par deux citoyens belges (Rik TORFS, « Le mariage religieux et son efficacité civile en Belgique », European Consortium For Church And State Research, *Marriage*, *op. cit.*, p. 235), irlandais (James CASEY, « Religious marriage and its civil effectiveness in Ireland », *ibid.*, p. 115), français (Francis MESSNER, Pierre-Henri PRELOT, Jean-Marie WOHERLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, Litec, 2003, p. 644), italiens (Francesco FINOCCHIARO,

pas directe mais se fait moyennant sa reconnaissance par la loi nationale.

Ces ébauches schématiques semblent indiquer que les systèmes étatiques occidentaux perçoivent les systèmes religieux comme quelque chose qui leur est différent et leur appliquent des règles qui ne sont pas exactement égales à celles en vigueur pour les systèmes étatiques avec lesquels ils entrent en contact. Cette perception correspond à une altérité effective des systèmes juridiques religieux par rapport aux systèmes juridiques étatiques¹³, bien qu'un résidu de la conception étatiste dominante du droit européen du 19^e siècle ne lui soit probablement pas étranger. Et, en termes plus généraux, on retrouve là l'idée que seul le droit séculier détaché de présupposés sacrés, rationnellement invérifiables, est un « vrai » droit.

2. La valeur, dans les systèmes religieux, de la célébration du mariage civil

Dans le domaine des systèmes religieux, ce même problème se pose en termes plus complexes.

La thématique de l'importance que le mariage civil peut avoir pour chacun de ces systèmes doit être abordée séparément selon que les sujets contractants y appartiennent (A) ou qu'ils y soient étrangers (B).

Dans le premier cas, les divers systèmes religieux ont suivi des voies divergentes :

(A1) *Droit canonique*. Le droit canonique ne reconnaît pas la validité d'un mariage civil conclu entre deux catholiques : ils sont tenus de célébrer le mariage sous une forme canonique¹⁴. Des raisons théologiques (la nature sacramen-

Diritto ecclesiastico, Bologna, Zanichelli, 2003, p. 319-21) et allemands (Eugen Dietrich GRAUE, « Family law », *op. cit.*, p. 170).

13. Pensons, pour donner un seul exemple, au caractère territorial des systèmes juridiques étatiques et à celui plus personnel des systèmes juridiques religieux : cf. Silvio FERRARI, *Lo Spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 103-105.

14. Cf. can. 1108. Voir en outre Paolo MONETA, *Il Matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, Ecig, 1991, p. 14.

telle du mariage¹⁵) et politiques (le conflit entre État et Église qui a marqué une grande part de l'époque moderne et contemporaine) ont contribué à déterminer et à maintenir cette règle jusqu'à nos jours : les tempéraments qui lui sont apportés ont des motivations pratiques¹⁶, ou concernent des personnes qui se sont séparées de l'Église catholique¹⁷.

(A2) *Droit hébraïque*. Le droit hébraïque exige de tout juif la célébration d'un mariage de forme religieuse, mais reconnaît l'existence *de facto* – et selon certains même la validité juridique *post factum*¹⁸ – d'un mariage civil célébré par deux d'entre eux. Il est possible que cette reconnaissance découle de l'absence, dans le judaïsme, de toute conception

15. Sur laquelle se fonde la compétence de l'autorité ecclésiastique pour le réguler : le rapport entre le caractère sacramental du mariage et la juridiction ecclésiastique est clairement exprimé par exemple dans l'encyclique *Arcanum divinae sapientiae* (1880), *Enchiridion delle encicliche*, 3, Leone XIII (1878-1903), Bologna, Dehoniane, 1997.

16. Certaines raisons pastorales induisent à subordonner à la licence de l'ordinaire la célébration d'un mariage canonique qui ne peut être reconnu ou célébré civilement (cf. can. 1071) : de cette manière, l'importance du mariage civil est indirectement reconnue. Mais l'autorité ecclésiastique a toujours pris grand soin de tenir distinctes ces préoccupations pratiques et l'enseignement sur l'obligation pour les baptisés d'une célébration canonique du mariage (sur toute cette problématique, Cf. A. MARZOA-J. MIRAS-R. RODRIGUEZ-OCAÑA, *Commentario exegético al Código de derecho canónico*, v. III/2, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 1128-1130).

17. De ce fait, le can. 1117 ne requiert pas de forme canonique pour le mariage des baptisés qui se seraient séparés de l'Église par un acte formel.

18. Cf. Elliot N. DORFF-Arthur ROSETT, *A Living Tree. The Roots and Growth of Jewish Law*, New York, State Univ. of New York Press, 1988, p. 524 ; Dayan Morris SWIFT, *Jewish Marriage and Divorce*, London, Beth Din, 1962, p. 8, qui souligne que pour le droit hébraïque, le mariage civil de deux juifs ne peut être dissous qu'au moyen d'un divorce hébraïque. D'autres objectent qu'il est difficile de reconnaître à cette union – face à la volonté explicite des parties de ne pas célébrer le mariage sous sa forme hébraïque –, la valeur de consécration qui est propre au mariage hébraïque : le droit hébraïque peut donc uniquement reconnaître l'importance factuelle d'un mariage civil de deux juifs. Le débat illustre bien la variété des positions coexistantes dans le judaïsme, accentuée par l'absence d'une autorité centrale capable de prendre des décisions engageant la communauté entière.

sacramentelle¹⁹ du mariage ; il apparaît moins probable que le principe du *dina dé-malkhuta dina* ait joué un rôle étant donné son peu d'importance dans le domaine du droit de la famille²⁰.

(A3) *Droit islamique*. Le droit islamique rencontre tardivement le mariage civil à l'occasion de l'établissement de communautés musulmanes dans les pays occidentaux. La présence d'une autorité religieuse²¹ n'est pas requise pour

19. Cela ne signifie pourtant pas que le mariage n'ait pas de caractère sacré : le mariage est appelé en hébreu *kiddushin* (consécration) et la femme mariée est appelée *mekudeshet* (consacrée). Selon Maïmonide, cette consécration a été établie dans la révélation du Sinaï : cf. *Mishné Torà, Hilchot Ishut* 1:2. Voir, en outre, Alfredo Mordechai RABELLO, *Introduzione al Diritto Ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 97 et suiv. Bien des Églises protestantes, qui ne reconnaissent pas le caractère sacramentel du mariage considèrent aussi la célébration civile comme valide : cf. Erns LANGE, « Matrimonio », Hans Jürgen SCHULTZ, *Dizionario del pensiero protestante*, Brescia, Herder-Morcelliana, 1970, p. 309 (la cérémonie religieuse n'est pas considérée comme un véritable mariage mais plutôt comme une bénédiction du mariage civil par rapport à la communauté religieuse : cf. Gerhard ROBBERS, *Civil effects*, *op. cit.*, p. 212).

20. Ce principe (« la loi du royaume est la loi ») établit qu'en certains domaines et certaines conditions, les normes en vigueur dans un État non hébraïque s'appliquent aussi aux juifs qui y habitent : mais la légitimité et le caractère obligatoire de la loi étatique n'est pas absolue et dépend du droit hébraïque qui en définit les limites de reconnaissance. Cette règle a été appliquée en matière de droit fiscal, commercial et dans quelques rares autres domaines dont le droit matrimonial ne fait pas partie. Cf. Menachem ELON, *Jewish Law. History, Sources, Principles*, Philadelphia-Jerusalem, The Jewish Publication Society, 1994, I, p. 64-74. Voir aussi les contributions de Aaron KIRCHENBAUM et Jon TRAFIMOV, Chaïm POVARSKY et Malvina HALBERSTAM recueillies dans la *Cardozo Law Review*, 12, 1991, p. 925 et s. et Sylvie-Anne GOLDBERG, « *Dina Dé-malkhuta dina* : la loi du Royaume est la loi », Frank ALVAREZ-PEREYRE et Lionel PANAFIT (dir.), *Le Droit interne hébraïque*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 103-117.

