

**Zeitschrift:** Revue vaudoise de généalogie et d'histoire des familles  
**Herausgeber:** Cercle vaudois de généalogie  
**Band:** 29 (2016)

**Artikel:** Contribution à l'histoire du droit de la famille : le lien matrimonial de l'Antiquité à la loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état civil, le mariage, et la tenue des registres s'y rapportant  
**Autor:** Peroz, Anna  
**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-1085166>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 02.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Contribution à l'histoire du droit de la famille : le lien matrimonial de l'Antiquité à la loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état civil, le mariage, et la tenue des registres s'y rapportant

Anne Peroz

Historiquement, toute société humaine organisée semble avoir voulu contrôler les unions socialement reconnues, dont dépendaient l'existence et la survie du groupe. À quelque époque et à quelque lieu que ce soit, la *summa divisio* des règles d'organisation sociale en matière familiale sépare les unions légitimes des autres formes de relations entre les sexes. L'union matrimoniale apparaît d'abord comme une source de parenté, touchant à la famille. C'est ainsi par cette dernière que l'espèce se survit, transmet la vie, les moyens de vie, les raisons de vie. En Orient et en Occident, famille et mariage sont par essence liés à la transmission, du moins dans leurs conceptions traditionnelles<sup>1</sup>. Mais le mariage constitue également, au-delà de la parenté, une source d'alliance et un moyen de remettre de l'ordre dans le désordre naturel de la sexualité et de la procréation. Le mariage, enfin, permet de définir les statuts et les rôles sociaux. Il trace, dans toute société, une coupure. C'est

par rapport à son statut que se définit celui de toutes les relations « hors-mariage », de la proscription à la simple tolérance de fait<sup>2</sup>.

Dans le cadre de cette étude, nous avons choisi d'évoquer les grands principes de la formation du lien matrimonial à travers l'histoire. Le mariage existe bien entendu dans le monde romain, ayant façonné la plupart de nos droits occidentaux (I), avant de passer peu à peu sous contrôle de l'Église dans les temps médiévaux (II). Les Temps modernes sont enfin ceux de la réaction protestante et de la rupture de l'unité religieuse en Suisse. La Constitution fédérale de 1848, faisant de la Suisse un État fédératif, ouvre la voie à l'unification du droit du mariage (III). À chaque époque et dans toute société, le mariage porte l'expression d'une morale et des mœurs. Le juriste, qui le façonne, est lui aussi l'homme de son temps et se doit de guider l'institution vers les fins qui lui paraissent justes et bonnes, tout en tenant compte de principes supérieurs imposés par les forces de pouvoir.

<sup>1</sup> Ce « modèle » initial de la famille traditionnelle connaît également à notre époque des bouleversements. Pour une revue de la situation en Suisse, voir plus précisément : BEAT, FUX, *Évolution des formes de vie familiale*, Recensement fédéral de la population 2000, Office fédéral de la statistique, Neuchâtel, décembre 2005, 92 p. Et aussi : RYSER, Valérie-Anne et LE GOFF, Jean-Marie, « Le mariage en Suisse : contrainte institutionnelle ou choix de vie? », *Les enjeux démographiques en France et en Allemagne*, Villeneuve d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, 2011, p. 109-123.

<sup>2</sup> MEULDERS, Marie-Thérèse, « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat, et au-delà », *Le droit de la famille en Europe : son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours : actes des journées internationales d'histoire du droit*, Strasbourg : Presses univ. de Strasbourg, 1992, p. 216.



## I) Les racines antiques : le mariage comme pilier de la Cité romaine

Le mariage, tel qu'il nous apparaît dans le droit suisse, est le fruit d'une longue histoire. En Occident, jusqu'aux Temps modernes, le mariage est largement régi et contrôlé par l'Église. Mais l'Église elle-même prend naissance dans le monde romain. Ainsi, comme nous le verrons, les éléments fondamentaux du mariage chrétien sont déjà présents sous la Rome impériale. Sous bien des aspects, le droit classique du mariage romain servira de base au droit canonique matrimonial, avant la réaction protestante du XVI<sup>e</sup> siècle. Il est possible d'affirmer que, en matière de droit privé, le droit romain constitue le « droit commun » (*ius commune*) de l'Europe et de la Suisse, même si, dans notre pays, sa réception s'est révélée plus lente et inégale que dans d'autres contrées<sup>3</sup>... Étudions donc les caractéristiques fondatrices du mariage romain, l'élément le plus frappant résidant d'abord en un lien très étroit entre Cité et mariage.

### 1) Le mariage, pierre angulaire de la civilisation romaine

Le Digeste mentionne la définition suivante du mariage, donnée par Modestin et conservée ensuite par le droit canonique: «*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*» (D. 23, 2, 1)<sup>4</sup>. Le mariage est formé dans le but d'avoir des enfants, comme l'indique la «*coniunctio maris*

et feminae», soit l'union sexuelle des époux. Mais, chez Modestin, le mariage est également une communauté de vie (*consortium omnis vitae*) et la mise en commun de tout ce qui relève du droit divin et du droit humain (*divini et humani iuris communicatio*). Le mariage apparaît comme une institution de droit, d'ordre public, structurant la société et conforme à la Nature.

À Rome, mariage et Cité sont en effet associés. Seuls les citoyens possédant de véritables droits politiques<sup>5</sup> peuvent conclure un *iustum matrimonium*<sup>6</sup>; on parle alors d'union conforme au droit, produisant des effets de droit. Point de mariage entre deux esclaves, entre libre et esclave, et entre Romain et non Romain, sauf si ce dernier a acquis le *conubium*<sup>7</sup>. Le mariage d'un esclave est ainsi considéré comme une simple union de fait (*contubernium*), le maître pouvant vendre les enfants qui en sont issus. Sous le régime du droit de cité romaine, jusqu'à l'édit de Caracalla de 212 octroyant la citoyenneté romaine à tous les habitants libres de l'Empire, la qualité de citoyen romain se transmet par le mariage. Pour être

<sup>3</sup> Sur la réception du droit romain en Europe et en Suisse, voir surtout: STEIN, Peter, *Le droit romain et l'Europe: essai d'interprétation historique*, Bruxelles [etc.]: Bruylant [etc.]; Genève; Zurich; Bâle: Schulthess, 2004, 172 p. S'agissant de l'influence du droit romain au Pays de Vaud médiéval, consulter: POUDRET, Jean-François, *Coutumes et coutumiers, Histoire comparative des droits des pays romands du XVIII<sup>e</sup> à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle*, 6 volumes ou parties, Berne: Staempfli Éditions, 1998 à 2006.

<sup>4</sup> CASTELLO, C., «La definizione del matrimonio secondo Modestino», *Atti del Colloquio romanistico-canonistico: (febbraio 1978)*, Roma: Libreria ed. della Pontificia Università Lateranense, 1979, 267-298.

<sup>5</sup> Les citoyens romains sont les seuls à être soumis au droit de cité romain. Initialement, le droit de cité peut uniquement être concédé aux habitants de Rome, portant le nom d'origine mystérieuse de «Quirites», utilisé en droit archaïque. Le droit de cité est ensuite concédé largement au gré des conquêtes militaires. Il implique un ensemble de prérogatives, non seulement politiques mais aussi civiles et judiciaires: droit de se marier sous le régime du droit romain (*conubium*), droit d'accomplir certains actes juridiques spécifiques au droit romain (*commercium*), droit de tester (*factio testamenti*), etc. Le droit de cité est encore associé à certains privilèges de droit public, comme le droit de briguer des magistratures, de plaider devant les tribunaux. Les étrangers, de passage ou résidents, ou encore les esclaves, ne disposent pas du droit de cité. Sur le sujet, voir notamment: BADEL, Christophe, *La citoyenneté romaine*, Futuroscope: CNDP, 2015, 50 p. Et: MICHEL, Nicolas-Henry, *Du droit de cité romaine*, Paris: L. Larose et Forcel, 1885, 374 p.

<sup>6</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris: PUF, 1996, p. 104. Voir aussi: GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident*, Paris: Éditions du Cerf, 1987, p. 24.

<sup>7</sup> Les habitants non romains du Latium sont soumis au droit latin, incluant le *conubium*. Mais ils ne possèdent pas la citoyenneté romaine, à moins de venir s'établir à Rome (*ius migrandi*). S'agissant de l'acquisition du *conubium*, voir: STURM, Fritz, «*Conubium, ius migrandi, conventio in manum*», *Le droit de la famille en Europe...*, op. cit., p. 717-728.

citoyen romain, il faut être né en justes noces d'un père citoyen romain au moment de la conception et résidant à Rome. Dans son *De officiis*, Cicéron rappelle ainsi que le mariage constitue le « séminaire de la République »<sup>8</sup>. Tout bon citoyen romain doit se marier, pour fonder une famille et permettre ainsi la naissance de nouveaux citoyens. Ainsi, la pérennité de la Cité politique, et plus largement celle de l'État, est assurée. Ce lien étroit entre droit, politique et mariage est un héritage de l'époque archaïque, depuis les origines de Rome (VIII<sup>e</sup> siècle avant notre ère) jusqu'à la République (VI<sup>e</sup> siècle avant notre ère). Les familles constituent alors le seul élément social naturel et stable. Beaucoup moins étendue que la *gens*, la *familia* romaine est consacrée dans la loi des XII Tables (V<sup>e</sup> siècle avant notre ère). La *familia* regroupe l'ensemble des personnes se trouvant sous l'autorité d'un *pater familias*. L'autorité du père de famille s'exerce sur les enfants, mais aussi sur les petits-enfants, arrière-petits-enfants, en ligne masculine. La famille, structure puissante et autonome aux époques originaires de Rome, est le noyau de la vie publique<sup>9</sup>. Puis, à l'époque de la République tardive, tout comme au Principat ou au Dominat, l'idéal familial romain reste le mariage, « stable et prolifique »<sup>10</sup>. Cicéron et Valère Maxime décrivent tous deux dans leurs ouvrages le modèle de la félicité romaine. Au II<sup>e</sup> siècle avant J.-C., celle-ci est incarnée chez un certain Quintus Caecilius Metellus, auquel la Nature a réservé ses faveurs. Né citoyen romain dans une famille noble, ancien consul, il est « bel homme », d'une âme « noble et grande » ; il est accompagné d'une épouse « chaste et féconde » qui lui a donné « trois fils et trois filles ». Il maria ses trois filles « à des hommes excellents » et ses « nombreux petits-enfants s'assirent

sur ses genoux »<sup>11</sup>. La gloire et le bonheur passent donc notamment par le mariage et la descendance légitime<sup>12</sup>. Mais encore faut-il que l'union réponde aux exigences du *iustum matrimonium*...

## 2) Les conditions du *iustum matrimonium*

Pour les Romains, les enfants légitimes représentent la permanence de la famille. L'enfant (le fils, principalement) est l'héritier du nom, de la propriété familiale, et perpétue le culte des dieux de la *domus*. Il est aussi porteur du statut et du rôle politique et social de ses ascendants (surtout du père). C'est donc tout naturellement pour engendrer des enfants légitimes que le citoyen romain prend femme (*liberorum quaerundorum causa*)<sup>13</sup>. Dans ce sens, le mariage romain est purement consensuel, monogame, et ordonné à la procréation.

Dans la formation du lien matrimonial, Ulpien, cité dans le Digeste, insiste en ces termes sur l'importance du consentement : « *Nuptias non concubitus sed consensus facit* » (D. 35, 1, 15)<sup>14</sup>. Ce ne sont ni la communauté de vie ni même l'union sexuelle qui font le mariage. Le consentement émane du *pater familias* sous la puissance duquel se trouve chaque époux, mais aussi des époux eux-mêmes. Le consentement doit en outre être continu ; à défaut, le mariage cesse, dans des conditions que nous aborderons plus tard... Une telle particularité explique que le mariage d'un citoyen romain réduit en esclavage ou

<sup>8</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 104.

<sup>9</sup> ZLINSZKY, Janos, « *Consors et domina- Filiae loco* : la famille romaine archaïque », *Le droit de la famille en Europe...*, op. cit., p. 233.

<sup>10</sup> PETER, Orsolya Marta, « L'image idéale du mariage et de la filiation à Rome », *Le droit de la famille en Europe...*, op. cit., p. 363.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 364.

<sup>12</sup> Dans la Rome antique, le mariage est fortement encouragé. L'État entreprend même de punir les célibataires et de récompenser ceux qui ont une grande famille. Voir sur ce point : ZLINSZKY, Janos, « *Consors et domina- Filiae loco* : la famille romaine archaïque », *Le droit de la famille en Europe...*, op. cit., p. 233 et s.

<sup>13</sup> PETER, Orsolya Marta, « L'image idéale du mariage et de la filiation à Rome », *Le droit de la famille en Europe...*, op. cit., p. 365.

