

## Mariage religieux et mariage civil : les christianismes et la laïcité

Irène Théry, directrice d'études à l'EHESS

" Nous nous sommes convaincus que le mariage, qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil ni un acte religieux, *mais un acte naturel* qui a fixé l'attention des législateurs et que la religion a sanctifié".

Ces mots de Jean-Etienne Marie Portalis, le principal rédacteur du Code Napoléon, premier Code civil des Français (1804), ne sont pas immédiatement compréhensibles pour nous, lecteurs du début du XXI<sup>e</sup> siècle, car le contexte sociohistorique dans lequel ils furent écrits ne nous est pas familier. De là deux questions : Quel est l'enjeu politique de la double négation –ni un acte civil , ni un acte religieux– affirmée par Portalis à une période où les sociétés démocratiques naissantes instituent, de façons diverses, la distinction entre mariage civil et mariage religieux ? Que signifie précisément, dans la pensée de ceux qui ont rédigé le Code civil au moment du Consulat, juste après la Révolution française, l'adjectif "naturel" appliqué au mariage ?

On ne peut reprendre ici l'étude des grands traits qui inscrivent le processus de laïcisation du mariage dans l'histoire longue de l'individualisme chrétien, de la défiance à l'égard du mariage des premiers siècles du christianisme à sa réhabilitation comme institution du « salut des âmes » par Saint Augustin puis à son élévation au rang de sacrement au XIII<sup>e</sup> siècle ; de l'alliance conflictuelle du Roi et de Rome pour un mariage "pacte de famille" à la redéfinition du mariage comme une « affaire humaine » par la Réforme ; des Guerres de religion à la révocation de l'Edit de Nantes qui transforme les protestants en parias sociaux. Plus modestement, on s'efforcera de donner à voir quelques uns des grands traits caractéristiques de la représentation occidentale du mariage comme fondement naturel de la famille, à l'aube de la modernité. On cherchera dans ce contexte à saisir aussi la spécificité de la laïcité matrimoniale introduite par la Révolution française et la tradition continentale du droit codifié, par rapport aux révolutions anglaise et américaine et à la tradition de la *common law*.

### **I. Instituer un mariage civil : la « gloire cachée » de la Révolution française**

C'est la « gloire cachée » de la Révolution française, disait en 1989 le doyen Jean Carbonnier, que d'avoir donné « valeur constitutionnelle à la définition du mariage ». En effet, on ne peut pas comprendre pourquoi le principal rédacteur du Code Napoléon de 1804 tient à définir le mariage comme un « acte naturel » sans se souvenir que, quelques années plus tôt, le mariage civil fut un enjeu majeur de la Révolution française. Tout se joue dans les années exceptionnelles, tumultueuses, créatrices, qui mènent de l'édit de tolérance sur le mariage des protestants (1787) à la loi sur l'état-civil qui institue un mariage civil le 20 septembre 1792, le jour de la victoire de Valmy, le dernier jour de la Législative, à la veille de la Terreur.

Pourquoi J. Carbonnier parlait-il, en 1989, d'une gloire « cachée » ? Traditionnellement, les historiens de la Révolution étaient des historiens du politique qui n'accordaient pas la portée qu'il mérite à ce véritable bouleversement de l'institution du mariage qu'opérèrent les travaux de la Constituante puis de la Législative. Ils se laissaient piéger par l'opposition classique entre la famille et l'Etat, le domestique et le politique, ou encore entre le privé et le public, et avaient tendance à reléguer la question du mariage du côté des choses sinon mineures du moins secondaires, sans voir qu'il touche à la conception même que l'on se fait de l'Etat et de la nation, de la société en général, et en définitive de l'être humain lui-même. Ils ne comprenaient pas l'enjeu non seulement politique mais sociétal et même cosmologique du mariage en général, dont les historiens de l'Ecole des Annales s'étaient pourtant attachés à démontrer l'importance. Ils sous-estimaient la dimension démocratique de cet acte de portée immense que fut l'invention du mariage civil par les députés de la Constituante.