21. Cf. Dawoud Sudqi EL ALAMI and Doreen HINCHCLIFFE, *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, London-The Hague-Boston, CIMEL-Kluwer, 1996, p. 5-6 ; Frank FREGOSI, « Recevabilité du droit islamique dans les États européens : entre revendication sociale, mise en œuvre limitée et enjeu symbolique », Franck FREGOSI (dir.), *Lectures contemporaines du droit islamique. Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 149.

une célébration valide²² du mariage musulman : un mariage civil entre deux musulmans acquiert donc souvent une valeur juridique dans les communautés musulmanes européennes, à condition que les requêtes substantielles et formelles que cela implique soient respectées pour une célébration valide. Telle est la réponse du droit. Dans la pratique pourtant, la célébration devant l'imam (ou de toute manière dans les formes traditionnellement prévues par le droit islamique) est courante. Elle est suivie ou précédée, dans les pays européens qui prévoient un système de mariage civil obligatoire, par la célébration civile²³. Dans les pays occidentaux, le cadre est donc plus complexe que ce qui apparaissait à première vue et présente des points de ressemblance avec la situation existant en Italie dans les décennies suivant l'introduction du mariage civil obligatoire²⁴.

Pour développer sur ce point nos premières conclusions, on passe d'une reconnaissance substantielle du mariage civil par le droit musulman (bien qu'il s'agisse d'une attitude plus théorique que pratique) à son ignorance de la part du droit canonique, le droit hébraïque occupant une position incertaine mais en quelque sorte intermédiaire. Il est intéressant de noter que l'orientation prise par le droit canonique est relativement récente : jusqu'au concile de Trente, la célébration religieuse n'était pas exigée et un

22. Cf. la *fatwa* prononcée le 5 septembre 2004 par le cheik Faysal MAWLAWI : « Civil Marriage in the West » ; le texte est disponible sur www.islamonline.net/fatwa/english/FatwaDisplay.asp?hFatwaID=90057.

23. Comme c'est le cas en France (voir F. FREGOSI, *op. cit.*, p. 148-49) et en Angleterre (voir D. PEARL and W. MENSKI, *op. cit.*, p. 170). Cf., en outre, www.jannah.org/sisters/qamarr.html, consulté le 2 août 2004. Franck FREGOSI, David PEARL et Werner MENSKI soulignent tous combien, pour le sentiment musulman commun, un mariage uniquement civil est jugé inopportun et attribuent cette persistance du mariage « religieux » plus à des raisons coutumières et culturelles qu'à des raisons strictement religieuses.

24. Silvio FERRARI, « Religione e codice civile. Dinamica istituzionale e problematica amministrativa del diritto matrimoniale post-unitario », *Storia contemporanea*, mars 1976, p. 123-67; ID., « Legislazione ecclesiastica e matrimonio religioso tra diritto civile e diritto canonico : un caso di peculiare interdipendenza », *La norma en el derecho canónico*. Actas del III Congreso Internacional de derecho canónico, Pamplona, Ed. Univ. de Navarra, 1979, p. 443-56.

mariage célébré entre deux baptisés en l'absence d'un prêtre était pleinement valide. C'est seulement avec la formation de l'État moderne en Occident que naît la distinction entre mariage religieux et mariage civil, en substance inconnue par l'Europe médiévale²⁵. La revendication, de la part des autorités séculières, du pouvoir de légiférer en matière de mariage (en lien avec la contestation protestante du caractère sacré du mariage) a conduit l'Église catholique à réaffirmer sa propre compétence dans ce domaine : l'introduction de la forme canonique *ad validitatem* fait partie de cette stratégie. Dans l'Orient musulman, où l'État séculier (et donc aussi le mariage civil) n'est pas enraciné, la question ne se pose pas ; ce même problème a un caractère d'urgence mineur pour les communautés hébraïques résidant en Europe, qui jouissent depuis longtemps d'une autonomie législative en matière matrimoniale²⁶. Sans trop anticiper sur les observations qui seront émises dans la conclusion de cette étude, il semble donc que le processus de sécularisation du droit, caractéristique de l'Occident, a joué un rôle significatif dans la détermination de la diversité du comportement des droits canonique, hébraïque et musulman envers le mariage civil²⁷.

(B) Dans le cas d'un mariage civil célébré par des « infidèles » – c'est-à-dire par des sujets appartenant à une communauté religieuse autre que celle qui doit évaluer la validité du mariage ou par des sujets qui ne sont membres d'aucune religion – les positions du droit hébraïque, canonique et islamique sont bien plus proches. Le mariage civil du non baptisé est reconnu par le droit canonique s'il respecte les caractères essentiels du mariage vu comme institu-

25. José Maria González DEL VALLE, *op. cit.*, p. 304-305 ; Jean GAUDEMET, *Le Mariage en Occident*, Paris, Cerf, 1987, p. 139 et s. et 313 et s.

26. Cf. les contributions recueillies dans N.S. HECHT – B.S. JACKSON – S. M. PASSAMANECK – D. PIATTELLI et A.M. RABELLO (eds.), *An Introduction to the History and Sources of Jewish Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996 ; Louis FINKELSTEIN, *Jewish Self-Government in the Middle Ages*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1975 ; voir, en particulier sur la situation italienne jusqu'à l'unification nationale, Vittore COLORNI, *Legge ebraica e leggi locali. Ricerche sull'ambito di applicazione del diritto ebraico in Italia dall'epoca romana al secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1945.

27. Pour des observations ultérieures sur ce sujet, cf. *infra*, par. (b) de la conclusion.

tion de droit naturel²⁸ : de cette approche découle aussi la non-reconnaissance du second mariage et des mariages suivants d'un non baptisé en cas de polygamie ou de divorce, même quand la polygamie et le divorce sont légitimes pour l'ordre civil auquel le non baptisé appartient. Le droit hébraïque reconnaît aussi le mariage civil de deux non juifs : leur mariage est valide en vertu des préceptes bibliques concernant tous les hommes²⁹ et du quatrième précepte noachide³⁰, dans les limites fixées pour le mariage des non juifs (pensons par exemple à l'interdiction du mariage incestueux, valide pour tous les êtres humains)³¹. Cela vaut aussi pour le droit islamique³². Bien que les structures soient diverses, les trois systèmes religieux s'accordent pour reconnaître le caractère universel de l'institution du mariage et son utilité intrinsèque pour le développement de la société.

28. Cf. à ce propos, les pages, désormais classiques, de Vincenzo DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 214.

29. Cf. Genèse 2,18-24. En référence à ce passage, le Talmud (*Yebamot*, VI, 6) affirme que « c'est le devoir de tout homme que de se marier pour avoir des enfants ».

30. Sur ces préceptes, cf. Alfredo Mordechai RABELLO, *Introduzione op. cit.*, p. 6-8 et 94-95 ; Aaron LICHTENSTEIN, *The Seven Laws of Noah*, New York, Rabbi Jacob Joseph School Press, 1981.