<sup>14</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 105. Et aussi : GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident...*, op. cit., p. 29.

plus généralement captif soit automatiquement dissous ; au vu de la privation de liberté, un consentement valable ne peut plus être émis. Le mariage romain est enfin monogame, comme précisé par Gaius dans ses *Institutes*<sup>15</sup>. Il ne peut être conclu par des personnes déjà engagées par un lien matrimonial<sup>16</sup>. Le droit romain interdit également l'inceste, considéré comme un crime grave. Ainsi, le mariage ne peut avoir lieu entre personnes parentes et alliées à un degré prohibé. De tels empêchements existent de manière large aux débuts de l'histoire de Rome, mais s'assouplissent progressivement. En 200 av. J.-C., il devient possible de contracter mariage entre cousins germains<sup>17</sup>. Un *senatus-consulte* de 49 ap. J.-C., à l'objectif politique, autorise même un oncle paternel à épouser sa nièce ! Il est l'œuvre de l'empereur Claude, bien décidé à prendre pour femme sa nièce Agrippine... Il faudra attendre le règne de Constance II pour que ce *senatus-consulte* soit abrogé, par une constitution de 342, figurant dans le Code théodosien (C. Th., 3, 12, 1)<sup>18</sup>. En cas d'adoption, cette fois, le mariage reste impossible entre adopté et adoptant ; mais l'union est autorisée entre adopté et enfant naturel de l'adoptant. Enfin, s'agissant de la parenté par alliance, le mariage avec un beau-père et une belle-mère reste prohibé<sup>19</sup>. Nous avons souligné l'importance du lien matrimonial pour la continuité de la

famille et de la Cité, ainsi que le consensualisme présidant à la formation de l'union. Ces aspects ont évidemment des conséquences sur les rapports entre époux.

### 3) Les rapports entre époux : de l'*affectio maritalis* à la dissolution du mariage

Le *iustum matrimonium*, formé par consentement mutuel, implique pour les époux de respecter l'un à l'égard de l'autre l'« honneur du mariage » (*honor matrimonii*)<sup>20</sup>. L'homme doit traiter sa femme en épouse légitime (*uxor*), partageant le même rang social que lui ; elle est *mater familias* et mérite à ce titre l'« *affectio maritalis* », l'affection et le respect. Nous avons vu à quel point le lien matrimonial est important pour la vie sociale et politique de Rome. L'*affectio maritalis* consiste en un devoir moral pesant sur les époux pour la paix des familles. Mais le mariage romain n'est pas systématiquement un jeu d'amour. Il représente surtout la solidarité entre les conjoints, l'accomplissement en commun des devoirs que le mariage implique. On rapporte ainsi qu'un censeur aurait exclu du Sénat un magistrat ayant embrassé sa femme en présence de ses filles<sup>21</sup>. Avec la perte de liberté ou de citoyenneté et le décès de l'un des conjoints, le divorce constitue l'une des quatre causes de dissolution du mariage. Conclu sur simple échange de consentements, le mariage prend fin si l'une des volontés vient à manquer (on parle en ce cas de *repudium*) ou d'un commun accord entre les époux (*divortium* proprement dit)<sup>22</sup>. Il n'est pas rare de mettre fin à une union pour en contracter une autre, stratégiquement plus intéressante pour des raisons diverses (fortune, alliance politique...).

<sup>15</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 106.

<sup>16</sup> Jusqu'à l'Empire, les pères de famille décident eux-mêmes de l'âge pubère des enfants se trouvant sous leur puissance. Sous l'Empire, l'âge pubère est fixé à 12 ans pour les filles et 14 ans pour les garçons.

<sup>17</sup> TAPPY, Denis, « Peut-on épouser son oncle ? Remarques diachroniques sur les limites de l'empêchement de parenté », *L'arbre de la méthode et ses fruits civils, Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz*, Genève : Schulthess, 2006, p. 141.

<sup>18</sup> Sur la « genèse » de ce *senatus-consulte* de l'an 49, voir : TAPPY, Denis, « Peut-on épouser son oncle ? Remarques diachroniques sur les limites de l'empêchement de parenté », *L'arbre de la méthode et ses fruits civils...*, op. cit., p. 141-142.

<sup>19</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 106.

<sup>20</sup> GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident...*, op. cit., p. 30. Voir également : ALBERTARIO, Emilio, « *Honor matrimonii* » e « *affectio maritalis* », Milano : U. Hoepli libr. del R. Istituto lombardo di scienze e lettere, 1929, 15 p.

<sup>21</sup> ZLINSZKY, Janos, « *Consorts et domina- Filiae loco* : la famille romaine archaïque », *Le droit de la famille en Europe...*, op. cit., p. 238.

<sup>22</sup> RAWSON, Beryl, *Marriage, divorce, and children in ancient Rome*, Canberra : Humanities Research Centre ; Oxford : Clarendon Press, 2004, 252 p.



*Divortium* et *repudium*, tous les deux fréquents à Rome, entraînent évidemment cessation de la vie commune. Aucun n'implique l'intervention de l'autorité publique, la famille gérant ses affaires de manière autonome. L'écrit n'est pas obligatoire – même s'il facilite la preuve –, la répudiation pouvant même être matérialisée par l'ordre bref de « *reprendre ses affaires* »<sup>23</sup> (D. 24, 3, 2)... C'est dans le contexte du mariage romain que se développent les principes du christianisme.

#### 4) Les premières esquisses du mariage chrétien

L'année 312 marque la fin de la tétrarchie<sup>24</sup> mais aussi la division de l'Empire romain en deux entités : Constantin reçoit l'Occident et Licinius l'Orient. Une année plus tard, l'édit de Milan, dû à l'initiative de Constantin, proclame la liberté de religion<sup>25</sup>. Dès lors, une période favorable pour le christianisme débute. Théodose I<sup>er</sup>, dans l'édit de Thessalonique (380), fait ensuite du christianisme la seule religion de l'Empire<sup>26</sup>. À cette époque, la doctrine chrétienne du mariage repose sur les textes scripturaires, c'est-à-dire sur l'Ancien et le Nouveau Testament<sup>27</sup>. De ces sources, les Pères de l'Église tels qu'Ambroise, Jérôme et Augustin<sup>28</sup> tirent les principes fondamentaux du mariage chrétien, au nombre de trois<sup>29</sup>. Le premier de ces principes

est la sainteté du mariage. Le droit canonique du mariage n'est pas uniquement un droit humain ; il relève également de la volonté divine, immuable et contre laquelle aucune législation ne peut aller. Cette sainteté du mariage est confirmée par la présence du Christ aux noces de Cana, relatées dans l'Évangile selon saint Jean, où il accomplit son premier miracle. Le mariage chrétien est destiné à la procréation, justifiant les relations sexuelles entre époux (Genèse 1, 28)<sup>30</sup>. Il s'agit d'une collaboration à l'œuvre créatrice de Dieu. La naissance d'un enfant est un don, un cadeau de la vie. L'union apparaît aussi comme un remède aux tentations de la chair, toute relation sexuelle hors mariage étant considérée comme un péché. Les époux se doivent fidélité, l'adultère de l'homme étant aussi répréhensible que celui de la femme<sup>31</sup>. La faute de l'un des époux est toutefois pardonnable, le mariage étant par principe indissoluble. Cette indissolubilité est d'ailleurs rappelée dans la première Épître aux Corinthiens (7, 10-11.39) et dans l'Épître aux Romains (7, 2-3) ; ce que Dieu a uni, l'homme ne peut point le séparer. L'adultère permet le *divortium*, mais non le remariage du vivant du conjoint<sup>32</sup>. Les époux sont certes égaux dans leurs devoirs réciproques, mais l'union est strictement soumise à la direction du mari. Dans la première Épître aux Corinthiens, Paul affirme ainsi que « *Dieu est la tête de l'homme, et l'homme la tête de la femme* » (1 Corr 11, 3)<sup>33</sup>. Il s'appuie, pour développer son propos, sur les deux premiers chapitres de la Genèse, soit la création d'Adam à

<sup>23</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 111.

<sup>24</sup> REMY, Bernard, *Dioclétien et la tétrarchie*, Paris : Presse universitaires de France, 1998, 127 p.

<sup>25</sup> SCHMIDT, Joël, *Le triomphe du christianisme : Constantin et l'Édit de Milan (313)*, Paris : Salvator, 2013, 142 p.

<sup>26</sup> INGLEBERT, Hervé, *Les Romains chrétiens face à l'histoire de Rome : histoire, christianisme et romanité en Occident dans l'Antiquité tardive (III-V siècles)*, Paris : Institut d'études augustiniennes, 1996, 744 p.

<sup>27</sup> GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident...*, op. cit., p. 43-44.

<sup>28</sup> Sur la doctrine augustinienne et le mariage, voir : AUGUSTINUS, *De bono conjugali ; De sancta virginitate*, ed. and transl. by P.G. Walsh, Oxford : Clarendon Press, 2001, 164 p.

<sup>29</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 111-112.

<sup>30</sup> COTTIAUX, Jean, *La sacralisation du mariage : de la Genèse aux incises matthéennes : contribution à une théologie du développement dogmatique, à l'histoire de la discipline des mœurs, et aux problèmes posés par l'absolue indissolubilité du mariage chrétien*, Paris : Éd. du Cerf, 1982, 793 p.

<sup>31</sup> SCHMITT, Émile, *Le mariage chrétien dans l'œuvre de saint Augustin : une théologie baptismale de la vie conjugale*, Paris : Études augustiniennes, 1983, 318 p.

<sup>32</sup> CHURRACA, Juan de, « Égalité et inégalité des conjoints dans le mariage chrétien des premiers siècles », *Le droit de la famille en Europe...*, op. cit., p. 243.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 243.

l'image de Dieu, puis la formation du corps d'Ève à partir de celui d'Adam... Depuis le IV<sup>e</sup> siècle, la morale chrétienne influence les principes juridiques romains. Mais les invasions barbares et la chute de l'Empire romain d'Occident changent la donne.

## II) L'époque médiévale : le mariage progressivement sous contrôle de l'Église (V<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles)

Désormais, entre le V<sup>e</sup> siècle et le X<sup>e</sup> siècle, les règles du mariage obéissent à la personnalité des lois, soit aux différents usages des peuples installés sur le sol de l'ancien Empire romain<sup>34</sup>. Au-delà des différences ethniques, la famille obéit toutefois à une constante : elle repose toujours sur le mariage, permettant de structurer et de hiérarchiser le clan. Face à ces bouleversements, une institution reste également stable : il s'agit de l'Église. L'époque carolingienne sera pour elle décisive. En effet, les rois lui confient nettement la tâche d'encadrer la population<sup>35</sup>. Législation et juridiction ecclésiastiques s'affermissent et se développent, notamment en matière de mariage : au VIII<sup>e</sup> siècle, l'Église exerce le contrôle juridictionnel pour les empêchements de parenté et, au IX<sup>e</sup> siècle, sa compétence s'étend désormais aussi au divorce. À partir du XI<sup>e</sup> siècle et jusqu'à la Réforme, le mariage relève exclusivement du droit canonique et des officialités. Revenons sur cette évolution.

### 1) Le mariage chez les Francs : l'Église confrontée aux usages germaniques (V<sup>e</sup>-X<sup>e</sup> siècles)

L'Empire romain d'Occident disparaît officiellement en 476. Le dernier empereur, Romulus Augustulus, est démis de ses fonctions et le Hérule Odoacre renvoie les

insignes impériaux à Constantinople. La belle unité juridique, assurée par la diffusion du droit romain, prend également fin. En Occident, les codifications de Justinien restent peu ou mal diffusées. Le Code théodosien (439), bien qu'antérieur, aura par contre une plus grande diffusion. Dernier texte législatif entré simultanément en vigueur en Orient et en Occident, il sera utilisé pour rédiger le Bréviaire d'Alaric, loi romaine des Wisigoths (506)<sup>36</sup>. C'est donc essentiellement à travers le Code théodosien que le droit romain du mariage perdure en Occident<sup>37</sup>. L'Empire romain cède également la place à de nouveaux royaumes, constitués par les Francs, les Burgondes, les Wisigoths, les Suèves, les Vandales, les Alamans... Clovis (481-511), à la tête des Francs saliens, se rend progressivement maître de tout le territoire allant de la Saxe au sud de Cambrai. Il vainc les Alamans à Tolbiac (496), puis les Wisigoths à Vouillé (507), et annexe le royaume burgonde (534)<sup>38</sup>. Ces événements marquent le début du règne de la personnalité des lois. Cette dernière signifie que chaque peuple du *regnum francorum* conserve l'application de ses règles nationales, faites de lois rédigées mais aussi de coutumes. La diversité caractérise ainsi les règles de formation et de dissolution du mariage, avant que les deux groupes (population romaine et peuples barbares) ne fusionnent.

Les traditions germaniques reflètent, comme le droit romain, l'importance de la famille. Ainsi, plus que les consentements des futurs époux, ce sont d'abord les consentements des chefs de famille que l'on exige au mariage.

<sup>36</sup> GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident...*, op. cit., p. 94.

<sup>37</sup> AUBERT, Jean-Jacques et BLANCHARD, Philippe (dir.), *Droit, religion et société dans le "Code théodosien" : troisièmes Journées d'étude sur le Code théodosien*, Neuchâtel, 15-17 février 2007, Neuchâtel : Université de Neuchâtel, Genève : Droz, 2009, 445 p.

<sup>38</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 122. Voir aussi, s'agissant de l'expansion du royaume franc : FEFFER, Laure-Charlotte, FORNI, Pierre et PERIN, Patrick, *De Clovis à Charlemagne*, Paris : Casterman, 1989, 69 p.

<sup>34</sup> BART, Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris : Montchrestien, p. 10.

<sup>35</sup> BONNET, Christian et DESCATOIRE, Christine, *Les Carolingiens et l'Église, VIII<sup>e</sup>-X<sup>e</sup> siècle*, Gap [etc.] : Ophrys, 1996, 161 p.