Cependant, et fort heureusement, l'appréciation sévère que donna Carbonnier il y a vingt ans peut être aujourd'hui nuancée. Le long travail collectif pluridisciplinaire qui a abouti à *La famille, la loi, l'Etat ; de la Révolution au Code civil*, l'ouvrage où nous trouvons justement cette phrase du grand juriste a participé directement d'un renouveau de l'historiographie de la Révolution française (grâce à l'ébullition intellectuelle issue d'un bicentenaire parfois injustement caricaturé). Depuis, le développement considérable des études socio-historiques et anthropologiques liant *genre* et *parenté* a permis d'approfondir encore les connaissances et les analyses. On a enfin redonné toute la place qu'elle mérite à la question de la famille dans les théories philosophiques traitant du passage de l'état de nature à l'état de société par un Contrat

social. De ce fait, nous sommes bien mieux armés aujourd'hui pour analyser la manière spécifiquement française dont s'est passée la sécularisation du mariage.

### **Spécificité française**

La question de l'édification d'un mariage moderne n'est pas spécifiquement française ; elle s'est posée, d'une façon ou d'une autre, au sein de toutes les grandes révolutions démocratiques des XVIIe et XVIIIe siècle. Mais ce qui fut propre à la France, pays majoritairement catholique, fut la façon dont les protestants furent traités après la révocation de l'édit de Nantes en octobre 1685. Les membres de « la religion prétendue réformée » furent en quelque sorte rayés de la carte officielle. Ils n'eurent plus comme solution, pour prouver leur état civil, que le mariage devant un prêtre catholique. Refusant cette mascarade, la plupart choisirent une union clandestine, « *au désert* », devant le pasteur, union qu'ils savaient dénuée de tout effet civil. Les enfants nés de ces mariages étaient considérés par l'Etat et la société comme des bâtards. Ce scandale fut dénoncé à de multiples reprises, entre autres par Malesherbes.

Portalis, le futur rédacteur du code Napoléon, consulté en 1770, se prononce pour un mariage civil des protestants. Finalement, l'édit de tolérance sur le mariage protestant du 17 novembre 1787 autorise le prêtre ou le juge du lieu à agir « comme officier d'état civil » pour enregistrer les mariages des non catholiques (non seulement des protestants, mais aussi des juifs). Cet édit participe directement du mouvement profond qui, issu des impasses dramatiques auxquelles ont mené les guerres de religion, verra triompher le pluralisme confessionnel à travers la notion de « liberté de conscience » consacrée par la déclaration des Droits de l'homme de 1789. C'est le premier pas vers l'institution d'un mariage civil.

Pendant la Révolution elle même, les choses se précipitent en mêlant inextricablement deux questions : celle de la liberté de conscience et du pluralisme religieux d'une part, qui amène à vouloir instituer un mariage civil garantissant à tous le même statut social et les mêmes droits quelle que soit leur appartenance confessionnelle, et d'autre part celle de la spécificité du mariage comme *lien social institué*, qui ouvre un immense point d'interrogation sur ce que pourrait être, philosophiquement et juridiquement parlant, ce nouveau mariage « sécularisé » que l'on souhaite non seulement commun à tous, mais conforme aux nouveaux idéaux démocratiques.

Commençons par la question du pluralisme religieux. On sait en effet que les catholiques, les protestants et les juifs n'ont pas la même conception du mariage :

– Depuis le XIII<sup>e</sup> siècle, il est pour les catholiques un *sacrement* et à ce titre l'union matrimoniale, comme l'union du Christ et de son Eglise, est fondamentalement indissoluble : c'est à la fois le salut des âmes malgré la transmission du péché de chair et le sens profond de l'idéal monogamique qui sont ici en jeu pour les catholiques. On sait ce n'est déjà pas sans réticences que l'Eglise se résout depuis saint Paul à autoriser le remariage des veufs (« il vaut mieux se remarier que brûler »). Pour elle le refus catégorique du divorce –et *a fortiori* de l'éventuel remariage des divorcés– apparaît comme la raison même : « ce que Dieu a uni, l'homme ne le sépare pas ». Ce dogme de la perpétuité du lien matrimonial a entraîné le développement de tout un ensemble de manœuvres de contournement afin d'obtenir des autorités ecclésiastiques une « annulation » du mariage en cas de problème.