31. Cf. Y. BINDMAN, *The Seven Colors of the Rainbow*, San José, Calif., Resource Publ., 1995, p. 47-48.

32. L'art. 19 de la « Universal Islamic Declaration on Human Rights » déclare : « Every person is entitled to marry, to found a family and to bring up children in conformity with his religion, traditions and culture ». Sur cette déclaration et sur celles qui l'ont suivie (en en répétant sur ce point le contenu), cf. Maurice BORRMANS, « Convergenze e divergenze tra la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e le recenti Dichiarazioni dei diritti dell'uomo nell'islam », *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, janvier-avril 1999, p. 44-60. Pour être plus précis, le droit musulman classique ne se pose pas le problème de l'importance du mariage civil pour les raisons exposées dans le paragraphe précédent. Le droit des pays musulmans attribue une valeur juridique au mariage de deux non musulmans là où la célébration civile est admise par l'État dont ils sont citoyens ; les communautés musulmanes européennes reconnaissent aussi la validité du mariage civil de deux non musulmans, même s'il est difficile de dire si cette reconnaissance est fondée sur des raisons d'opportunité ou si elle trouve son fondement dans une réflexion sur les principes de la *sharia*.

3. *La valeur, dans les systèmes religieux, de la célébration d'un mariage religieux*

Lorsque l'on affronte les rapports entre systèmes juridiques religieux – ce qui revient à parler de l'importance que le mariage, validement célébré à l'intérieur d'un système religieux, peut acquérir pour un système religieux différent –, le discours se fait plus articulé, plus complexe.

Dans ce cas aussi, l'analyse peut être décomposée en deux parties.

(A) Les sujets contractants (ou l'un d'eux) sont, du moins formellement, fidèles d'une religion et célèbrent le mariage selon les normes d'un autre système religieux. Cette situation peut se vérifier dans le cas où une personne abandonne une religion à laquelle elle appartenait originellement et en adopte une autre sans pour autant perdre sa qualité de fidèle pour le système religieux auquel elle appartenait originellement : la problématique coïncide largement, de ce fait, avec celle de la validité du mariage de l'apostat.

Aucun système religieux n'est, en règle générale, disposé à reconnaître le mariage qu'un fidèle célébrerait selon les règles d'une autre religion. Cependant, après un examen plus approfondi, émergent certaines différences non dénuées d'intérêt.

(A1) *Droit canonique.* La règle générale établit que le baptême, une fois sa validité constatée, permet d'acquérir le statut de fidèle, qui se conserve jusqu'à la mort. En application de ce principe, le droit canonique prescrivait que l'apostat restait sujet des lois ecclésiastiques et ne pouvait donc pas célébrer un mariage selon les rites de la religion à laquelle il s'était converti : un tel mariage, s'il avait été célébré, aurait été invalide. Les modifications introduites par le can. 1117 du Code en vigueur laissent à penser que la personne ayant formellement adhéré à une autre religion ou s'étant formellement séparée de l'Église catholique peut célébrer désormais un mariage religieux selon les rites d'une

autre religion et qu'un tel mariage sera considéré comme valide par le droit canonique ³³.

(A2) *Droit hébraïque*. Dans ce cas, la règle générale veut aussi qu'un juif – de naissance ou par conversion – le reste toute sa vie. Il s'ensuit que, de manière générale, l'apostasie du judaïsme n'a pas d'effet juridique. De ce principe découlent de multiples conséquences. Si un juif se convertit à une autre religion et se marie selon les rites de cette dernière, un tel mariage ne sera pas validé par le droit hébraïque ; de ce fait, le divorce n'est pas nécessaire pour célébrer un mariage selon le rite hébraïque si l'apostat revient au judaïsme ³⁴. Mais si le même juif qui aurait abandonné la religion hébraïque célèbre, avec un autre juif ou un autre apostat du judaïsme, un mariage selon les normes du droit hébraïque, ce mariage est valide ³⁵.

(A3) *Droit islamique*. Sur la question de l'apostasie, le droit islamique est bien plus rigoureux, bien que le résultat soit différent : l'apostat ne peut ni contracter un mariage valide avec un(e) musulman(e), ni avec un(e) non musulman(e), ni d'ailleurs avec un(e) autre apostat ³⁶.

33. Dans les limites de validité d'un mariage naturel. Cf. Paolo MONETA, *Il Matrimonio*, *op. cit.*, p. 187-89. Sur le canon 1117 et les problèmes qu'il pose, cf. Priamo ETZI, « L'atto giuridico formale : aspetti canonici (can. 1086, § 1; 1117 et 1124 du CIC) », *Revista española de derecho canónico*, n. 149, julio-diciembre 2000, p. 691-710 ; Rafael RODRIGUEZ CHACON, « El acto formal de apartamiento del canon 1117 », *ibid.*, n. 127, julio-diciembre 1989, p. 557-91.

34. Cf. « Apostasy », *Encyclopaedia Judaica*, v. 3, Jérusalem, 1972, c. 212. Souvenons-nous d'autre part que, même si telle est la norme, dans la pratique un rabbin s'abstiendra – pour des raisons éthiques et d'opportunité – de célébrer un mariage hébraïque attendant à un autre mariage (même si ce dernier n'a pas été célébré selon les rites du judaïsme).

35. *Ibid.* De même, le mariage célébré entre deux juifs qui deviennent ultérieurement apostats (tous deux ou l'un d'entre eux) continue à subsister (cf. Alfredo Mordechai RABELLO, *Introduzione op. cit.*, p. 124) : l'un d'eux ne pourra donc célébrer un nouveau mariage qu'après la mort du conjoint ou après un divorce valide pour le droit hébraïque (cf. Silvia PASQUETTI, « Ebreo per nascita, "apostata" per scelta », *Daimon*, 1/2001, p. 43-44 ; « Apostasy », *op. cit.*, c. 212).

36. Sami Awad ALDEEB ABU-SAHLIEH, *L'Impact de la religion sur l'ordre juridique. Cas de l'Égypte. Non musulmans en pays d'islam*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg, 1979, p. 179, 282, 285 ; Rudolph PETERS & Gert J. J. DE VRIES, « Apostasy in Islam », *Das Welt des Islams*,

Au-delà de ces différences significatives mais non déterminantes³⁷, le « partage des eaux » se fait dans ce cas entre le droit hébraïque et islamique d'une part et le droit canonique contemporain de l'autre : seul ce dernier en effet – et seulement depuis le Code de 1983 – reconnaît à l'apostat la faculté de célébrer un mariage sous la forme qui correspond le plus à ses convictions. Une distinction plus nette entre le *ius divinum* et le *ius humanum*, une acquisition plus ferme du principe de liberté religieuse et une exposition plus intense à l'*humus* même d'une société sécularisée peuvent aider à expliquer cette innovation introduite par le Code de droit canonique.

(B) Les sujets contractants sont les fidèles d'une religion et célèbrent leur mariage selon les règles de leur propre religion.

L'orientation qui prévaut dans les droits canonique, hébraïque et islamique est différente lorsque entre en jeu le mariage religieux célébré par un sujet que l'on peut qualifier d'« infidèle ».

(B1) *Droit canonique*. Le droit canonique reconnaît le mariage religieux célébré par deux personnes non baptisées

XVII, 1976-77, p. 20 ; Roberta ALUFFI BECK-PECCOZ, « Diritto di famiglia e libertà di coscienza nei paesi musulmani », *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*. Actas del IX Congreso internacional de derecho eclesiástico del Estado, San Sebastián, 1 al 3 de junio del año 2000, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 2001, p. 257-60.