Dans la loi romaine des Wisigoths, par exemple, l'union conclue sans l'accord préalable des familles est considérée comme un rapt, et le coupable réduit en esclavage<sup>39</sup>. Si le père de famille consent au mariage, il lui appartient de fixer le montant de la dot à verser par le ravisseur. Dans la loi des Burgondes (ou loi Gombette, rédigée au VI<sup>e</sup> siècle), une jeune femme n'ayant plus son père passe sous la puissance juridique de son frère, pouvant à son tour choisir pour elle un conjoint. À défaut d'ascendant ou de collatéral masculin, la femme dispose d'une liberté de choix pour le mariage! La loi wisigothique, moins « clémentine », précise encore que la femme épousant un autre homme que celui auquel son père l'avait promise devient l'esclave de l'éconduit tout comme son mari<sup>40</sup>! Le mariage scelle avant tout l'alliance de deux familles. Les quelques règles que nous venons d'évoquer signent le déclin du principe consensualiste admis à Rome et chez les premiers chrétiens.

Comme dans la Rome antique, le mariage est une institution concernant uniquement les personnes libres; la loi salique, par exemple, réduit en esclavage la personne libre contractant mariage avec un ou une esclave<sup>41</sup>. Les traditions romano-chrétienne et germanique s'opposent également en matière de cérémonies entourant la formation du mariage. En plus de l'échange des consentements, les chrétiens instaurent la pratique de certains rites, par exemple l'échange des anneaux ou le port d'un voile pour la femme. Mais rien de tout ceci n'est nécessaire pour qu'il y ait véritable mariage. Il en va tout autrement des traditions germaniques. Toute union « officielle » comporte deux étapes: l'engagement (*Verlobung* ou *desponsatio*) et la remise de la femme au mari (*Trauung* ou *traditio*)<sup>42</sup>.

Chez les Francs, un sou et un denier suffisent à matérialiser la volonté matrimoniale. La famille acceptant cette offrande est désormais liée par une promesse de mariage. Sa rupture constitue un délit, entraînant le versement d'une composition pécuniaire appelée *Wergeld* (62 sous dans la loi salique)<sup>43</sup>. Cette première étape, fixant les conditions de l'engagement matrimonial, donne lieu à des tractations entre les clans. La famille du futur marié fixe, avec celle de la promise, le montant de la *dos ex marito*. Le mari apporte ainsi une dot à sa femme! En contrepartie, la future n'offre que quelques présents à son promis. La seconde étape consiste en la remise de la jeune fille à son mari. Traditionnellement, un festin est organisé dans la famille de la femme et, le soir, une cérémonie (*Beilager*) organisée en présence de témoins marque l'union des époux et le début de la vie commune<sup>44</sup>. Chez les Francs tout comme chez les Wisigoths, la chambre nuptiale est bénie, l'union charnelle semblant être exigée pour la formation définitive du lien matrimonial<sup>45</sup>. La *copula carnalis* est plus importante que dans la tradition romaine, annonçant la philosophie du droit canonique du mariage. Le mariage ainsi conclu ne peut être dissous que par la mort ou le divorce. Mais ce dernier est largement admis, faisant du mariage une union précaire... La loi des Wisigoths et la loi des Burgondes admettent en effet que le mari peut renvoyer sa femme, sans plus donner d'explication<sup>46</sup>! Le divorce par consentement mutuel est également fréquent. Le recueil de Marculf (ou Formulaire

<sup>39</sup> BART, Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit., p. 49.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 49.

<sup>41</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 123.

<sup>42</sup> À ce sujet, voir par exemple: BART, Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit., p. 48. LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des*

*personnes...*, op. cit., p. 123. GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident...*, op. cit., p. 96. Et aussi: JOYE, Sylvie, SANTINELLI, Emmanuelle et BÜHRER-THIERRY, Geneviève, *Le couple dans le monde franc (V-XII)*, Saint-Denis: Presses universitaires de Vincennes, 2013, 218 p.

<sup>43</sup> BART, Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit., p. 48.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 48.

<sup>45</sup> Concernant le mariage au haut Moyen Âge et sa consommation charnelle, consulter: MAC CARTHY, Conor, *Love, sex and marriage in the Middle Ages: a source book*, London [etc.]: Routledge, 2004, 292 p.

<sup>46</sup> GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident...*, op. cit., p. 97.



de Marculf, VII<sup>e</sup> siècle) donne un certain nombre de formules permettant aux époux de mettre fin à leur union d'un commun accord, pour cause de discorde<sup>47</sup>. Chez les Francs, la fin du mariage est matérialisée par le jet, de la part de la femme, d'une clef symbolisant le domicile conjugal. Enfin, le mariage entre parents proches reste pratique courante chez les peuples « barbares », tenus à l'union entre personnes de même rang dans des sociétés fermées et un cercle étroit (endogamie). Les rois francs eux-mêmes ne manquent pas de s'adonner à cette pratique. Les souverains mérovingiens Clotaire et Caribert sont ainsi bien connus pour leurs multiples unions, parfois incestueuses<sup>48</sup>.

Ces pratiques sont bien entendu en opposition avec les premières règles chrétiennes du mariage. L'un des fondements les plus nets interdisant effectivement ce type d'union figure dans le chapitre 18 du Lévitique, verset 6, énonçant qu'« *aucun de vous ne s'approchera de sa propre parenté* »<sup>49</sup>. Comme nous le voyons, la morale chrétienne a, depuis la chute de l'Empire, beaucoup de mal à être entendue. À elle seule, la conversion des Francs au christianisme (soit le baptême de Clovis, vers 497) ne semble pas suffire à imposer fermement la doctrine canonique du mariage. Cependant, la législation ecclésiastique progresse. Aux textes canoniques s'ajoutent désormais au V<sup>e</sup> siècle les canons conciliaires. Le concile de Tolède (527) frappe les époux incestueux d'excommunication, l'inceste étant reconnu jusqu'au

6<sup>e</sup> degré de parenté inclus<sup>50</sup>. De même, le principe d'indissolubilité du mariage progresse quelque peu. Le concile d'Orléans (533) frappe également d'excommunication les époux se séparant en raison de la maladie de l'un ou l'autre des conjoints. Puis, un siècle plus tard, le concile d'Hereford (673) interdit la répudiation de la femme pour cause de fornication<sup>51</sup>. La législation séculière vient peu à peu au secours des textes canoniques<sup>52</sup>. En effet, les souverains ne manquent pas de voir, à travers la morale chrétienne, un moyen de contrôle de la population. En 630, par exemple, la loi des Alamans (VII<sup>e</sup> siècle) punit les époux incestueux de la confiscation des biens<sup>53</sup>. Mais la période carolingienne, surtout, s'avère décisive pour l'affirmation de la discipline chrétienne du mariage. Charlemagne est sacré empereur par le pape Léon III, à Rome, en 800. Le souverain, désormais de droit divin, exerce le pouvoir en étroite union avec l'Église. Le droit canonique influence ainsi la législation séculière. L'Église est dès lors en mesure d'exercer un contrôle juridictionnel sur le mariage, non exclusif mais de plus en plus important. À la fin du VIII<sup>e</sup> siècle, la compétence de l'Église est admise en matière d'empêchements de parenté et d'adultère (concile de Rouen, 721). Au IX<sup>e</sup> siècle, cette compétence s'étend au divorce (concile de Paris, 829). Et, au XI<sup>e</sup> siècle, la compétence juridictionnelle et législative de l'Église sur le mariage est définitivement reconnue<sup>54</sup>.

<sup>47</sup> BART, Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit., p. 51.

<sup>48</sup> Lire à ce sujet: SOT, Michel, *Culture and Religion in Merovingian Gaul*, Archives de sciences sociales des religions, 1 October 1997, Vol. 42(100), p. 92-94. Et encore: DELIVRE, Fabrice, *Église et autorités. Études d'histoire de droit canonique médiéval*, Annales Histoire, Sciences sociales, 1 March 2008, Vol. 63(2), p. 418-420.

<sup>49</sup> GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident...*, op. cit., p. 100. Pour une histoire de l'inceste et du droit du mariage, voir: UBL, Karl, *Inzestverbot und Gesetzgebung: die Konstruktion eines Verbrechens (300-1100)*, Berlin: W. de Gruyter, 2008, 591 S.

<sup>50</sup> GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident...*, op. cit., p. 100.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>52</sup> Pour une revue des décisions conciliaires en matière de mariage, consulter par exemple: CAMUS, *Code matrimonial ou recueil complet de toutes les lois canoniques &[et] civiles de France, des dispositions des conciles, des capitulaires, ordonnances, édits &[et] déclarations; &[et] des arrêts &[et] règlements de tous les parlements &[et] tribunaux souverains, rangés par ordre alphabétiques, sur les questions de mariage*, Paris: Herissant, 1770, 2 vol.

<sup>53</sup> GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident...*, op. cit., p. 100.

<sup>54</sup> À ce sujet, voir: RITZER, Korbinian, *Le mariage dans les Églises chrétiennes du I<sup>er</sup> au XI<sup>e</sup> siècle*, Paris: Éd. du Cerf, 1970, 494 p.



## 2) Les grands principes du mariage sous monopole législatif de l'Église (x<sup>e</sup>-xv<sup>e</sup> siècles)

### a) Les sources

Jusqu'à la Réforme, l'institution du mariage est en principe régie exclusivement par le droit canon. En matière de mariage, la doctrine canonique est formée, dès les premiers siècles de l'Église, par les textes scripturaires. À ces premiers fondements, que nous avons étudiés, il faut ajouter les canons conciliaires et les décisions pontificales. Ces sources sont rassemblées par Gratien, dans son fameux « Décret », rédigé vers 1140 à Bologne. La seconde partie de cette œuvre est consacrée au mariage<sup>55</sup>. L'augmentation du *corpus* de droit canonique, suite à la tenue de nouveaux conciles (comme celui de Latran en 1215) ou à l'édiction de nouvelles décrétales, oblige à la rédaction d'un recueil : les Décrétales de Grégoire IX (1234), formant la deuxième partie du *Corpus iuris canonici*<sup>56</sup>. Sur la base de ces textes, les canonistes se livrèrent à une vaste activité de commentaire dans le cadre des universités médiévales. C'est désormais l'ère du droit canonique classique. Depuis le grand pape législateur Alexandre III (1159-1181), la sanction du droit canonique du mariage est également rendue plus efficace. L'officialité<sup>57</sup>, juridiction ecclésiastique née au xii<sup>e</sup> siècle, se répand. En Suisse, les premières

officialités se développent à Genève (1225), Lausanne (1245), Bâle (1252), et Sion (1271)<sup>58</sup>. Les juridictions ecclésiastiques ne sont toutefois compétentes qu'en ce qui concerne le lien matrimonial lui-même ; en effet, les autres aspects du mariage, notamment la gestion du patrimoine des époux, restent du ressort des juridictions et du droit séculiers.

### b) La formation du lien matrimonial : entre consentement et *copula carnalis*

L'unification du droit canonique du mariage implique pour l'Église de mettre fin à une controverse. Le lien matrimonial est-il parfaitement formé suite au consentement des époux ou de la consommation du mariage par l'union charnelle ? Il existe là, en effet, deux thèses en présence. Lorsqu'il recueille les textes pour en faire son « Décret », Gratien se heurte à deux tendances<sup>59</sup>. Ces dernières sont issues de l'histoire de la doctrine chrétienne, débutant dans l'Antiquité romaine et se prolongeant à l'aune des traditions germaniques. Chez les premiers chrétiens, le consentement des époux forme à lui seul le mariage, alors que l'influence des traditions germaniques voudrait que l'on accorde également une certaine importance à la *copula carnalis*. Gratien tente alors de concilier ces deux thèses, en faisant du mariage une cérémonie comportant plusieurs étapes. Les fiançailles (*sponsalia*) « commencent » le mariage, par l'échange des consentements ; mais le mariage n'est « parfait » (*ratum*) que s'il est consommé. En ce cas, l'union est alors définitive, indissoluble.

<sup>55</sup> DE CLUSIO, Gratianus, *Le mariage : décret de Gratien : causes 27 à 36* / éd., trad. [du latin], introd. et notes par WERCKMEISTER, Jean, Paris : les Éd. du Cerf, 2011, 768 p. DAUVILLIER, Jean, *Le mariage dans le droit classique de l'Église depuis le décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)*, Paris : Sirey, 1933, 517 p.

<sup>56</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 133. *Corpus juris canonici*, Éd. Lipsiensis secunda / post Aemilii Ludovici Richter curas ad librorum manu scriptorum et editionis romanae fidem recognovit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg, Union : Lawbook Exchange, 2000, 2 vol.

<sup>57</sup> Sur l'organisation et le rôle des juridictions ecclésiastiques, voir par exemple : LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Les officialités à la veille du Concile de Trente*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973, 291 p.

<sup>58</sup> POUDRET, Jean-François, « Procès matrimoniaux à la fin du xiv<sup>e</sup> siècle selon le plus ancien registre de l'officialité de Lausanne », *Zeitschrift für schweizerische Kirchengeschichte*, Band 86, Jahr 1992, 8.

<sup>59</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 133. BART, Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit., p. 248. Sur cette controverse, voir encore : LETT, Didier, *Mariage et sexualité au Moyen Âge. Accord ou crise?*, Annales Histoire, Sciences sociales, 1 March 2001, Vol. 56(2), p. 391-393.