–Pour les protestants, au contraire, le mariage est fondamentalement une *affaire humaine*, une union ici-bas entre des créatures de Dieu, que le Christ n'a jamais présentée comme un sacrement et qui n'engage donc pas en elle-même le salut de l'âme mais avant tout la façon de porter sur terre la parole de Dieu et le message du Christ. Les papes ont défigurés le mariage voulu par Dieu en le transformant en sacrement et en union à perpétuité, alors que le contrat qui engage la vie commune des époux, comme tous les contrats, est une manifestation de la volonté des personnes et devrait pouvoir être dissoluble si les circonstances l'exigent. Sans valoriser le divorce, voire en le condamnant moralement, les protestants rejoignent ici les juifs dans leur acceptation de la dissolubilité de l'union matrimoniale à certaines conditions, en particulier en cas d'adultère de l'épouse.

Pendant des siècles, la polémique sur le mariage fut forte entre catholiques et protestants dans toute la chrétienté européenne. Elle devint parfois même violente comme en témoigne le célèbre pamphlet publié par John Milton en 1664 : *Doctrine et discipline du divorce*. Ce texte est une défense et illustration non seulement de la légitimité du divorce mais aussi et surtout d'une certaine conception protestante du mariage lui-même, comme « commerce » et « conversation » entre les sexes, que l'auteur considère être la seule fidèle à la signification profonde des premiers vers de la Genèse : « Il n'est pas bon que l'homme soit seul, je veux lui faire une compagne qui lui soit assortie... ».

Mais cette polémique a pris un tour nouveau au cours des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, pour des raisons sociales et politiques qui, d'une certaine manière, transcendent les clivages religieux. Souvenons nous des pièces de Molière. L'un des éléments importants de la crise de la société

d'Ancien régime est la révolte croissante des fils et filles de famille contre les prérogatives des pères, ces chefs de lignage qui opposaient leur puissance paternelle, voire leur *patria potestas*, à la revendication des jeunes gens aspirant au droit de choisir librement leur conjoint. Cette remise en cause du mariage traditionnellement conçu dans la société hiérarchique des « ordres de naissance » comme une *alliance entre deux lignages* soumise à l'autorité des pères, s'est faite au profit d'une conception fondamentalement conjugale du mariage considéré comme *l'alliance entre deux personnes* et le socle de l'édification d'une nouvelle famille nucléaire par les deux époux, émancipés de la tutelle parentale par leur mariage même. Sans entraîner l'égalité des deux sexes dans le mariage, revendiquer le droit de « disposer de soi » pour engager l'un des actes les plus importants de la vie concernait aussi bien les femmes que les hommes. Comme l'a bien montré André Burguière, l'enjeu du « mariage d'amour » fut un enjeu politique et culturel central dans la revendication du droit personnel à l'autonomie dans la « poursuite du bonheur » (*pursuit of happiness*) consubstantielle aux idéaux majeurs de liberté et d'égalité portés par les révolutions démocratiques.

Dans ce contexte, comment concevoir une définition du mariage civil qui soit commune à tous, alors que la religion catholique est dominante en France ? Comment conforter l'évolution de l'institution matrimoniale dans un sens conforme aux idéaux démocratiques de liberté et d'autonomie personnelle, alors que l'accord qui se dessine très vite en matière de *libre choix du conjoint* contraste avec le dissensus sur la possibilité du *divorce*, la majorité des parlementaires ne voulant pas, en 1789, entendre parler d'une quelconque dissolubilité du mariage ?