37. La négation de la possibilité même d'apostasie qui caractérise le droit hébraïque est probablement à situer dans la conviction que Dieu aurait choisi un peuple pour rendre sa loi manifeste au monde et sur le fait qu'incombe à tout membre de ce peuple le devoir de conserver cette vocation divine : l'expérience de la diaspora et la crainte de l'extinction ont contribué à renforcer l'idée de l'impossibilité d'abandonner une appartenance religieuse qui s'acquiert (de manière prévalente) par le seul fait d'être né d'une mère juive. Dans le cas de l'islam, en revanche, ce qui apparaît « abominable et dangereux pour autrui, devient le rejet du pacte octroyé par Dieu à la race humaine une fois qu'on y a validement consenti, une fois que l'on a participé à cette communauté de vie qui est le meilleur des états qui se puisse concevoir » (Louis GARDET, *La Cité musulmane. Vie sociale et politique*, Paris, Vrin, 1961, p. 202) ; la cohésion spirituelle et temporelle de la communauté musulmane (et l'indissociation entre apostasie et dommage social) explique ensuite l'application de la peine de mort.

comme une institution de droit naturel : l'orientation est substantiellement analogue (même en se référant aux limites de la reconnaissance) à celle déjà examinée, et concernant le mariage civil célébré par deux non baptisés³⁸. Cette reconnaissance est confirmée par le fait que, si les deux conjoints se convertissent au catholicisme, leur mariage acquiert (selon des canonistes d'autorité) une nature sacramentelle³⁹, sans nécessiter une nouvelle célébration. Le mariage entre non baptisés est pourtant plus « fragile » que le mariage entre baptisés ; en effet, n'ayant pas de nature sacrée, ce dernier peut être dissous par *privilegium fidei*⁴⁰, c'est-à-dire dans des circonstances qui ne justifieraient pas la dissolution d'un mariage conclu entre deux baptisés.

(B2) *Droit hébraïque*. Le droit hébraïque reconnaît aussi la validité d'un mariage religieux célébré entre deux non juifs : il s'agit à nouveau d'un cas d'application de préceptes noachides et, comme le droit canonique l'a déjà révélé, il n'y a pas de différence significative entre la reconnaissance d'un mariage religieux ou civil de deux non juifs.

Dans le cas d'une conversion de deux conjoints au judaïsme, une nouvelle célébration du mariage selon le droit hébraïque est exigée, puisque les deux convertis se considèrent comme nés *ex novo* à partir du moment de leur conversion. Pourtant, les effets du premier mariage perdurent : les fils nés avant la conversion, par exemple, sont considérés comme nés de personnes mariées.

Le droit hébraïque prévoit, pour le mariage entre deux non juifs, des cas de dissolution particuliers : en effet, si l'un des conjoints veut se convertir au judaïsme, il doit dissoudre son mariage avant la conversion. Sinon, la demande de conversion ne pourrait être accueillie, puisque le prosélyte doit être disposé à respecter tous les préceptes hébraïques parmi lesquels l'interdiction d'épouser un non juif ; il

38. Vincenzo DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 213-14. Le can. 1085 s'applique aussi dans le cas où le « *vinculum prioris matrimonii* » est constitué par un mariage religieux célébré par deux non baptisés (cf. A. MARZOA-J. MIRAS-R. RODRIGUEZ-OCAÑA, *Commentario*, *op. cit.*, p. 1170-73).

39. Vincenzo DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 291. Pour l'exposition de l'opinion contraire : cf. *ibid.*, p. 217.

40. Cf. Paolo MONETA, *op. cit.*, p. 217-25.

n'est donc pas possible de se convertir au judaïsme tout en restant marié à un non juif ⁴¹.

(B3) *Droit islamique*. Le droit islamique reconnaît les mariages religieux célébrés par des chrétiens et juifs selon leurs rites en ce qu'ils appartiennent aux religions du Livre ⁴². Le discours se fait plus incertain lorsqu'il s'agit de mariages célébrés par des « idolâtres » (parmi lesquels on trouve par exemple les fidèles des religions hindoues ou bouddhistes) ⁴³. La reconnaissance de leur mariage peut être déduite du fait que ces derniers ne doivent pas, s'ils se convertissent à l'islam, se remarier – le mariage originaire restant valide ⁴⁴

41. Voir pour les diverses solutions données à ce problème dans les *responsa* des rabbins après l'émancipation, Alfredo Mordechai RABELLO, *Introduzione*, *op. cit.*, p. 126 et suivant.

42. Les données manquent pour savoir quelle orientation prévaut dans les communautés musulmanes européennes à l'égard d'un mariage canonique ou hébraïque exempt d'effets civils dans le pays où il est célébré (si un tel mariage a une valeur civile, on retombe sur l'hypothèse examinée dans le paragraphe précédent). Il est possible que l'élément territorial ne manque pas d'être significatif : selon la doctrine classique, le droit musulman ne défend pas les droits des *harbi* dans la *dar al-harb*.

43. Cf. Sami A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Les Musulmans face aux droits de l'homme. Religion & droit & politique. Études et documents*, Bochum, Winkler, 1994, p. 133, où l'on note que, « comme le mariage dans les pays arabes reste religieux, le mariage des adeptes des religions non reconnues pose un problème de lacune législative. En fait, les lois ne parlent que des mariages mixtes entre des non monothéistes et des adeptes de religions monothéistes. Qu'en est-il lorsque les deux conjoints adhèrent tous deux à une religion inconnue ? ». Roberta ALUFFI BECK-PECCOZ note aussi que, dans les pays musulmans, « gli aderenti a religioni non riconosciute, o gli atei dichiarati, non possono sposarsi, neppure tra di loro. L'ordinamento non predispone alcuna forma di contratto matrimoniale a loro accessibile » (les adhérents de religions non reconnues ou les athées déclarés ne peuvent se marier, pas même entre eux. Le système juridique ne prévoit aucune forme de contrat matrimonial qui leur soit accessible), *Diritto di famiglia*, *op. cit.*, p. 256.

44. Sami Awad ALDEEB ABU-SAHLIEH, *L'impact...*, *op. cit.*, p. 288 (en référence à l'art. 149 du « Projet de droit de famille » égyptien) ; Jamal J. NASIR, *The Status of Women Under Islamic Law and Under Modern Islamic Legislation*, London, Graham and Trotman, 1994, p. 103, en référence à la loi du Koweït (Law n. 51 of 1984 concerning Personal Status, art. 143 ; texte dans : Dawoud EL ALAMI and Doreen HINCHCLIFFE, *Islamic Marriage*, *op. cit.*, p. 140). Voir aussi l'art. 46 de la loi libyenne 10/1984, Dispositions en matière de mariage et de di-

- et plus généralement, de la règle selon laquelle le mariage entre deux non musulmans est considéré comme valide par le droit islamique toutes les fois où le mariage, s'il avait été célébré entre deux musulmans⁴⁵, aurait été valide : il est néanmoins difficile de retrouver dans les textes de droit musulman des affirmations claires⁴⁶, et il reste de ce fait des marges d'incertitude sur ce point.