Mais les divergences de doctrine ne prennent pas fin pour autant. Le théologien Pierre Lombard, contemporain de Gratien et futur évêque de Paris, appuie la thèse consensualiste dans ses *Sentences*, rédigées vers 1151<sup>60</sup>. Les paroles échangées par les époux sont pour lui suffisantes, mais il faut distinguer les *verba de futuro* (paroles du futur), assimilables aux fiançailles, et les *verba de presenti* (paroles du présent). Ces dernières forment le mariage en tant que tel, l'homme et la femme s'engageant à se prendre pour époux « *dès maintenant* ». Les fiançailles, pour leur part, peuvent toujours être rompues<sup>61</sup>, alors que les paroles du présent créent un lien parfait et indissoluble. Le pape Alexandre III (1105-1181), dans la décrétale *Licet*, apporte la solution au problème, en s'appuyant sur la distinction initiée par Lombard<sup>62</sup>. À l'évêque de Mayence, le pontife affirme en effet que si un consentement du présent intervient entre un homme et une femme, chacun disant à l'autre « *Je te reçois pour mien* », c'est-à-dire comme époux, même si cette union n'est pas consommée, cette femme ne pourra pas épouser un autre homme et devra être rendue au premier<sup>63</sup>. L'importance de la *copula carnalis* demeure toutefois dans le cas des fiançailles : les *verba de futuro* suivies d'union charnelle forment un véritable mariage<sup>64</sup>. Mais encore faut-il savoir si les paroles échangées constituent un consentement du

présent ou du futur ! La thèse consensualiste est également mise en avant dans les canons du 4<sup>e</sup> concile de Latran (1215). La publication des bans est obligatoire, notamment pour laisser le temps à une personne connaissant des empêchements au mariage de se manifester<sup>65</sup>. Mais la négligence de cette formalité n'entraîne pas la nullité du mariage... Un mariage clandestin basé sur le seul échange des consentements reste donc parfaitement valable<sup>66</sup>. Évidemment, de tels mariages, contractés sans témoins, ou encore sans publicité préalable, posent des difficultés nombreuses lorsque l'un des deux époux souhaite recouvrer sa « liberté ». Jean-François Poudret s'est ainsi livré à l'analyse des procédures soumises à l'officialité de Lausanne, du 26 janvier 1396 au 6 février 1400. Pendant cette courte période, les procès matrimoniaux sont les plus nombreux et, parmi ces derniers, la moitié concerne des actions en reconnaissance de mariage ou revendication d'époux<sup>67</sup>.

Si l'union charnelle ne constitue pas, à elle seule, un critère de validité du mariage, elle n'en reste pas moins importante dans la doctrine canonique<sup>68</sup>. Au Moyen Âge, le mariage participe, comme nous l'avons évoqué, à la régulation des mœurs ; il est un remède à la concupiscence et une étape obligatoire avant la procréation.

<sup>60</sup> BART, Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit., p. 248.

<sup>61</sup> Les Décrétales de Grégoire IX précisent que les fiançailles peuvent être conclues par les familles pour les enfants à partir de 7 ans. Parvenu à l'âge de la puberté, l'enfant a la possibilité de rompre les fiançailles. Par contre, lorsque ces dernières ont été conclues entre pubères, elles peuvent être rompues d'un commun accord ou pour un autre motif, toujours apprécié par l'official.

<sup>62</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 133. BART, Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit., p. 134.

<sup>63</sup> POUDRET, Jean-François, « Procès matrimoniaux à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle selon le plus ancien registre de l'officialité de Lausanne », *Zeitschrift...*, op. cit., p. 14.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 17. Voir également : POUDRET, Jean-François, *Coutumes et coutumiers, Partie III : Le mariage et la famille*, Berne : Staempfli Éditions, 2002, p. 1 et s.

<sup>65</sup> Au sujet des empêchements de parenté en matière de mariage, voir notamment : TAPPY, Denis, « Peut-on épouser son oncle ? Remarques diachroniques sur les limites de l'empêchement de parenté », *L'arbre de la méthode...*, op. cit.

<sup>66</sup> POUDRET, Jean-François, *Coutumes et coutumiers...*, op. cit., p. 8 et s. À propos des mariages clandestins, voir aussi : LAMON ZUCHUAT Valérie, *Trois pommes pour un mariage : l'Église et les unions clandestines dans le diocèse de Sion, 1430-1550*, Cahiers lausannois d'histoire médiévale, 46, Lausanne : section d'histoire, Université de Lausanne, 2008, 304 p.

<sup>67</sup> Pour l'analyse complète des procédures soumises à l'officialité de Lausanne, consulter : POUDRET, Jean-François, « Procès matrimoniaux à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle selon le plus ancien registre de l'officialité de Lausanne », *Zeitschrift...*, op. cit.

<sup>68</sup> HOAREAU-DONINAU, Jacqueline, « La vie avant la vie : la femme enceinte dans les lettres de rémission », *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois, romands*, vol. 58, 2001, p. 205.

Avoir des enfants perpétue la collectivité en général et la lignée au sens particulier<sup>69</sup>. La femme possède avant tout une fonction génitrice, dans le cadre de la famille légitime fondée sur le mariage. La femme enceinte ou la mère est protégée par le droit et la société, alors que celle qui transgresse la norme, par la contraception ou l'avortement, est pourchassée<sup>70</sup>.

### c) L'indissolubilité du mariage

La règle de l'indissolubilité marque une rupture avec le droit romain. Dès le XII<sup>e</sup> siècle, Gratien et Lombard affirment la stabilité du lien matrimonial jusqu'à la mort. Le mariage chrétien non consommé par la *copula carnalis* ne peut être rompu que par la mort ou l'entrée en religion de l'un des époux<sup>71</sup>. Cette solution est aussi retenue dans les Décrétales de Grégoire IX<sup>72</sup>. Toutefois, ces dernières contiennent bien un titre intitulé « *De divorcis* ». Dans les textes canoniques, ce terme recouvre en réalité deux significations<sup>73</sup>. Le *divortium* s'applique soit à l'action en nullité tenant à rompre le lien conjugal (*quoad ligamen*), soit à l'action en séparation de corps; cette dernière peut conduire à une dispense de l'obligation de cohabiter *quoad thorum et mensam* (quant au lit et à la table). La rigidité du principe d'indissolubilité est ainsi atténuée, puisque les époux peuvent tout de même se séparer lorsque la vie commune est devenue trop insupportable. Cependant, le lien matrimonial existe toujours; si les époux ne sont pas tenus de cohabiter, le devoir de fidélité subsiste! En outre, le juge ne peut prononcer cette

séparation que pour une cause grave, telle que l'adultère, l'hérésie, l'apostasie, ou pour des sévices graves infligés au conjoint. Du XIII<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle, les cas de séparation de corps restent rares en Suisse romande, comme en atteste Jean-François Poudret<sup>74</sup>. Les fondements du mariage chrétien se trouvent toutefois bouleversés à l'arrivée de la Réforme protestante.

### III) Le mariage aux Temps modernes : de la réaction protestante (XVI<sup>e</sup> siècle) à la loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état civil, la tenue des registres s'y rapportant et le mariage

#### 1) La rupture de l'unité religieuse en Suisse et ses conséquences en matière de mariage : l'exemple du Pays de Vaud sous souveraineté bernoise

Au Moyen Âge, la compétence exclusive de l'Église en matière de mariage était fondée sur le caractère sacramentel de ce dernier. Mais, dans l'Ancien Régime, ce même caractère sacramentel va être fondamentalement remis en question par l'Humanisme et la Réforme. Les premières critiques viennent d'Érasme<sup>75</sup>, en 1516. Il s'attaque au sacrement du mariage, selon lui pur produit de la scolastique médiévale, dans ses *Annotationes Novi Testamenti*. Une autre de ses œuvres, le *Christiani matrimonii institutio*<sup>76</sup>, est à nouveau l'occasion de

<sup>69</sup> Voir sur ce point : GAZZANIGA, J.-L., « La sexualité dans le droit canonique médiéval », *Droit, histoire et sexualité*, éd. J. Poumarède et J.-P. Royer, Lille, Toulouse, 1987, p. 41-54.

<sup>70</sup> HOAREAU-DONINAU, Jacqueline, « La vie avant la vie : la femme enceinte dans les lettres de rémission », *Mémoires de la Société...*, op. cit., p. 207.

<sup>71</sup> POUDRET, Jean-François, *Coutumes et coutumiers...*, op. cit., p. 60.

<sup>72</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 143. BART, Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit., p. 254.

<sup>73</sup> POUDRET, Jean-François, *Coutumes et coutumiers...*, op. cit., p. 59.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 59 à 61.

<sup>75</sup> Sur la pensée d'Érasme, voir : CHRIST-VON WEDEL, Christine, *Erasmus of Rotterdam: advocate of a new christianity*, Toronto : University of Toronto Press, 2013, 374 p. Et aussi : Erasmus, Desiderius, *Érasme ou le christianisme critique / présentation, choix de textes*, bibliogr. par Pierre Mesnard, Paris : Éd. Seghers, 1969, 191 p. Sur Érasme et le mariage plus particulièrement : TELLE, Émile, *Érasme de Rotterdam et le Septième Sacrement*, Genève : Droz, 1954.

<sup>76</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille...*, op. cit., p. 168. Pour un aperçu des œuvres d'Érasme, voir : Erasmus, Desiderius, *Precatio ad Virginis filium Iesum; Paean Virgini*



développer ses arguments, visant tous à rompre avec le principe d'indissolubilité du mariage. À la même époque, Luther<sup>77</sup> développe à son tour sa critique du mariage canonique, dans deux traités: *Vom ehelichen Leben* (1522)<sup>78</sup> et *Von Ehesachen* (1530). Les réformateurs rejettent en bloc les solutions du droit canonique classique, à savoir la transformation des fiançailles en mariage par la *copula carnalis*, l'ampleur excessive des empêchements de parenté, l'interprétation trop rigoureuse du principe d'indissolubilité... Ils critiquent également l'idée d'une supériorité de l'état de virginité sur celui du mariage, le monachisme et le célibat ecclésiastique.

Luther et Érasme refusent tous deux l'interprétation du mot «*Sacramentum*», figurant dans l'Épître aux Éphésiens (V, 32), dans le sens de «sacrement»; au contraire, le mariage serait pour eux une institution donnée par Dieu aux hommes, ainsi susceptible d'être régie et sanctionnée par des lois et tribunaux laïques<sup>79</sup>. Pour Luther, en effet, «*autant de pays, autant de coutumes, dit le proverbe, par conséquent, puisque le mariage et l'état de mariage sont choses du siècle, il ne nous appartient point, à nous religieux ou serviteurs de l'Église, de rien ordonner ou régler à ce sujet; mais il faut laisser chaque ville et chaque pays suivre en cela leurs usages et coutumes tels qu'ils se comportent*»<sup>80</sup>. Les réformateurs avancent également

l'«*incise matthéenne*» pour preuve du renversement du principe d'indissolubilité. Selon Marc, «*ce que Dieu a uni, l'homme ne doit pas le séparer*» (Mc, 10, 9). Mais l'évangile de saint Matthieu apporte une restriction à ce principe initial: «*Mè epi porneia*», c'est-à-dire sauf pour union irrégulière, fornication ou adultère<sup>81</sup>. Le mariage ne constituant pas un sacrement, rien ne s'oppose à sa dissolution (la doctrine de Calvin demeure toutefois plus restrictive que celle de Zwingli en matière de divorce). La Contre-Réforme voulue par l'Église ne suffira pas à rapprocher catholiques et protestants. À partir de 1545, le concile de Trente (1545-1563) est destiné à apporter une réponse aux thèses réformées<sup>82</sup>. Les Pères conciliaires ainsi réunis se donnent pour objectifs de corriger sur certains points le droit antérieur, défendre contre les affirmations protestantes la doctrine catholique, et réagir contre le laxisme des mœurs. En réalité, le véritable débat sur le mariage ne s'engage qu'en 1563, alors que les travaux du concile prennent fin, tant les controverses et les débats sont vifs. En matière de mariage, le concile tient à discuter de quatre points: le sacrement, l'indissolubilité<sup>83</sup>, la solennité de l'échange des consentements, le rôle des parents<sup>84</sup>. Le célèbre canon *Tametsi*<sup>85</sup> du concile de Trente impose la présence du curé de la paroisse de l'un des conjoints et de deux témoins lors de la célébration du mariage, mettant ainsi un terme au règne du consensualisme et réduisant

*matri; Obsecratio ad Virginem Mariam; Precatio dominica; Liturgia Virginis matris; Precatio pro pace ecclesiae; Precationes aliquot novae; Virginis et martyris comparatio; Epistola consolatoria; Institutio christiani matrimonii* / Erasmus; ed. by John O'Malley... [et al.] Toronto: University of Toronto Press, 1999, 456 p.

<sup>77</sup> Sur Luther, sa vision du mariage et plus largement, voir: GRIMM, Robert, *Luther et l'expérience sexuelle: sexe, célibat, mariage chez le réformateur*, Genève: Labor et Fides, 1999, 431 p.

<sup>78</sup> LUTHER, Martin, *Vom ehelichen Leben; und andere Schriften über die Ehe* / Martin Luther, Stuttgart: P. Reclam, 1983, 95 p.

<sup>79</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes...*, op. cit., p. 169.

<sup>80</sup> LUTHER, Martin, *Les livres symboliques*, n° 11, Paris: Éditions «Le Sers», 1947, p. 50.

<sup>81</sup> GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident...*, op. cit., p. 284. Et aussi: LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille...*, op. cit., p. 113.

<sup>82</sup> Sur le concile de Trente, voir: BUNGENER, Félix, *Histoire du concile de Trente*, Paris: J. Cherbuliez, 1854, 2 vol.