### **Rappel des faits.**

En France, les choses se présentèrent d'une façon particulière, qu'il importe d'avoir en tête pour comprendre pourquoi la France (et après elle les pays de droit codifié qui nous ont « emprunté » le Code Napoléon) distinguent le mariage civil et le mariage religieux en séparant en réalité *deux* cérémonies de mariage successives, dualité matrimoniale qui est sans équivalent dans les pays de tradition protestante et de *common law*, en particulier les pays anglo-saxons. Cette différence est très souvent inaperçue, pourtant elle a des conséquences très importantes aujourd'hui, comme nous le verrons en conclusion à propos des débats sur l'institution du mariage de même sexe.

La sécularisation du mariage entre dans le droit français par l'article 7, titre II de la Constituante de 1791 qui déclare que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ». La

formule fut longuement pesée. « Ne considère que ... » : on s'abstient de trancher sur ce qu'est le mariage, et en particulier on ne remet pas en cause sa nature sacramentelle aux yeux des catholiques. Apparemment, au départ le seul enjeu est, à une époque où n'existe pas encore l'état civil moderne (il va justement naître de là), de savoir qui aura compétence à constater l'état des citoyens et à tenir les registres : le curé en sa paroisse, ou le maire en l'hôtel de ville de sa commune ?

Ici se joue un débat complexe sur « l'égalité de tous devant la loi », proclamée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En fixant les bornes de la compétence législative étatique en matière de mariage (il s'agit simplement d'assurer à tous les citoyens, égaux devant la loi, l'exercice de leurs droits civils) on en marque aussi l'étendue. On dit aussi que légiférer pour tous suppose de respecter en tout la liberté de conscience et la liberté des cultes (art 10).

Ici intervient la célèbre affaire Talma. Ce comédien du Théâtre-Français se voit refuser le mariage par le curé de la paroisse Saint Sulpice, le droit canonique interdisant de consacrer ainsi indirectement les mœurs « infâmes » des acteurs de théâtre. Talma en réfère à l'Assemblée constituante le 22 juillet 1790 car il considère l'attitude du curé contraire aux droits de l'homme. Ainsi est posée d'emblée la question que l'on avait au départ cherché à éviter : celle de la définition même du mariage civil.

En effet, si les convictions religieuses sont désormais considérées comme une affaire privée, l'affaire Talma démontre qu'il devient nécessaire de définir ce « mariage de tous » et de préciser sur quels fondements on va édifier la loi commune. Une sorte de béance s'est ouverte avec la sécularisation puisque, depuis aussi longtemps qu'on se souvienne, le mariage n'a jamais été que religieux. A partir de là, il ne s'agit déjà plus d'une simple affaire de registres et l'article 7 de la Constitution engage un débat d'une dimension inattendue. Le mot « contrat » appliqué au mariage entre alors en résonance avec le débat général sur la nature contractuelle du lien social (le débat sur le Contrat social) et, comme l'a montré l'historien de la Révolution, A H Huussen, s'ouvre une période d'intense mobilisation des esprits où l'ambiguïté du terme de « contrat » autorise la juxtaposition confuse d'usages différents, et des glissements de sens.

Pendant la Constituante, les parlementaires sont inondés de pétitions en faveur du divorce, cependant que le théâtre, les chansons et les journaux moquent le « joug du mariage indissoluble ». Mais malgré cette agitation parfois très parisienne, on ne constate pas un large

mouvement en faveur du divorce chez les Constituants. Gallicans et jansénistes, la plupart étaient attachés à la tradition d'Ancien régime protectrice de la famille, et donc au principe d'indissolubilité. Ils ne croyaient sincèrement pas que la séparation du contrat et du sacrement qu'ils appelaient de leurs vœux (selon la formule « à l'Etat le contrat, à l'Eglise le sacrement ») pourrait un jour être interprétée comme un premier pas vers l'autorisation du divorce, autrement dit vers une redéfinition du lien matrimonial lui-même. Pourtant, ces certitudes de départ n'empêchent pas des évolutions et même des bouleversements. Les questions fondamentales font leur chemin dans les esprits avec la rapidité extraordinaire qui caractérise certaines périodes de bouleversement historique. Tout peut être sujet de remise en question et de débat. A quoi tient, au fond, l'indissolubilité de l'union matrimoniale ? A sa nature sacramentelle ? On sait que les protestants et les juifs admettent le divorce, faut-il l'admettre de ce fait dans la loi commune ? Ou bien doit-on considérer que l'indissolubilité matrimoniale peut être considérée comme une valeur indépendante des dogmes religieux, tenant à la spécificité de ce contrat différent de tous les autres qu'est le mariage ?