Le mariage célébré entre deux non musulmans est extrêmement fragile : il est dissous⁴⁷ lorsque l'une des parties se convertit à l'islam et que :

(a) le mariage avait été célébré par deux idolâtres ou entre une idolâtre et un chrétien ou un juif (dans le cas où le converti serait l'un d'entre eux) ;

(b) la partie qui se convertit est la femme ; le mariage, en revanche, survit si la partie convertie est le mari et la femme est chrétienne ou juive⁴⁸.

On pourrait dire, en tirant quelques conclusions, que les trois systèmes religieux reconnaissent, bien qu'avec une ampleur diverse, le mariage célébré par des « infidèles ». Il existe donc un point de départ commun, constitué par l'idée que le mariage est une institution d'origine divine et de valeur universelle.

L'idée que ce mariage soit imparfait et donc exposé à une dissolution même dans des cas où le mariage entre deux fidèles ne pourrait l'être est d'autant plus commune ; de même, la prévision que la dissolution puisse intervenir dans le cas

voce (reproduit dans Roberta ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Torino, Ediz. Fondaz. Giovanni Agnelli, 1997, p. 115).

45. De ce point de vue, tous les non musulmans (idolâtres inclus) forment une seule communauté et sont assujettis à la même loi : cf. Sami Awad ALDEEB ABU-SAHLIEH, *L'Impact...*, *op. cit.*, p. 286.

46. Sami Awad ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Les Musulmans*, *op. cit.*, p. 133-34, par exemple, cite un arrêt déclarant comme nul, non seulement pour la loi égyptienne mais aussi « selon la loi musulmane », un mariage contracté en Égypte par deux bahá'í. Il est possible qu'ils aient été considérés comme des apostats de l'islam.

47. Sur les modalités de dissolution cf. David PEARL-Werner MENSKI, *op. cit.*, p. 130.

48. Cf. R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Diritto di famiglia*, *op. cit.*, p. 255-59.

d'une conversion d'un des conjoints est aussi commune. De ce point de vue, la position la plus rigoureuse est celle que revendique le droit hébraïque (la conversion d'un conjoint ne peut advenir si le mariage n'a pas été préalablement dissous) ; le droit islamique adopte une orientation analogue (la conversion d'un conjoint détermine la dissolution du mariage) mais avec une exception (le mariage subsiste si le mari se convertit à l'islam et si la femme est chrétienne ou juive) ; le droit canonique apparaît moins rigide (dans le cas de la conversion d'un des conjoints, le mariage se dissout dès que le conjoint non baptisé refuse de vivre pacifiquement avec le conjoint baptisé et que ce dernier passe à d'autres noces canoniques : sinon, le premier mariage continue à subsister).

Il s'agit de variations importantes, si l'on y ajoute que chacun de ces systèmes considère les mariages interreligieux⁴⁹ différemment : mais cela n'implique pas une approche radicalement différente du problème. Les droits hébraïque, canonique et islamique coïncident dans le soutien de la prévalence du *favor fidei* sur le *favor matrimonii* et apportent – même dans des formes significativement différentes – des mécanismes qui permettent de dissoudre le mariage lorsqu'il pourrait se traduire en un danger pour l'appartenance religieuse du conjoint « fidèle ».

II. L'EFFET DE LA NULLITE ET DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

La seconde partie de l'analyse sera dédiée à l'évaluation de l'importance de la relation entre les différents systèmes juridiques concernant les déclarations de dissolution et de nullité du mariage.

49. Sur ce thème cf. les contributions recueillies dans *Annuario Di-ReCom*, n. 2, décembre 2003, entièrement dédié aux « Mariages et disparités d'appartenance religieuse ».

1. *La valeur, dans les systèmes étatiques, des déclarations de nullité et de dissolution matrimoniale prononcées par une autorité religieuse*

Suivant le même critère de simplification déjà appliqué en référence à la célébration du mariage civil et utilisant une nouvelle fois la bipartition entre nationaux et étrangers, on peut affirmer que les règles fondamentales qui régissent cette matière sont au nombre de deux. La première affirme la compétence exclusive des autorités judiciaires étatiques pour les déclarations de divorce et d'annulation relatives au mariage d'un concitoyen qui vit sur le territoire étatique. Cela implique que, dans la majeure partie des pays occidentaux, la déclaration de nullité ou de dissolution de mariage prononcée par une autorité religieuse interne n'a pas d'efficacité dans le système étatique⁵⁰ ; dans d'autres rares pays, une telle déclaration peut acquérir des effets juridiques à travers un procédé construit sur le modèle de ce qui est nécessaire pour donner de l'efficacité aux sentences d'un État étranger⁵¹. Dans ces cas là, le parallélisme avec les normes régissant les rapports entre ordre civil et religieux en relation à la célébration du mariage est assez évident : comme le mariage religieux, le divorce ou l'annulation « religieuse » est sans effet dans l'organisation étatique à moins qu'il ne passe à travers un procédé d'homologation.

Le second principe général regarde la loi substantielle qui régle le divorce et la nullité matrimoniale : celle-ci est la loi

50. Cf., par exemple, la situation de la Hollande (décrite par J.P. VERHEUL, « The religious marriage and its civil effects in The Netherlands », *European Consortium For Church And State Research, Marriage, op. cit.*, p. 72-73) ; de l'Irlande (cf. James CASEY, *Religious marriage, op. cit.*, p. 117-18) ; de l'Angleterre (voir David MCCLEAN, « Marriage in England », *European Consortium For Church And State Research, Marriage, op. cit.*, p. 193-95) ; de la Grèce (cf. Jean DELIYANIS, *Le mariage religieux, op. cit.*, p. 133 et 148) ; de la France (Francis MESSNER, Henri PRELOT, Jean-Marie WOEHLING (dir.), *Traité op. cit.*, p. 648 et suivant ; du Danemark (Inger DÜBECK, « Matrimonial law in Denmark », *The marriage, op. cit.*, p. 108 et suivant).

51. Comme c'est le cas en Espagne par exemple : cf. José Maria González DEL VALLE, *op. cit.*, p. 312-16 ; au Portugal, après la stipulation du concordat du 18 mai 2004 (cf. art. 16) ; en Italie (cf. Paolo MONETA, *Matrimonio religioso, op. cit.*, p. 87 et suivant).

nationale commune aux deux conjoints, restant sauves, s'il s'agit de conjoints étrangers, les normes d'ordre public du système juridique dans lequel la loi étrangère doit trouver son application⁵². La tentative d'accélérer le processus d'intégration des communautés immigrées en Europe tend pourtant à éroder la disponibilité des États européens à appliquer la loi nationale des conjoints et à rendre plus fréquent le recours à la loi du domicile ou à la *lex fori*⁵³. La loi religieuse commune aux deux conjoints n'a généralement pas d'importance⁵⁴ : elle ne peut être prise en compte qu'indirectement, dans le cas où les déclarations de nullité ou de divorce prononcées à l'étranger par une autorité religieuse sont significatives pour l'organisation étatique de départ.

L'observation concernant l'« altérité » entre les organisations étatiques (occidentales) et les organisations religieuses semble donc confirmée : la décision de nullité ou de dissolution prononcée par une autorité religieuse est efficace dans les systèmes étatiques seulement si elle est en quelque sorte assimilée aux décisions rendues par un tribunal civil ; sinon, elle n'a pas d'importance.

2. *La valeur, dans les systèmes religieux, des déclarations de nullité et de dissolution matrimoniales prononcées par une autorité étatique*

Le problème se décompose à nouveau entre fidèles (A) et infidèles⁵⁵ (B).