<sup>83</sup> Plus particulièrement à ce sujet, consulter: QUINQUET DE MONJOUR, Paul, *Histoire de l'indissolubilité du mariage en France depuis le v<sup>me</sup> siècle jusqu'au Concile de Trente*, Paris: L. Larose, 1901, 168 p.

<sup>84</sup> GAUDEMET, Jean, *Le mariage en Occident...*, op. cit., p. 288.

<sup>85</sup> Sur ce décret *Tametsi*, voir: DESHAYES, Florent, *Questions pratiques de droit et de morale sur le mariage (clandestinité); Le domicile, les bans, les délégations, l'assistance du curé et des témoins, la publication du décret "Tametsi"*, Paris: Lethielleux, 1898, 455 p.

la possibilité d'unions clandestines. Loin de réconcilier catholiques et protestants, le concile ne fait en réalité qu'accentuer les clivages.

Rapidement, les thèses de Luther sont reçues dans une partie des cantons suisses. C'est à Zurich que la Réforme trouve un premier écho en Suisse. Elle est l'œuvre d'Ulrich Zwingli<sup>86</sup> (1484-1531), officiant d'abord comme aumônier militaire et curé du Grossmünster à Zurich. Dès 1525, la messe est abrogée et, la même année, Zurich se dote des premières ordonnances ecclésiastiques matrimoniales protestantes au monde<sup>87</sup>. Ensuite, les désaccords doctrinaux entre Luther et Zwingli ne tardent pas à faire des Églises zwingliennes une tendance à part dans le protestantisme, que l'on regroupe généralement avec le courant calviniste sous le nom d'Églises réformées, par opposition aux Églises luthériennes. Après ce point de départ zurichois, la Réforme gagne d'autres cantons suisses. Ainsi, entre 1520 et 1536, il y a éclatement entre les États restés catholiques d'une part (Valais, Fribourg, Soleure et le Nord de l'ancien évêché de Bâle, correspondant globalement au canton du Jura actuel), et ceux gagnés à la Réforme (Berne, la ville de Bâle, Neuchâtel, Genève, le Pays de Vaud bernois et le Sud de l'ancien évêché de Bâle, actuellement réparti entre les cantons de Berne et de Bâle-Campagne)<sup>88</sup>.

Dans nos régions, la dernière expansion notable de la Réforme intervient en 1536, pour le Pays de Vaud<sup>89</sup> passé la même année sous souveraineté bernoise. En vue de la conversion des terres vaudoises, une dispute de religion s'ouvre en la cathédrale de Lausanne le 1<sup>er</sup> octobre 1536<sup>90</sup>. Les débats, menés rapidement et tournant nettement à l'avantage des réformés, sont clôturés le dimanche 8 octobre par l'avoyer. La réaction de LL. EE. de Berne ne se fait guère attendre. Le 19 octobre, un premier édit<sup>91</sup> paraît, abolissant le culte catholique et ordonnant la destruction de toutes les « *images et idoles* »<sup>92</sup> ainsi que des autels. Un second mandat bernois, le 24 décembre 1536<sup>93</sup>, constitue à proprement parler l'édit de « Réformation »<sup>94</sup>; on y fixe l'organisation ecclésiastique, le culte, mais aussi le mode de vie des particuliers pour le rendre compatible avec le dogme

<sup>86</sup> Sur la vie et l'œuvre d'Ulrich Zwingli : GÄBLER, Ulrich, *Huldrych Zwingli: Leben und Werk*, Zürich : Theologischer Verlag Zürich, 2004, 192 p.

<sup>87</sup> TAPPY, Denis, « Le consentement parental au mariage des enfants de famille en Suisse occidentale, de la Réforme à la fin de l'Ancien Régime », *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, vol. 60, 2003, p. 181.

<sup>88</sup> Concernant le développement du protestantisme en Suisse et la division entre cantons catholiques et cantons protestants, voir : TAPPY, Denis, « Le consentement parental au mariage des enfants de famille en Suisse occidentale, de la Réforme à la fin de l'Ancien Régime », *Mémoires de la Société pour l'histoire... op. cit.*, p. 181-184. Et également : TAPPY, Denis, « Mariage des enfants de famille et contrôle parental », *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, vol. 58, 2001, p. 361-365.

<sup>89</sup> En 1530, en vertu d'un traité de combourgeoisie, Berne se porte au secours de Genève, dont les franchises sont menacées par le duché de Savoie. Selon les clauses du traité de Saint-Julien-en-Genevois, la Savoie s'oblige dès lors à ne plus rien tenter contre Genève, le bailliage de Vaud étant apporté en gage à cette promesse. Mais à l'automne 1535, le duc de Savoie Charles III attaque de nouveau Genève et lui impose un sévère blocus. En janvier 1536, en application des termes de la paix décidée à Saint-Julien, 6 000 miliciens bernois commandés par le général Nægeli entrent dans le Pays de Vaud. Le 31 mars déjà, le Pays de Vaud passe sous domination de Berne, le plus grand État-Ville au nord des Alpes. Depuis 1484, les bailliages d'Orbe-Échallens, Morat, Grandson sont toutefois déjà placés sous la souveraineté commune de Berne et Fribourg.

<sup>90</sup> S'agissant de la dispute de Lausanne, voir notamment les *Actes du Colloque international sur la dispute de Lausanne (29 septembre-1<sup>er</sup> octobre 1986)*, textes réunis par JUNOD, Éric, Lausanne, Bibliothèque historique vaudoise, 1988. Le procès-verbal de la dispute de Lausanne lui-même a été publié par PIAGET, Arthur, dans les *Mémoires de l'Université de Neuchâtel* (tome 6) en 1928. Voir aussi : FLÜCKIGER, Fabrice, « Annexion, conversion, légitimation : la dispute de Lausanne et l'introduction de la Réforme en Pays de Vaud (1536) », *Revue historique vaudoise*, tome 119, 2011, p. 59-74.

<sup>91</sup> SDS Vd CI, p. 13.

<sup>92</sup> CAMPICHE, Michel, *La Réforme au Pays de Vaud*, Éditions de l'Air, 1985, p. 145.

<sup>93</sup> SDS Vd CI, p. 14.

<sup>94</sup> MATZINGER-PFISTER, Régula, « L'introduction des consistoires dans le Pays de Vaud », *Sous l'œil du consistoire : sources consistoriales et histoire du contrôle social sous l'Ancien Régime*, Lausanne : Études de lettres, 2004, p. 114.

réformé. Un tribunal mi-laïque mi-ecclésiastique, appelé « consistoire », a désormais la charge de faire respecter la discipline réformée, y compris en matière de mariage. L'institution consistoriale vaudoise prend pour modèle le « *Chorgericht* »<sup>95</sup>, c'est-à-dire le consistoire de Berne. Ce dernier statue sur les causes matrimoniales, assure la disparition des traces du catholicisme et s'occupe en outre des transgressions de la loi de Dieu que l'on ne peut considérer comme délits justiciables des tribunaux civils ou criminels. Son appellation latine, *forum matrimoniale*, indique de façon plus claire les compétences principales du consistoire à l'époque de la Réforme, à savoir les litiges portant sur la loi matrimoniale et les crimes sexuels ; en bref, ce rouage remplace la cour de justice épiscopale, ou le tribunal de l'official de l'évêque du temps de la catholicité<sup>96</sup>. Quant aux cas de promesses ou dispenses de mariage, divorces ou séparations, ils sont tous instruits par les consistaires locaux mais tranchés par le Consistoire suprême de Berne<sup>97</sup>.

En 1537, alors que sont installés les premiers consistaires en terres vaudoises, Berne introduit au Pays de Vaud le droit matrimonial réformé. Les nouvelles prescriptions tiennent en 26 points, des conditions de validité du mariage aux causes de divorce : mariage contracté en présence de 2 témoins, interdiction aux mineurs (19 ans pour les femmes, 20 ans pour les hommes) de se marier sans le consentement de leurs parents, enfants majeurs autorisés cette fois à convoler

sans l'autorisation des parents, interdiction du mariage entre cousins germains, admission des causes de divorce telles que l'adultère, l'attaque contre corps et vie, l'aliénation mentale, la lèpre, l'impotence, l'abandon<sup>98</sup>... Pour beaucoup de Vaudois, la transition entre catholicisme et Réforme est abrupte, y compris en matière de mariage. Placées sous le contrôle des consistaires, les festivités nuptiales sont désormais réduites à la plus stricte modestie. Les noces ne peuvent être célébrées le dimanche, jour du culte, à cause du banquet ou des danses qui s'ensuivent, le banquet est limité à 60 convives, et seules 3 honnêtes danses sont tolérées pendant la fête de mariage<sup>99</sup>...

Conformément à la doctrine élaborée par Luther et Zwingli, le mariage est le garant de la pureté sociale et d'une vie équilibrée<sup>100</sup>. Pour les Bernois, le lien matrimonial reste en outre une institution de stabilité et, comme traditionnellement à l'époque des Lumières, l'un des fondements de la société. Les procès-verbaux du consistoire de la ville de Lausanne évoquent notamment les querelles, injures ou mauvais traitements faisant parfois le quotidien des époux<sup>101</sup>. Dans le cas du sieur Pilet, bourgeois de Moudon, c'est sur plainte d'un voisinage « *assistant*

<sup>98</sup> SDS Vd CI, p. 34 et s.

<sup>99</sup> VUILLEUMIER, Henri, *Histoire de l'Église réformée du Pays de Vaud sous le régime bernois*, Tome 2, Lausanne : La Concorde, 1927, p. 455.

<sup>100</sup> BURGHARTZ, Susanna, « Ordonner le discours, ordonner la société ? Structures et évolution de la politique morale et consistoriale en Suisse et en Allemagne au temps de la Réforme et de la Contre-Réforme », *Sous l'œil du consistoire...*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>101</sup> Nicole STAREMBERG GOY en donne quelques exemples dans son article « Contenir la parole et le geste à Lausanne au XVIII<sup>e</sup> siècle. Le consistoire de Lausanne face à la violence », *Sous l'œil du consistoire : sources consistoriales et histoire du contrôle social sous l'Ancien Régime*, p. 184. Patrizia Feroletto consacre également un mémoire à la question du couple sous la loi consistoriale : FEROLETO, Patrizia, *Petite histoire du couple... Consistoire et causes matrimoniales. Les paroisses de Vevey et La Tour-de-Peilz*, Université de Lausanne, Faculté des lettres, section d'histoire moderne, 1999. Voir enfin, au sujet des femmes : COLOMBO, Serafina, « Les femmes hors la loi consistoriale à Lausanne au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Revue historique vaudoise*, 1996, p. 253-270.

<sup>95</sup> Ce tribunal des mœurs siégeait à l'ancien chapitre Saint-Vincent appelé « *Chorherrnstift* ». Sur le consistoire de la ville de Berne et les juridictions consistoriales mises en place dans l'ancien canton à partir de 1528-1529, cf. par exemple SCHMIDT, Heinrich Richard, « Gemeinde-Reformation : das bernische Sittengericht zwischen Sozialdisziplinierung und kommunaler Selbstregulation », *Piété populaire et Réforme dans les communautés rurales*, Bâle, 1988, 85-121.

<sup>96</sup> Le terme de « consistoire » est également employé à l'époque du Bas-Empire romain, où il désigne cette fois le conseil de l'empereur.

<sup>97</sup> SALVI, Élisabeth, « La justice de LL. EE. au siècle des Lumières », *De l'Ours à la Cocardie*, Lausanne : Éditions Payot, 1998, p. 330.



*aux traitements indignes qu'il fait à sa femme*»<sup>102</sup> que le consistoire est saisi en mai 1679. En ce domaine, la tâche du consistoire est de veiller à maintenir le lien matrimonial, après admonestation et cérémonie de réconciliation. Une séparation temporaire entre les époux peut être prononcée, mais toujours dans le but de reprendre une vie commune meilleure<sup>103</sup>. Les consistoires découragent les plaignants de demander le divorce, qui n'est finalement que rarement prononcé, c'est-à-dire seulement dans 2 à 3 % des cas<sup>104</sup>. Les femmes ne se font guère demandeuses en divorce, sans doute parce qu'il est difficile pour elles de subvenir seules à leurs besoins.

La rigueur de la législation matrimoniale bernoise se manifeste encore dans le traitement des affaires relatives au couple et à une sexualité illicite (dissensions conjugales, paillardise, bigamie, naissances illégitimes...). En cas de grossesse illégitime, par exemple, outre le péché de la sexualité hors mariage, Berne a aussi la préoccupation d'éviter la multiplication des pauvres. En effet, lorsqu'on ne parvient pas à retrouver le géniteur, l'enfant né hors mariage est pris en charge par l'assistance publique... Les consistoriaux se déplacent alors sur les lieux de l'accouchement et interrogent la femme, au moment où les douleurs réduisent sa vigilance<sup>105</sup>. La justice consistoriale peut enfin manquer d'égalité,

lorsque des aristocrates sont en cause<sup>106</sup>. Deux exemples le montrent. En 1749, une bourgeoise de Lausanne, enceinte du châtelain de Cully, échoue à faire valider une promesse de mariage, le sieur en question (bien connu pour ses nombreuses histoires galantes) invoquant un « *guet-apens odieux* »<sup>107</sup> de la part de la jeune femme. Puis, en 1772, le président du consistoire de Lausanne refuse d'obtempérer aux ordres du bailli au sujet de la relation illégitime et adultère qu'entretiennent une nommée Bénigne Buchet avec David Constant d'Hermenches, membre d'une puissante famille lausannoise. Par deux fois, la femme accouche en « *pays lointain* »<sup>108</sup>, grâce à quelques arrangements ; la troisième fois, c'est à Lutry, non loin de Lausanne, que la naissance a lieu. Le consistoire ne peut décemment plus fermer les yeux ! Le président Polier de Vernand entame bien une procédure, mais visant à sanctionner uniquement la femme, pour mœurs dissolues. L'aristocrate lausannoise, quant à lui, ne sera jamais inquiété.