En ce qui concerne les premiers :

(A1) *Droit canonique*. Le droit canonique ne reconnaît pas aux autorités civiles le pouvoir de dissoudre ou de déclarer nul un mariage canonique⁵⁶. C'est dans ce sens qu'est confirmée l'insignifiance, pour le droit canonique, d'un mariage civil

52. François BOULANGER, *op. cit.*, t. II, p. 492.

53. *Ibid.*, M.-Claire FOLETS, *Muslim Family Law*, *op. cit.*, p. 494.

54. Les ordres juridiques de l'Italie, de l'Espagne et du Portugal où les causes de nullité matrimoniales peuvent être décidées en se fondant sur le droit canonique, constituent une exception partielle à la règle. Cf. Silvio FERRARI, *Diritto e religione*, *op. cit.*, p. 82-85.

55. Sur le sens de l'emploi de ce terme, cf. *supra*, par. 2 (B).

56. Cf. can. 1059.

entre deux baptisés : ni le moment constitutif (civil) ni le moment extinctif (civil) du mariage⁵⁷ ne sont reconnus.

(A2) *Droit hébraïque*. Le droit hébraïque ne reconnaît pas la validité d'un divorce civil entre deux juifs. Pendant l'époque biblique, le divorce était considéré comme un acte unilatéral du mari et, bien que cette organisation de l'institution se soit peu à peu modifiée, la « lettre de divorce » doit encore aujourd'hui être remise par l'homme à la femme⁵⁸. Dans le droit hébraïque, la possibilité d'un divorce par décision d'un tribunal n'est pas prévue : le juge dispose de quelques instruments aptes à faire pression sur le mari pour qu'il accorde le divorce, mais ne peut se substituer à lui⁵⁹. Il s'ensuit que, par ce principe, les divorces prononcés par les tribunaux civils ne sont pas reconnus, car il s'agit de divorces par décision du juge et non par un acte du mari⁶⁰.

(A3) *Droit islamique*. Il faut signaler de manière préliminaire que le droit islamique classique n'est pas familier de la notion de divorce civil. Dans les pays musulmans, le mariage est dissous selon les dispositions de la loi religieuse, bien qu'un juge la prononce.

De ce fait, le problème de la validité d'un divorce civil se pose essentiellement dans les pays non musulmans. Lorsque surgissent des difficultés entre deux conjoints dans ces

57. Cela ne signifie pas que le divorce civil soit privé de quelque importance que ce soit, pour l'ordre canonique : rappelons les observations formulées à la note 14 relatives au mariage civil.

58. Cf. Alfredo Mordechai RABELLO, *op. cit.*, p. 139-51.

59. Cf. E. N. DORFF et A. ROSETT, *op. cit.*, p. 445-46 : « Divorce is effected by the husband's writ, not by a court decree. No court has the power to dissolve the relationship without the husband's act » (p. 445).

60. Cf. *ibid.*, p. 520. Cette situation provoque de délicats problèmes lorsque le mari ne peut ou ne veut pas remettre l'acte de divorce à sa femme : elle ne peut pas, dans ce cas, divorcer (cf. Alfredo Mordechai RABELLO, *op. cit.*, p. 172-180 ; I.A. BREITOWITZ, *Between Civil and Religious Law. The Plight of the Agunah in American Society*, Westport, Greenwood Press, 1993 ; Michael BROYDE, *Marriage, Divorce and the Abandoned Wife in Jewish Law. A conceptual understanding of the Agunah Problems in America*, Hoboken, Ktav, 2001 ; François BOULANGER, *op. cit.*, t. 1, p. 194. Des problèmes analogues, en relation avec la dissolution d'un mariage musulman, se sont présentés en Grande-Bretagne : cf. David PEARL, « Cross-cultural interaction between Islamic and other legal systems. Islamic family law and Anglo-American public policy », *Cleveland State Law Review*, n. 1, v. 34, 1985-86, p. 117-18. Pour remédier au mieux à cette situation, le divorce (Religious Marriages Act, 2002) a été récemment introduit au Royaume-Uni (le texte peut être lu dans les *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2002/2, p. 538-39).

derniers, les autorités religieuses conseillent de se tourner vers des organismes d'arbitrage constitués au sein de la communauté musulmane qui doivent, dans un premier temps, tenter la réconciliation, puis, si celle-ci se révèle impossible, autoriser la séparation des conjoints⁶¹. La dissolution du mariage dans une forme prévue par le droit musulman peut lui faire suite et, pour donner une efficacité civile à une telle dissolution, un divorce selon les lois de l'État où les parties habitent⁶². Le recours direct au juge civil, non précédé par une dissolution du mariage effectuée selon les normes prévues par le droit islamique, n'est admis qu'en *extrema ratio* et le divorce qu'il prononce n'est valide que s'il ne contient pas de dispositions contraires au droit islamique et est reconnu et confirmé par une autorité musulmane⁶³.

61. Voir la *fatwa* prononcée le 13 septembre 2004 par le cheik Yusuf AL-QARADAWI sous le titre « Who Settles Family Problems in the West ? » (texte sur www.islamonline.net/fatwa/english/FatwaDisplay.asp?hFatwaID=102558, consulté le 16 septembre 2004). Cf. *ibid.* aussi la *fatwa* prononcée le 2 août 2003 par l'European Council for Fatwa and Research, « Settling Family Problems in the West ».

62. Voir la *fatwa* prononcée le 1^{er} novembre 2002 par Muzammil SIDDIQI, « Non-Muslim Judge Dissolving Islamic Marriage » : le texte est disponible sur www.islam-online.net/fatwa/english/FatwaDisplay.asp?hFatwaID=53475, consulté le 3 août 2004. Cf. aussi David PEARL and Werner MENSKI, *Muslim Family Law*, *op. cit.*, p. 77-80 ; David S. PEARL, *Islamic Family Law and Its Reception by the Courts in England*, Cambridge, Islamic Legal Studies Program, 2000 (Occasional Publication n. 1, May 2000).

63. Cf. la *fatwa* indiquée dans la note précédente se référant aux Etats-Unis, mais aussi applicable (avec de nécessaires ajustements) aux pays européens. Il y est affirmé que : « The Muslims have three options : 1. In case of marital dispute, the husband and wife should go to a Muslim scholar and both of them should sign an agreement that they would accept his decision. Once the decision is made they should file in the family court. Such marriage settlement will be according to Islamic law but it is also acceptable under the American family law. Once this agreement is filed it becomes binding on both parties. 2. Second option is that husband and wife both sign a pre-marital agreement that in case of dispute they will resolve their differences or dissolve their marriage according to the Islamic law. 3. In case they do not have a pre-nuptial agreement or either the husband or the wife refuses to go to an Islamic authority to resolve the dispute, they have no choice except to go to non-Muslim American courts and due to necessity and in order to protect the rights of woman or man, the decision of the American court should be acceptable, as long as it does not contain anything that is clearly forbidden under the Islamic law. Under these circumstances, if a woman obtains a decree of the dissolution of marriage, the Islamic centers should recognize it and should give the woman a

Il en ressort, bien qu'avec diverses articulations, une substantielle unité des trois systèmes juridiques : aucun ne reconnaît le divorce « civil » d'un de ses fidèle. Les raisons varient pourtant. Pour le droit canonique, cela découle de la notion d'indissolubilité du mariage ; pour les droits hébraïque et islamique, qui admettent la possibilité de dissoudre un mariage, la réticence à reconnaître la validité d'un divorce civil, est à lier à son caractère de décision judiciaire, étranger à la conception de dissolution du mariage (fondée sur un acte unilatéral du mari) prévalant dans ces droits religieux ⁶⁴.

(B) En ce qui concerne la dissolution du mariage de deux « infidèles », elle est admise par les droits hébraïque et islamique mais pas par le droit canonique ⁶⁵.

L'explication est, dans ce cas, plus ou moins simple et découle du fait qu'en règle générale le droit canonique considère le mariage comme indissoluble alors que les droits hébraïque et islamique le tiennent pour dissoluble : étant dissoluble pour leurs propres fidèles (juifs et musulmans), il n'y a pas de raison de considérer le mariage entre « infidèles » comme indissoluble.

letter confirming American court's decision. They may say that under the present circumstances we have no objection to the courts decision and consider this couple no more husband and wife under the Islamic law as well ». Cf. aussi la *fatwa* prononcée le 27 août 2003 par l'European Council for Fatwa and Research, « Divorce Issued by a Non-Muslim Judge » : le texte est disponible sous www.islamonline.net/fatwa/english/FatwaDisplay.asp?hFatwaID=47790, consulté le 4 août 2004. Cependant, les opinions niant toute validité au divorce « civil » non précédé d'une dissolution du mariage selon le droit islamique ne manquent naturellement pas : cf. la *fatwa* prononcée le 31 juillet 2003 (General Fatwa Session, sur le site de la Muslim American Society : www.masnet.org/askimam_runsess.asp?id=20, visité le 16 septembre 2004).

64. Cette explication pourrait aider à comprendre pourquoi le refus du divorce civil est absolu dans le droit hébraïque (qui ne connaît que le divorce par acte du mari) et plus tempéré dans le droit islamique (qui, à coté de l'institution de la répudiation, prévoit aussi le divorce judiciaire). Cf. NASIR, *op. cit.*, p. 74 et suivant ; David PEARL and Werner MENSKI, *op. cit.*, p. 279 et suivant.

65. Ainsi que par celui des pays musulmans en application des normes de droit international privé.

3. *La valeur, dans les systèmes religieux, des déclarations de nullité et de dissolution matrimoniale prononcées par une autorité religieuse*

Le système canonique ne reconnaît pas la dissolution d'un mariage légitimement prononcé par une autorité religieuse juive ou musulmane par rapport à ses propres fidèles : le mariage célébré entre deux non baptisés est indissoluble pour des raisons de droit naturel. Le cas diffère pour la prononciation d'une nullité : la reconnaissance des déclarations de nullité du mariage prononcées par les autorités d'un système religieux (ou étatique) est une conséquence logique de la reconnaissance, pour ce système, du pouvoir de réguler le mariage⁶⁶.

Pour les droits hébraïque et islamique, ce problème ne se pose pas : en admettant la dissolution du mariage dans leur propre organisation, il n'ont pas de raison de ne pas l'admettre lorsque il est prononcé par l'autorité compétente d'une autre religion par rapport à ses propres fidèles.

66. Voir supra, par. 3(B). Cf. Joaquín LLOBELL, « La jurisdicción de la Iglesia sobre los matrimonios no obligados a la forma canónica », *Ius Canonicum*, v. XXXVII, num. 73, 1997, p. 38-43.

CONCLUSION

Nous affirmions, en entamant cette étude, que les principes fondamentaux sur lesquels se fonde un système juridique peuvent être mis en exergue grâce à l'examen de la signification que l'on reconnaît au mariage dans les différents ordres. Dans certains cas, ces principes émergent avec suffisamment de clarté de l'exposition des normes : le caractère sacramentel du mariage ou son indissolubilité expliquent le refus du législateur canonique d'accéder à des solutions prévalentes en droit hébraïque et islamique sur le thème du mariage civil et du divorce. Dans d'autres cas, les brèves hypothèses interprétatives qui, dans les paragraphes précédents, ont suivi l'examen du droit en vigueur, exigent d'être ultérieurement approfondies.

(a) Même en présence de nombreuses variantes, seule une différence fondamentale divise les trois systèmes juridiques religieux en référence au mariage civil : le droit islamique et (avec plus de réserve) le droit hébraïque attribuent au mariage civil célébré par leurs propres fidèles une importance plus grande que celle reconnue à l'union civile de deux baptisés par le droit canonique.

L'explication la plus simple et la plus directe de cette diversité réside dans le caractère sacramentel que le mariage possède uniquement dans ce dernier système (bien qu'il ne faille pas oublier le caractère sacré que celui-ci revêt pour le judaïsme et dans l'islam). La nature sacramentelle justifie la compétence de l'Église et exclut celle de l'État dans la discipline juridique du mariage. Pourtant, la différence relevée précédemment a, à notre avis, une signification plus ample et s'inscrit dans la distinction entre spirituel et temporel, religion et politique, société civile et société religieuse, Église et État⁶⁷ qui est très forte – autant pour des raisons théologiques qu'historiques – dans le droit canonique et plus ténue dans les droits hébraïque et islamique. Ce n'est que dans la perspective dualiste propre à la pensée chrétienne (et plus précisément catholique) que le mariage civil peut devenir⁶⁸ une réelle alternative au mariage canonique.

67. Soulignons encore une fois que cette terminologie ne s'applique proprement qu'au christianisme et à ses institutions.

68. Il s'agit d'une potentialité, non pas d'une nécessité : une telle potentialité s'est traduite en réalité par la formation, entre les 15^e et 16^e siècles, des États Nations.

que : dans l'optique plus typiquement moniste du judaïsme et de l'islam, le mariage de deux juifs ou de deux musulmans peut difficilement assumer une consistance « civile » distincte de sa consistance religieuse. L'idée canonique que « *duo sunt auctoritates* », mise en avant pour gouverner le genre humain, constitue le présupposé de la distinction de matières appartenant à l'Église et à l'État, et de la revendication par la première de la compétence pour régler le mariage-sacrement de ses fidèles et par conséquent, de l'interdiction faite à ces derniers de célébrer un mariage civil. L'existence de l'Église hiérarchique – c'est-à-dire d'une institution centralisée capable d'apporter une consistance historique à la distinction entre Dieu et César, s'opposant au pouvoir séculier – permet de transposer cette distinction et cette revendication du monde de la théologie au monde du droit, transformant la discipline juridique du mariage en un champ de bataille où l'autorité ecclésiastique et l'autorité séculière (surtout lorsqu'elle assume la forme de l'État-Nation) se comparent de manière répétée. L'absence d'une institution analogue à l'institution ecclésiastique dans les mondes hébraïque et musulman favorise au contraire l'identification entre communauté religieuse et communauté politique, déjà implicite dans les présupposés théologiques de ces deux religions, et rend problématique, même sur le terrain historique, la reconnaissance d'un système de rapports où une autorité indépendante de l'autorité religieuse serait à même de produire un « vrai » droit : dans ce contexte, il est difficile que se forme un terrain propice au développement du mariage civil qui, en effet, ne trouve de citoyenneté ni dans le droit d'Israël ni dans celui de nombreux pays musulmans⁶⁹.

(b) En référence au mariage d'un apostat, la ligne de partage des eaux coule à nouveau entre le droit canonique (qui depuis 1984 reconnaît sa validité à un tel mariage, même s'il est célébré sous une forme non canonique) d'une part et les droits hébraïque et islamique de l'autre.