## 2) Le mariage en Suisse, de la République helvétique unitaire à la Constitution fédérale de 1848

À la suite des événements du début de 1798, la France du Directoire impose dans notre pays un régime politique unitaire, avec des institutions calquées sur celles de la République française, selon le système des « républiques sœurs ».

<sup>102</sup> Archives cantonales vaudoises, PP406/13.

<sup>103</sup> STAREMBERG GOY, Nicole, « Absolument contraire aux égards d'Heus au sexe féminin ? », in *Zeitschrift für Geschichte*, Zurich : Chronos Verlag, 2005/2, p. 56.

<sup>104</sup> Pour un exemple de divorce effectivement prononcé par le consistoire de Lausanne au profit du mari, dont la femme a été surprise en flagrant délit d'adultère, voir : BONNARD, Georges-A., « Un divorce en 1764. Note au journal de Gibbon à Lausanne », *Revue historique vaudoise*, 1953, p. 139-144.

<sup>105</sup> Voir par exemple la séance du 16 mai 1705, pour laquelle le consistoire de Lausanne se déplace au domicile d'une nommée Pernette de Combas sur le point d'accoucher, et cherche à lui faire dévoiler le nom du père de l'enfant, certainement étudiant à l'Académie de Lausanne (Archives cantonales vaudoises, Bd 61).

<sup>106</sup> STAREMBERG GOY, Nicole, « De l'inégalité de la justice consistoriale à la mise en cause de l'ordre social. Discours et action disciplinaire dans le pays de Vaud à l'époque des Lumières », *Richesse et pauvreté dans les républiques suisses au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Actes du colloque de Lausanne des 23 et 25 novembre 2006, Genève : Slatkine, 2010, p. 63.

<sup>107</sup> Procédure instruite devant l'Illustre et Suprême Consistoire de Berne par M<sup>lle</sup> Mathey, de Lausanne, contre M. Clavel, défendeur, le 29 mai 1749. Bibliothèque universitaire de l'Université de Lausanne, Réserve Valdencia, 3T2062 (aussi consultable sur Google Books).

<sup>108</sup> STAREMBERG GOY, Nicole, « De l'inégalité de la justice consistoriale à la mise en cause de l'ordre social. Discours et action disciplinaire dans le pays de Vaud à l'époque des Lumières », *Richesse et pauvreté...*, *op. cit.*, p. 71.



### a) Le droit du mariage sous l'Helvétique (1798-1803) : l'esquisse d'une unification

La Constitution de la République helvétique, du 12 avril 1798, centralise au niveau supérieur tous les pouvoirs législatifs, les cantons suisses n'étant plus que des sortes de circonscriptions administratives. Elle consacre également la liberté religieuse et prévoit en matière de droit civil, à terme, une unification au niveau national, tout en précisant que les droits locaux restent en vigueur à titre de droit transitoire, cela évidemment sous réserve de décisions ou de lois particulières<sup>109</sup>. En matière de mariage, les législateurs de l'Helvétique sont rapidement confrontés à la bigarrure des statuts en Suisse; ces derniers s'accommodent bien peu d'une unification du droit. En 1798, en effet, les entraves au mariage en Suisse relèvent de plusieurs catégories. La première est le fait religieux. Les cantons, États souverains, peuvent s'opposer à un mariage mixte et empêcher leurs ressortissants d'épouser une femme d'une autre confession refusant de se convertir à la religion dominante. Ensuite, les communes elles-mêmes peuvent dresser des empêchements au mariage, à la suite de considérations morales ou économiques. Ceci est dû à la spécificité du principe du droit de cité suisse. Il suffit de rappeler ici la conception tripartite de la citoyenneté suisse prévalant sous l'Ancien Régime. La citoyenneté comporte d'abord la bourgeoisie communale et la citoyenneté cantonale, mais il est tout à fait possible de posséder l'un sans l'autre. La nationalité suisse ne peut s'acquérir formellement, mais les ressortissants de la Confédération sont toutefois reconnus comme tels

lorsqu'ils se trouvent à l'étranger<sup>110</sup>. Les bourgeois ont obtenu leur droit de bourgeoisie par achat ou par la naissance. Eux seuls peuvent jouir des biens de la communauté, comme l'accès à la copropriété communale ou une prise en charge en cas de dénuement. La femme profite de ces mêmes droits, en tant qu'épouse ou veuve du chef de famille ayant le droit de cité. Mais on exige souvent de la mariée une fortune minimale, afin de s'assurer qu'elle ne tombe pas à la charge complète de sa commune d'accueil. Dans certaines communes du canton de Lucerne, comme à Glaris et dans les Grisons, le droit matrimonial antérieur à l'Helvétique et les statuts locaux sont sans concession... Les femmes issues de la commune mais ayant convolé avec un étranger (c'est-à-dire un ressortissant d'une autre commune, d'un autre canton, ou d'un pays étranger) sont expulsées de leur commune avec leur époux, et se voient supprimer toute prétention à leur bourgeoisie d'origine! Il s'agit là d'une sanction contre les femmes ayant osé s'élever contre les conventions, au grand dam de leurs parents et des autorités communales<sup>111</sup>. En matière de droit du mariage, la République helvétique tend vers une certaine libéralisation<sup>112</sup>. La loi du 2 août 1798 abroge les empêchements ou restrictions frappant les mariages mixtes, au nom de la liberté religieuse. Au nom de l'égalité, cette fois,

<sup>109</sup> L'article 48 de la Constitution helvétique dispose que «les lois civiles de chaque canton et les usages qui y ont rapport continueront à servir de règle aux tribunaux jusqu'à ce que les Conseils législatifs aient introduit, par degrés, l'uniformité des lois civiles». BERBERAT, Didier et PERDRIZAT, Daniel, «L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé», *L'unification du droit privé suisse au XIX<sup>e</sup> siècle*, Fribourg: Éditions universitaires, 1986, p. 15.

<sup>110</sup> HEAD-KÖNIG, Anne-Lise, «Mariage et citoyenneté des femmes; l'influence de l'Helvétique et de la Révolution sur la conception et les effets du mariage en Suisse», *Structures économiques et sociales*, Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1997, p. 151-152. Sur la question globale de la citoyenneté et de la nationalité en Suisse à travers le temps, voir: STUDER, Brigitte, ARLETTAZ, Gérald et ARGAST, Régula, *Le droit d'être suisse*, Lausanne: Antipodes, 2013, 260 p.

<sup>111</sup> HEAD-KÖNIG, Anne-Lise, «Mariage et citoyenneté des femmes; l'influence de l'Helvétique et de la Révolution sur la conception et les effets du mariage en Suisse», *Structures économiques et sociales...*, op. cit., p. 153.

<sup>112</sup> La Constitution de la République helvétique (article 19) crée notamment un indigénat helvétique. S'agissant plus précisément du droit de cité et de la citoyenneté sous la République helvétique, voir: ARLETTAZ, Silvia, «Citoyens et exclus sous la République helvétique», *Annales valaisannes: bulletin trimestriel de la Société d'histoire du Valais romand*, 1988, p. 125-133.

la loi du 18 août 1798 abolit les entraves, notamment financières, qui gênent les mariages avec un ressortissant d'une autre commune ou d'un autre canton. Enfin, une autre loi spéciale, celle du 30 août 1798, prévoit que le mariage mixte ne peut entraîner la perte du droit de cité.

Dès 1798, l'Helvétique met également en place une nouvelle organisation judiciaire, abolissant les anciens tribunaux, y compris les juridictions consistoriales. Désormais, ce sont des tribunaux civils ordinaires, sous la forme de tribunaux de district avec appel possible à un tribunal de canton<sup>113</sup>, puis un tribunal suprême pour toute l'Helvétie, qui exercent la juridiction matrimoniale, statuent sur les nullités de mariage ou les divorces<sup>114</sup>. La République helvétique est mue par une volonté évidente de laïcisation, apparaissant dans la libéralisation des mariages mixtes, mais aussi dans la tentative d'instituer un état civil laïc, en 1799. Toutefois, la mise en place de ce dernier se heurte à de nombreuses difficultés et résistances, conduisant finalement à son abandon en 1801. Comme on le sait, l'évolution politique de la fin de la République helvétique s'avère défavorable à la centralisation<sup>115</sup>. De ce fait, les tentatives de réaliser une codification du droit civil restent inachevées et les efforts du nouveau régime n'iront donc pas plus loin, en matière de mariage. La célébration du mariage reste partout soumise aux formes religieuses, devant un pasteur ou un curé selon les cantons, et comme prévu par le droit antérieur à 1798 réservé à titre de droit

transitoire. L'acte de Médiation de 1803 marque le retour à une plus large souveraineté cantonale, y compris pour légiférer en matière de droit privé. De même, le Pacte fédéral de 1815 ne prévoit aucune institution centrale en la matière. En conséquence, pendant une bonne partie du XIX<sup>e</sup> siècle, les cantons sont à nouveau libres de régir le mariage comme bon leur semble.

#### b) Le concordat comme remède à la diversité des droits du mariage en Suisse : de la Médiation à la Constitution fédérale de 1848

Entre 1803 et 1815, sous la Médiation, puis entre 1815 et 1848, sous le Pacte de 1815, la Suisse connaît une structure confédérale : c'est désormais l'« âge d'or » des concordats intercantonaux, y compris en matière de mariage<sup>116</sup>. L'acte de Médiation signe en effet la fin de toutes les mesures ayant instauré une certaine libéralisation matrimoniale. Les entraves éventuelles au mariage en Suisse restent identiques à celles que l'on connaissait sous la République helvétique, mais, cette fois, les solutions seront concordataires.

Pourtant, l'acte de Médiation du 19 février 1803 ne semble initialement pas l'entendre ainsi. Son article 10 interdit en effet « toute alliance avec un autre canton, ou avec une puissance étrangère »<sup>117</sup>. L'article 40, pour sa part, précise qu'« aucun droit, en ce qui concerne le régime intérieur des cantons et leur rapport entre eux, ne peut être fondé sur l'ancien état politique de la Suisse »<sup>118</sup>. En juin 1803, suite aux vives protestations notamment du canton de

<sup>113</sup> Le Tribunal du canton du Léman est l'ancêtre du Tribunal cantonal vaudois.

<sup>114</sup> À l'époque, cette réorganisation n'allait pas de soi pour les juridictions canoniques. En effet, les officialités ne constituaient pas des tribunaux étatiques, et pouvaient avancer la liberté religieuse, désormais garantie par la Constitution de l'Helvétique. Ainsi, en septembre 1798, le Directoire helvétique décide de laisser la juridiction épiscopale trancher une cause matrimoniale, dans laquelle l'épouse demande au contraire un report à la juridiction civile ordinaire. Mais, par la suite, le même Directoire tente d'imposer la compétence de celle-ci, suscitant de vives protestations des autorités ecclésiastiques.

<sup>115</sup> Sur l'histoire de la République helvétique, voir : SIMON, Christian, *Blicke auf die Helvetik = Regards sur l'Helvétique*, Basel : Schwabe, 2000, 292 S.

<sup>116</sup> ANDREY, Georges, « Les concordats romands hier, aujourd'hui, demain », *La Suisse romande, quatre regards*, Genève, Éditions Slatkine, 2015, p. 120. Sur l'histoire du concordat en droit privé, voir plus précisément : PINNA, Rossano, « Les concordats de droit privé et leurs rapports avec l'unification du droit privé en Suisse », *L'unification du droit privé suisse...*, op. cit., p. 39-55.

<sup>117</sup> BIEDERMANN, Jean, *Chartes, pactes et traités de la Suisse*, Lausanne : Art et Science éditions et librairie, 1915, p. 91.

<sup>118</sup> *Idem*, p. 96-97.

Berne, la Diète autorise à nouveau la conclusion de tels accords, pourvu qu'elle en soit informée. Le premier d'entre eux, réglant la situation du Bucheggberg (province soleuroise protestante)<sup>119</sup>, sera alors appelé « concordat ». Sous la Médiation, chaque canton dispose de sa propre constitution et législation notamment civile, et reste donc seul maître du droit du mariage. En ce domaine, un premier concordat est signé le 5 juin 1805<sup>120</sup>. Il prévoit expressément que les conditions de la conclusion de mariages intercantonaux sont du ressort du droit intercantonal privé. Une telle solution permet la naissance de deux « blocs » antagonistes, bien appuyés sur les clivages religieux. Les cantons catholiques conservateurs, à l'image notamment du Valais, Schwytz, Fribourg, Zoug, Lucerne, restent globalement attachés à la compétence législative et juridictionnelle exclusive de l'Église concernant le mariage. Les cantons de tradition protestante, pour leur part, se montrent généralement respectueux des acquis de l'Ancien Régime ; bien entendu, les droits matrimoniaux des cantons de Vaud, Genève et Neuchâtel accusent une influence du Code Napoléon, alors que les cantons alémaniques, comme par exemple Zurich ou Schaffhouse, sont plus fidèles au « pur » droit réformé.

Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, trois nouveaux éléments obligent toutefois les cantons à dépasser les cloisonnements en matière de droit du mariage. Plusieurs cantons sont désormais « mixtes », c'est-à-dire composés de catholiques et de protestants. C'est le cas en Argovie, aux

Grisons, à Saint-Gall, en Thurgovie, et même dans une moindre mesure à Berne et à Genève. Ensuite, la libre circulation des individus, consacrée sous l'Helvétique, contribue au brassage et à la mixité. Enfin, la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle est aussi l'époque des premières codifications cantonales, induisant une certaine idée progressive du droit. Dans ce contexte, les entraves au droit du mariage sont de plus en plus mal ressenties. Sous la Médiation, plusieurs concordats y apportent des remèdes, sans guère affecter le droit matériel du mariage. Puis, de 1815 à 1848, de nouveaux concordats ne font que confirmer l'état du droit existant sous la Médiation, sans y apporter d'innovations fondamentales. Globalement, au cours de ces 45 années, les concordats se concentrent sur trois principaux objets : la forme des mariages intercantonaux (à travers des concordats de 1805, 1820, 1839, 1842), la suppression des obstacles au mariage avec un non-bourgeois<sup>121</sup> (avec des concordats de 1808, 1818, 1839), l'admissibilité des mariages mixtes et leur célébration (concordats de 1812, 1819, 1821)<sup>122</sup>. Il est impossible de revenir ici sur la genèse de l'ensemble de ces conventions. Nous nous bornerons donc simplement à évoquer les concordats réglant les mariages mixtes, cas le plus « épineux » dans la Suisse du XIX<sup>e</sup> siècle.

En 1803, l'Argovie expédie une plainte devant la Diète du canton de Bâle. Un décret y prévoit en effet qu'un Bâlois est déchu de sa citoyenneté s'il épouse une femme catholique. Un peu plus tard, le canton de Zurich investit Soleure, qui interdit à l'un de ses ressortissants

<sup>119</sup> En 1803, le canton protestant de Berne et son homologue catholique de Soleure règlent la situation du Bucheggberg, limitrophe et protestante. Si les règles réformées s'imposent au Bucheggberg, la surveillance des mœurs reste sous la responsabilité exclusive de Soleure. Sur ce cas, voir le *Dictionnaire historique de la Suisse*, en ligne, texte intégral « Concordats » : <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F9601.php>. Et aussi : BOEGLI, Laurence, *Les concordats intercantonaux : quels enjeux pour la démocratie ?* Travaux de cours et mémoires de l'IDHEAP 12 / 1999, p. 10.

<sup>120</sup> SEEGER, Cornelia, « Étapes de l'unification du droit matrimonial suisse : de la République helvétique à la loi de 1874 », *L'unification du droit privé suisse...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>121</sup> SCHOENENBERGER, Marie-Bernadette, « Les mariages mixtes en Suisse au XIX<sup>e</sup> siècle », *Commentationes historiae iuris helveticae*, Berne, 13(2014), p. 80.

<sup>122</sup> SEEGER, Cornelia, « Étapes de l'unification du droit matrimonial suisse : de la République helvétique à la loi de 1874 », *L'unification du droit privé suisse...*, *op. cit.*, p. 60-62. Et également : BERBERAT, Didier et PERDRIZAT, Daniel, « L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé », *L'unification du droit privé suisse...*, *op. cit.*, p. 16-17.



d'épouser une Zurichoise, qu'il avait pourtant mise enceinte. Le canton de Soleure évacue le problème en rétorquant que l'affaire est du ressort purement ecclésiastique<sup>123</sup>. Ces litiges sont évidemment bien peu propices à la bonne entente entre cantons. En conséquence, un concordat du 11 juin 1812 prévoit que, dès lors, les mariages mixtes ne peuvent ni être interdits ni sanctionnés de la perte du droit de cité<sup>124</sup>. En 1819, le concordat est renouvelé et emporte l'agrément de tous les cantons, sauf un « noyau dur » de cantons ultra-catholiques composé de Schwyz, Uri, Unterwald, Appenzell Rhodes-Intérieures et le Valais. Mais, très vite, le compromis montre ses limites, y compris dans les cantons signataires... En effet, il exige la publication des bans aux domiciles respectifs des fiancés, ce qui en pratique fait obstacle à une telle union pour le ressortissant d'un canton hostile aux mariages mixtes. En outre, une décision du Saint-Siège, mis au courant de ces concordats, vient encore compliquer la situation. Le 1<sup>er</sup> août 1821, l'Église interdit à ses prêtres de prêter leur concours, de quelque manière que ce soit, à ces mariages mixtes<sup>125</sup>. À la suite d'une proposition vaudoise, les cantons protestants réagissent. Un concordat du 14 août 1821 prévoit ainsi que, désormais, il sera procédé, si besoin est, soit par le ministre du culte ou par l'officier civil, à la publication des bans de mariages mixtes; les futurs époux seront même autorisés à faire bénir leur union par un ecclésiastique du culte réformé<sup>126</sup>. Ces péripéties illustrent bien les principaux défauts des

concordats: ils n'engagent que les cantons signataires et proposent des solutions *a minima*. Les cantons récalcitrants, de leur côté, se montrent bien décidés à maintenir leurs principes: c'est le cas du Valais et de Schwyz, où des lois respectivement de 1837 et 1840 prohibent absolument les mariages entre catholiques et protestants.

Les années 1840 prennent fin dans un climat confessionnel plus que tendu en Suisse. En 1845, sept cantons conservateurs et catholiques forment la coalition du Sonderbund<sup>127</sup>. Elle a pour objectif principal de défendre leurs intérêts contre les radicaux progressistes et anticatholiques qui sont arrivés au pouvoir dans beaucoup d'autres cantons. De l'autre côté, la Diète fédérale veut la dissolution du Sonderbund, considérée comme une violation de l'article 6 du Pacte fédéral, prévoyant que « *les cantons ne peuvent former entre eux des alliances préjudiciables au Pacte fédéral ou aux droits des autres cantons* »<sup>128</sup>. La guerre est inévitable. À l'issue de 26 jours de conflit, le Sonderbund est défait. Sous l'impulsion des radicaux, une nouvelle constitution est rédigée en 1848. La Suisse est désormais un État fédératif.

### 3) La marche vers l'unification du droit du mariage : de la Constitution de 1848 à la loi fédérale du 24 décembre 1874

La Constitution de 1848 conserve les stigmates du Sonderbund. Son article 7 prévoit ainsi que « *toute alliance particulière et tout traité d'une nature politique entre cantons sont interdits* »<sup>129</sup>; en revanche, « *les cantons ont le droit*

<sup>123</sup> SEEGER, Cornelia, « Étapes de l'unification du droit matrimonial suisse: de la République helvétique à la loi de 1874 », *L'unification du droit privé suisse...*, op. cit., p. 61.

<sup>124</sup> CANDOLFI, Joseph, *Les mariages mixtes en Suisse*, Publications de l'Institut de Théologie pastorale de l'Université de Fribourg, Suisse, 1950, p. 81.

<sup>125</sup> CANDOLFI, Joseph, *Les mariages mixtes en Suisse...*, op. cit., p. 81.

<sup>126</sup> BRIQUET, Jean-Jacques, *Le mariage civil et le mariage religieux étudiés dans le droit genevois et dans le droit fédéral suisse*, Genève: imprimerie de Jules-Guillaume Fick, 1865, p. 51. Et également: SEEGER, Cornelia, « Étapes de l'unification du droit matrimonial suisse: de la République helvétique à la loi de 1874 », *L'unification du droit privé suisse...*, op. cit., p. 62.

<sup>127</sup> Sur l'histoire de la guerre du Sonderbund, voir: DU BOIS, Pierre, *La guerre du Sonderbund, La Suisse de 1847*, Paris: Alvik éditions, 2002, 207 p. Concernant plus particulièrement les relations entre catholiques et protestants à Lausanne au XIX<sup>e</sup> siècle, consulter: SECRETAN, Bernard, *Église et vie catholique à Lausanne, du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Lausanne: Bibliothèque historique vaudoise, 2005, p. 62-64.

<sup>128</sup> Texte du Pacte fédéral de 1815 consultable en ligne: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/ch1815.htm>

<sup>129</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 12 septembre 1848, consultable en ligne: <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Constitution1848.pdf>

de conclure entre eux des conventions sur des objets de législation, de justice ou d'administration; toutefois, ils doivent les porter à la connaissance de l'autorité fédérale, laquelle, si des conventions renferment quelque chose de contraire à la Confédération ou aux droits des autres cantons, est autorisée à en empêcher l'exécution»<sup>130</sup>. La nouvelle Constitution ne prévoit aucunement l'unification du droit civil. En conséquence, il serait logique que la démarche concordataire conserve toute sa place en ce qui concerne le mariage. Mais c'est sans compter sur les radicaux progressistes et anticléricaux, composant à l'époque les autorités fédérales centrales. Ces derniers vont en effet se livrer à une interprétation très extensive de l'article 44 alinéa 1<sup>er</sup> de la même Constitution, prévoyant que «les cantons et la Confédération pourront toujours prendre les mesures propres au maintien de l'ordre public et de la paix entre les confessions»<sup>131</sup>.

Sur le fondement (quelque peu fragile) de cet article 44 al. 1<sup>er</sup>, une première loi fédérale interdisant la prohibition des mariages mixtes est adoptée le 3 décembre 1850<sup>132</sup>. Revenons brièvement sur la genèse de cette loi. Dans le canton de Schwyz, à l'écart de la plupart des concordats que nous avons mentionnés, une loi de 1840 interdit les unions mixtes. Cependant, un médecin schwyzois, Fridolin Benz<sup>133</sup>, dépose un recours contre cette loi auprès du Conseil fédéral, le 8 avril 1850, recours complété par

une pétition aux Chambres fédérales. Le Conseil fédéral se prononce de son côté pour le maintien de la souveraineté cantonale en ce domaine. Mais la commission du Conseil national se montre d'un tout autre avis. Cette dernière constate en effet que le concordat du 11 juin 1812, renouvelé ensuite, a réuni «une majorité prépondérante d'États confédérés». Elle affirme aussi que «l'on peut admettre que même dans les cantons qui, jusqu'à ce jour, n'ont pas adhéré à ce concordat, les idées se sont modifiées et mitigées [...]. Pour quiconque sait lire entre les lignes, le gouvernement de Schwyz n'approuve pas l'intolérante prohibition des mariages mixtes [...] et désire, en conséquence, qu'elle soit abrogée»<sup>134</sup>. En outre, la Confédération doit assurément «prendre les mesures propres au maintien de la paix entre les confessions, au cas où tel ou tel canton déclarerait indigne de se marier avec l'un de ses ressortissants un confédéré d'une autre confession chrétienne»<sup>135</sup>. Le Conseil fédéral est donc invité à présenter un projet de loi fédérale sur la base de l'article 44 al. 1<sup>er</sup> de la Constitution. Les débats s'engagent, et, en quelques mois, la loi est adoptée sous la pression de la majorité radicale, provoquant du même coup la bronca des évêques suisses<sup>136</sup>.

Une deuxième affaire vient très vite soulever à nouveau l'indignation des catholiques et des fédéralistes respectueux de la Constitution. En 1859, une autre pétition évoque cette fois la problématique du divorce. La dame Cammenzind-Interbitzin est originaire du canton de Schwyz. Séparée de son époux catholique suite à un jugement du tribunal ecclésiastique, elle s'établit à Glaris et embrasse le protestantisme. Mais la juridiction catholique schwyzoise la condamne à renouer la vie conjugale.

<sup>130</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 12 septembre 1848, consultable en ligne: <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Constitution1848.pdf>

<sup>131</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 12 septembre 1848, consultable en ligne: <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Constitution1848.pdf>

<sup>132</sup> MARTIN, Alfred, *Commentaire de la loi fédérale concernant l'état civil et le mariage du 24 décembre 1874*, Genève: Eggimann, p. 5-6.

<sup>133</sup> En réalité, le véritable auteur de la pétition n'est autre que Ludwig Snell, réfugié politique allemand aux convictions radicales... Voir SEEGER, Cornelia, «Étapes de l'unification du droit matrimonial suisse: de la République helvétique à la loi de 1874», *L'unification du droit privé suisse...*, op. cit., p. 63. Et aussi, pour une analyse détaillée du recours Benz: *Feuille fédérale de la Confédération suisse*, 1850, vol. 1.

<sup>134</sup> *Feuille fédérale de la Confédération suisse*, 1850, vol. 3.

<sup>135</sup> *Feuille fédérale de la Confédération suisse*, 1850, vol. 3.

<sup>136</sup> Pour l'analyse de la loi, voir par exemple: SCHOENENBERGER, Marie-Bernadette, «Les mariages mixtes en Suisse au XIX<sup>e</sup> siècle», *Commentationes historiae iuris helveticae...*, op. cit., p. 89-90. Et: KNAPP, Charles, «Cent ans de mariage devant la Constitution fédérale», *Cent ans de droit suisse*, Bâle: Helbing et Lichtenhahn, 1952, p. 276-278.

La dame réclame donc au Conseil fédéral l'annulation du jugement et l'adoption d'une loi sur le divorce des mariages mixtes<sup>137</sup>. Là encore, comme en 1850, le seul poids des députés radicaux suffit à emporter la décision<sup>138</sup>. Sur la base, une nouvelle fois, de l'article 44 al. 1<sup>er</sup> de la Constitution, une loi fédérale du 3 février 1862 autorise les époux d'un couple mixte à présenter leur requête à un juge du divorce civil ou au Tribunal fédéral. Ainsi se régle le problème des unions mixtes.