La doctrine canonique a correctement expliqué l'innovation contenue par le Code de 1983 en soulignant que le fidèle qui se serait éloigné par un acte formel de l'Église catholique a peu de possibilité de contracter un mariage valide sous une forme

69. Pour un développement plus ample de ces observations nous renvoyons à Silvio FERRARI, *Lo Spirito*, *op. cit.*, p. 238-44.

canonique : cela justifie la prévision d'une exception qui lui consente d'accéder de manière valide au mariage ⁷⁰.

Outre cette explication, on peut se demander si l'abandon de la position traditionnellement soutenue par l'Église catholique ne manifeste pas aussi une réévaluation implicite des choix de conscience personnels. Le système canonique considère qu'il est peu significatif de lier un sujet qui aurait ouvertement manifesté ne plus vouloir faire partie de l'Église au respect des lois ecclésiastiques. La décision d'abandonner l'Église, si elle est exprimée par un acte formel qui devrait en indiquer le sérieux, est accueillie avec un respect qui interdit d'exiger de l'apostat des comportements contraires à sa propre conscience ⁷¹.

Retenons qu'une composante géopolitique n'est pas étrangère à ce choix : une large part des fidèles de l'Église catholique vit en Occident, où pendant les deux derniers siècles la primauté de la conscience personnelle s'est affirmée avec une vigueur toute particulière. Dans les régions du monde où cette influence de la société civile a été moindre (par exemple dans beaucoup de pays musulmans) et où l'exigence d'autoconservation communautaire a été plus forte (je pense à certains moments décisifs de l'histoire hébraïque), les solutions adoptées encore aujourd'hui sont différentes. Dans cette perspective, il est opportun de se demander si l'espace qui sépare, sur bien des points de la discipline matrimoniale, le droit canonique des droits hébraïque et islamique, n'est pas dû aussi à un processus de sécularisation qui a été plus fort pour le premier et moins accentué pour les deux autres systèmes juridiques. Nous n'entendons pas dire, avec cette observation, que le barycentre du droit canonique ait été transposé de Dieu à l'homme, de la traduction en normes d'une loi éternelle donnée par Dieu à la discipline des choix dictés par la conscience humaine. Mais le système canonique a traversé un processus de « positivisation » du droit qui a abouti à l'adoption d'une série d'institutions juridiques, de procédés

70. Cf. Juan FORNES, « La forma en el matrimonio de un católico con un no católico », *Ius canonicum*, v. XXXVII, n. 73, enero-junio 1997, p. 27. N'oublions pas que, selon le droit canonique, le *jus connubii* est un droit naturel concernant toute personne humaine.

71. Cf. Salvatore BERLINGO, « "Continuo" e "discontinuo" cattolico a proposito della libertà religiosa : dalla "Dignitatis Humanae" al magistero di Papa Wojtyła », *Studi in onore di Piero BELLINI*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999, p. 87.

logiques et de mécanismes normatifs analogues à ceux des droits séculiers, bien qu'insérés dans un contexte dominé par l'idée que le droit et la justice sont, dans leur signification la plus chargée de sens, un attribut de Dieu et non pas un produit de l'homme. Le succès d'une telle opération est un pari sur lequel le droit canonique a investi plus que les droits hébraïque et islamique ⁷².

(c) Les trois systèmes juridiques reconnaissent tous la validité d'un mariage religieux célébré entre des sujets qui ne sont pas de leurs fidèles : mais ce mariage doit être dissous si l'un des deux conjoints se convertit au judaïsme ou à l'islam (excepté dans le cas où le converti à l'islam est le mari et la femme est juive ou chrétienne) ; il peut être dissous si l'un des deux conjoints est baptisé.

Il s'agit d'une différence bien moins nette que les précédentes, puisque dans tous les cas, le *favor fidei* prévaut sur le *favor matrimonii*. Le passage de l'obligation à la faculté n'est pourtant pas insignifiant. Selon le droit canonique, la conversion d'un conjoint ne dissout pas le mariage, qui reste valide jusqu'à ce que le conjoint converti célèbre un nouveau mariage : dans l'éventualité où ce fait n'interviendrait pas (ou si le conjoint non baptisé accepte de cohabiter avec la partie baptisée *sine contumelia creatoris*), le premier mariage n'est pas dissous. Selon les droits hébraïque et islamique (avec l'exception déjà évoquée pour ce dernier) la conversion d'un conjoint est la cause *ipso facto* d'une dissolution du lien. Dans cette dernière hypothèse, la conversion a une valeur de rupture forte des rapports préexistants : le converti est un homme nouveau, libre des liens qu'il avait tissé précédemment ⁷³. Dans le premier cas, l'élément de continuité est plus fort : des raisons d'opportunité peuvent conseiller la dissolution de ces liens, mais ils restent en principe valides.

Est-il possible que cette approche différente ait à voir avec l'idée thomiste que « *gratia perficit, non destruit, naturam* » et de ce fait avec la manière de concevoir le rapport

72. Cf. plus exhaustivement S. FERRARI, *Lo Spirito*, p. 267-68.

73. Bien qu'avec quelques limites : le converti au judaïsme ne peut épouser une personne qu'il n'aurait pas pu épouser par lien de parenté, en se fondant sur la loi à laquelle il était sujet avant sa conversion. Avec cette interdiction d'origine rabbinique, on veut éviter de donner l'impression qu'à travers la conversion au judaïsme l'on passe d'une situation de « sainteté » majeure à une situation inférieure.

entre droit divin naturel et droit divin positif ? Le problème du rapport entre une loi fondamentalement bonne, rationnellement reconnaissable et valide pour tous les hommes, d'une part, et le droit divin révélé de l'autre, intéresse autant le système canonique que les systèmes hébraïque et islamique : mais dans le premier cas seulement, les deux complexes normatifs sont hiérarchiquement ordonnés et fonctionnellement corrélés en se fondant sur l'idée que le droit divin tout entier ne s'épuise pas dans le seul droit divin positif et que ce dernier intègre et complète le droit divin naturel, dans le respect du rapport entre révélation et nature qui est caractéristique de la tradition catholique⁷⁴. Dans ce contexte, le mariage comme institution de droit naturel conserve une validité et une force (du moins relative) même après la conversion d'un des deux conjoints. Dans le contexte du droit hébraïque et islamique, où le rapport entre droit divin positif et droit divin naturel est très fragile ou du moins différemment considéré⁷⁵, la situation est plus complexe et articulée⁷⁶ ; l'accent semble plus marqué sur la césure que la conversion comporte – même au niveau matrimonial – entre l'« avant » et l'« après ».

Silvio FERRARI
Université de Milan

(Traduit de l'italien par
Olivier Kohtz)

74. Cf. à ce propos les contributions de David NOVAK, Yaad BEN ACHOUR et Francesco VIOLA recueillies dans *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, 4/2004 ; voir en outre Silvio FERRARI, *Lo Spirito*, *op. cit.*, p. 133-51.

75. Cf. les textes indiqués dans la note précédente.

76. En effet, divers facteurs entrent en compte, tels que la radicalité du refus qu'oppose le droit hébraïque à toute forme de mariage mixte ou la différence des *status* de l'homme et de la femme au sein de la famille qui induit le droit islamique à accepter la possibilité d'un mariage mixte où l'homme, chef de famille, serait musulman. Cf. les contributions recueillies dans le numéro de *DiReCom* cité à la note 49.