Ces lois de 1850 et 1862, en revanche, n'évoquent aucunement les entraves pécuniaires au mariage, celles liées au droit de bourgeoisie ou celles des formalités inter-cantoniales. Dans l'été 1858, la conférence des délégués des synodes évangéliques de la Suisse, sous l'impulsion du canton de Schaffhouse, propose de travailler à ce que la législation concernant les mariages entre ressortissants de différents cantons soit simplifiée et rendue uniforme pour toute la Suisse<sup>139</sup>. Un projet de concordat est alors transmis au Conseil fédéral en décembre 1862, pour lancer les négociations entre les cantons. Jusqu'en 1867, la plupart des cantons se montrent plutôt favorables au projet. L'Assemblée fédérale soutient elle aussi la démarche en adoptant une motion invitant le Conseil fédéral à « *vouer toute sa sollicitude à ce que la question des empêchements au mariage des Suisses dans leur canton ou à l'étranger soit résolue dans un sens large et libéral* »<sup>140</sup>. Le 20 janvier 1868, le Conseil fédéral transmet aux cantons le projet définitif de concordat. Le Conseil fédéral prévient aussi les cantons qu'en cas de refus, l'unification risque bien de leur être imposée : « *On a fait pour la dernière fois encore une*

*tentative de réforme au moyen d'un concordat entre cantons [...] Il est à désirer que les déclarations à ce sujet nous soient transmises pour la fin mai au plus tard, afin que nous soyons en mesure de formuler nos propositions à l'Assemblée fédérale, pour le cas où le concordat n'aurait pas la chance d'être agréé par une grande majorité de cantons* »<sup>141</sup>. Le résultat s'avère plus que mitigé : seul le canton de Berne adhère formellement au concordat, les autres cantons mettant peu d'empressement à se déterminer.

Le 28 septembre 1868, la Société suisse des juristes vote sa fameuse pétition en vue de l'unification de l'ensemble du droit civil<sup>142</sup>. Cette demande, très ambitieuse, trouve écho dans le projet de révision constitutionnelle présenté à la votation populaire le 12 mai 1872. Un nouvel article 55 de la Constitution dispose que, désormais, la législation sur le droit civil, y compris la procédure, est du ressort de la Confédération. Mais ce texte est finalement rejeté par le peuple et par 13 cantons contre 9, Suisse romande, fédéralistes et catholiques en tête<sup>143</sup>. Tirant les leçons de cet échec, le Conseil fédéral présente alors, deux ans plus tard, un nouveau projet, moins centralisateur et limitant l'unification à certaines matières énoncées strictement dans l'article 64 alinéa 1<sup>er</sup> de la nouvelle Constitution, à savoir l'état civil, la capacité, le droit commercial, le droit d'auteur, la poursuite pour dettes, la faillite, le droit de change et les obligations. Le 19 avril 1874, la majorité des citoyens et des cantons se déclarent cette fois favorables au projet<sup>144</sup>. Concernant

<sup>137</sup> SEEGER, Cornelia, « Étapes de l'unification du droit matrimonial suisse : de la République helvétique à la loi de 1874 », *L'unification du droit privé suisse...*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>138</sup> MARTIN, Alfred, *Commentaire de la loi fédérale concernant l'état-civil et le mariage...*, *op. cit.*, p. 6 et s.

<sup>139</sup> Cet engagement en faveur de l'unification du droit est mentionné dans : *Feuille fédérale*, 1867, Vol. 2, p. 738.

<sup>140</sup> *Feuille fédérale*, 1867, Vol. 2.

<sup>141</sup> *Feuille fédérale*, 1867, Vol. 2.

<sup>142</sup> *Feuille fédérale*, 1869, Vol. 1. Et également : BERBERAT, Didier et PERDRIZAT, Daniel, « L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé », *L'unification du droit privé suisse...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>143</sup> S'agissant du mouvement d'opposition suscité en Suisse romande par ce projet, voir : SPÖRRI, Philipp, « L'opposition de la Suisse romande à l'unification du droit privé », *L'unification du droit privé suisse...*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>144</sup> KÖLZ, Alfred, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, Vol. 2 : L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848*, Berne : Stämpfli ; Bruxelles : Bruylant, 2013, 914 p.



le mariage, la Constitution du 29 mai 1874 ne semble pas toujours très claire. L'article 54 précise d'abord que la femme obtient le droit de cité de son époux, reprenant là les règles concordataires antérieures; de même, il ne peut plus être prélevé de taxes sur les mariages intercommunaux ou intercantonaux. Mais qu'en est-il cette fois du mariage mixte? Une première série de dispositions le visent indirectement. Ainsi, l'article 49 protège la liberté de conscience et interdit à ce titre de contraindre qui que ce soit à accomplir un acte religieux; l'article 54 place le mariage « sous protection de la Confédération »; l'article 53 alinéa 1<sup>er</sup> précise que « l'état civil et la tenue des registres qui s'y rapportent est du ressort des autorités civiles », la « législation fédérale » devant « statuer ultérieurement »<sup>145</sup> sur ce sujet. Mais l'article 64, énumérant les matières de droit privé qui peuvent être réglées par la législation fédérale, ne mentionne aucunement le droit du mariage<sup>146</sup>. On pourrait donc en déduire, logiquement, que ce dernier reste de la compétence cantonale.

Néanmoins, l'opinion contraire prévaudra au Conseil fédéral, tout comme à l'Assemblée fédérale. Sous l'impulsion de la majorité radicale, une motion est votée au Conseil national le 24 juin 1874: elle invite le Conseil fédéral à présenter un projet de loi « *statuant les prescriptions nécessaires sur la forme de la consécration du mariage et de sa dissolution* ». Les débats sont, là encore, houleux. Le Conseil fédéral, dans son Message du 2 octobre 1874, explique qu'il se limite à exécuter les dispositions constitutionnelles<sup>147</sup>. Or, nous venons de montrer que, comme

en 1850 et 1862, les bases constitutionnelles semblent bien minces... Les milieux conservateurs catholiques présentent alors une demande de référendum, comme prévu dans la nouvelle Constitution de 1874. La votation a lieu le 23 mai 1875: on compte environ 213 000 « oui » contre 205 000 « non », avec neuf cantons et demi (tous protestants) acceptants, contre 12 cantons et demi refusants (soit tous les cantons de l'ancien Sonderbund, Soleure, le Tessin, Saint-Gall, Appenzell Rhodes-Intérieures, les Grisons, Vaud; relevons que Vaud fut le seul canton protestant à dire « non » sous l'influence de ses leaders fédéralistes)<sup>148</sup>. Rempportant l'approbation de la majorité du peuple, la loi sur l'état civil, le mariage, et la tenue des registres s'y rapportant entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1876. Désormais, cette loi remplace purement et simplement le droit antérieur sur la conclusion du mariage, les empêchements et la dissolution. Le mariage civil est obligatoire, la cérémonie religieuse reste à la libre appréciation des conjoints mais ne peut intervenir avant le mariage civil. Le divorce, quant à lui, est plutôt largement admis, indépendamment de la religion des époux. Il est du ressort d'un juge civil dont la désignation est laissée aux cantons, la séparation de corps ne pouvant constituer une alternative.

Une loi probablement inconstitutionnelle et anticléricale, approuvée par la majorité du peuple mais refusée par la majorité des cantons, marque donc la fin de plus de 70 ans de pratique concordataire en matière de mariage. Mais, sur le fond, la loi fédérale de 1874 est aussi indéniablement une loi progressiste. Le mariage civil obligatoire, que même les cantons protestants radicaux ne connaissaient que rarement, est notamment consacré, alors que

<sup>145</sup> Constitution du 29 mai 1874, consultable en ligne: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/ch1874.htm>

<sup>146</sup> SEEGER, Cornelia, « Étapes de l'unification du droit matrimonial suisse: de la République helvétique à la loi de 1874 », *L'unification du droit privé suisse...*, op. cit., p. 65. Consulter également: BERBERAT, Didier et PERDRIZAT, Daniel, « L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé », *L'unification du droit privé suisse...*, op. cit., p. 22-23.

<sup>147</sup> Pour l'analyse des débats ayant précédé l'adoption de la loi du 24 décembre 1874, voir: MARTIN, Alfred, *Commentaire de la loi fédérale concernant l'état*

*civil et le mariage...*, op. cit., p. 12. Et aussi: SEEGER, Cornelia, « Étapes de l'unification du droit matrimonial suisse: de la République helvétique à la loi de 1874 », *L'unification du droit privé suisse...*, op. cit., p. 65-66.

<sup>148</sup> *Recueil des lois, décrets, arrêtés et autres actes du gouvernement du canton de Vaud*, 1875.



l'étendue des causes de divorce admises<sup>149</sup>, conjuguant les traditions zwingliennes et napoléoniennes, fait à cet égard de la Suisse de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle l'un des pays d'Europe où il reste le plus facile de divorcer. Relevons néanmoins qu'il n'en résulta pas, contrairement à ce qui s'est passé à Paris sous la Révolution, l'avalanche de divorces annoncée par certains, le corps social suisse de l'époque restant beaucoup plus attaché à l'indissolubilité que la France révolutionnaire. Cette première grande unification du droit du mariage en Suisse intervient dans un contexte de *Kulturkampf*<sup>150</sup>, opposant les valeurs de progrès et de modernisme au conservatisme de la fin de la papauté de Pie IX (1846-1878), symbolisé par plusieurs décisions controversées, comme la proclamation du dogme de l'immaculée Conception en 1854 et de l'infailibilité pontificale (Concile de Vatican I) en 1870. La Suisse s'inscrit dans ce mouvement. La Confédération elle-même entre en conflit avec le Vatican. À la suite de l'affaire de Monseigneur Mermillod<sup>151</sup>, nommé par la hiérarchie catholique vicaire épiscopal à Genève, mais non reconnu comme tel par les autorités politiques et expulsé du territoire suisse en 1873, intervient la rupture des relations diplomatiques avec le Vatican. Dans un tel contexte, le Conseil fédéral n'a pas de scrupules à propo-

ser une loi réglementant non seulement l'état civil, mais aussi la forme du mariage, ses conditions matérielles et sa dissolution, avec une législation complète sur le divorce.

L'un des avantages de la L.E.C. de 1874 est d'avoir préparé, dans un domaine sensible, une unification complète du droit en Suisse. En matière de mariage, Eugène Huber pourra même faire des concessions aux catholiques (en abandonnant le divorce sur requête commune et en introduisant la séparation de corps pour une durée indéterminée), dans le climat apaisé des années 1890. Cette démarche permettra une adoption facile du Code civil, qui sera voté en dernière lecture, le 10 décembre 1907, à l'unanimité du Conseil national sans que le référendum soit demandé. Ainsi prend fin l'épopée du mariage que nous avons tenté de retracer. À travers l'histoire, la nature même du mariage apparaît complexe : le mariage est un acte social et/ou un acte privé, et il constitue, en droit, une institution et/ou un simple contrat. Depuis l'origine, le mariage reste également lié aux enjeux de pouvoir ; il est parfois nécessaire pour gravir les échelons sociaux, et presque toujours point d'ancrage des luttes entre autorités religieuses et séculières. Le mariage reste enfin une institution structurant la famille. Un tel paramètre explique à la fois l'unité et l'extraordinaire diversité de l'institution du mariage à travers les siècles, modelée par les influences religieuses, philosophiques, politiques et économiques, le poids de la tradition ou des contingences.

Anne Peroz

<sup>149</sup> Les causes de divorce finalement retenues vont plutôt dans le sens d'une admission large. La loi fédérale de 1874 évoque en effet : - un divorce sur demande commune, pour lequel il suffit que le juge soit convaincu du caractère irrémédiable de la désunion ; - cinq causes déterminées de divorce, inspirées des solutions en vigueur dans les cantons réformés ou d'inspiration française ; - une cause indéterminée unilatérale, laissant beaucoup de place à l'appréciation du juge. La loi consacre également des interdictions temporaires de remariage après divorce, sous deux formes : un délai de viduité de 300 jours pour les femmes (art. 28 L.E.C.) et une interdiction de remariage infligée par le juge au conjoint coupable, pouvant aller de 1 à 3 ans (art. 48 L.E.C.).

<sup>150</sup> CONZEMIUS, Victor, « Le Kulturkampf en Suisse : un cas particulier ou paradigmatique ? », *Histoire religieuse de la Suisse : la présence des catholiques*, Paris : Éd. du Cerf ; Fribourg (Suisse) : Éd. universitaires de Fribourg, 2000, p. 297-320.

<sup>151</sup> JEANTET, Louis, *Le cardinal Mermillod : 1824-1892*, Paris : P. Lethielleux, 1906, 831 p.

**Anne Peroz**, née en 1983 à Épinal (Vosges, France), est docteur en droit de l'Université de Lorraine et maître-assistante en histoire du droit à l'Université de Lausanne. Sa thèse de doctorat d'histoire du droit, soutenue en 2011, porte sur les problèmes juridiques rencontrés par les populations civiles et la répartition des pouvoirs entre autorités civiles et militaires dans la zone des armées françaises, pendant la Première Guerre mondiale. Pour son travail, elle obtient le Prix de thèse de l'Université de Lorraine. À côté de ses tâches d'enseignement à l'Université de Lausanne, Anne Peroz concentre ses recherches sur la Première Guerre mondiale et son droit ainsi que l'histoire du droit suisse, avec des publications portant notamment sur l'unification du droit civil, le droit de l'époque bernoise au Pays de Vaud, la réception du droit naturel moderne en Suisse romande, ou encore l'histoire de la pratique concordataire en Suisse.