S'engage alors avec la Législative et la préparation de la loi du 20 septembre 1792, un débat serré sur la définition même du contrat. Il est essentiel d'en rappeler en quelques mots le déroulement si l'on veut comprendre pourquoi il n'y a pas de définition du mariage dans le droit civil français.

### **Mariage civil : les raisons historiques de sa « non définition » en droit**

A partir d'avril 1791 commence le débat sur la définition du mariage civil dont la Constitution avait simplement annoncé la naissance. Selon le projet, :

« Le mariage est un contrat civil dont la condition essentielle est dans le consentement de deux époux de s'unir pour la vie. Le contrat doit être passé et ne peut être dissous que conformément aux lois ».

Pour préciser ou contester ce projet, les parlementaires s'engagent avec passion et chacun y va de sa définition. L'enjeu de leurs discussions est la question du *consentement* matrimonial, parce qu'elle ouvre sur celle du divorce. Dans la définition du mariage proposée par le projet de loi, doit-on entendre « condition » au sens restreint de condition préalable, ou au sens large d'essence même du mariage ? Si tel est le cas, le mariage doit pouvoir cesser quand cesse la volonté de l'une ou des deux parties. Un débat quelque peu confus s'engage.

Pour le député Jollivet, qui rédige un contre projet, « le mariage est l'état de deux personnes qui, réunissant les conditions prescrites par la loi, ont volontairement et non par aucun fondé de pouvoir, contracté l'engagement de vivre ensemble et d'élever les enfants qui naîtront de leur

union dans l'amour de la patrie et le respect des lois ». Il laisse de côté la question du divorce, estimant qu'on peut la traiter à part. Pastoret, quant à lui, estime que les mots « de s'unir pour la vie » sont superflus ; il propose : « le mariage est un contrat civil, dont la condition essentielle est dans le consentement des époux. L'engagement doit être pris et ne peut être dissous que conformément aux lois », sans vouloir émettre d'opinion sur le divorce. Oudot, le 25 juin, désapprouve l'idée que le mariage est contracté dans le but de durer toute la vie, et souhaite que le divorce soit possible, en particulier si l'un des deux conjoints est stérile. Lagrévol rejette le terme d' « engagement » proposé par Pastoret. Pour lui, le consentement n'est pas la condition mais l'essence même du mariage. « Le mariage est un contrat civil par lequel un homme et une femme s'unissent pour la vie » propose-t-il, tout en précisant que, selon lui, cette « intention de perpétuité » n'exclut pas le divorce. Enfin, le député Lequino propose à son tour sa définition, qui s'efforce manifestement de rassembler les adversaires, en en disant le moins possible... Il est intéressant pour nous aujourd'hui de comprendre pourquoi elle mit fin pour très longtemps au débat juridique sur la définition du mariage : « Le mariage est un contrat civil qui unit pour vivre ensemble deux personnes de sexe différent ». L'Assemblée s'esclaffe : si on en est à dire des évidences aussi élémentaires que le mariage est l'union de deux personnes « de sexe différent », où va-t-on ? Une avalanche de rires paraît la seule réponse « sensée » à la définition de Lequino, et ces rires auront finalement raison de tous les efforts définitionnels des députés : on ne peut pas à la fois vouloir s'accorder sur le mariage civil et oublier qu'il existe des visions très divergentes du lien matrimonial, qui est pour les uns le seul et unique engagement à vie (avec les vœux ecclésiastiques) et pour les autres au contraire le seul lien que l'on devrait pouvoir rompre non pas seulement par consentement mutuel mais même unilatéralement (pour incompatibilité d'humeur), tant la *liberté* et le *bonheur d'être unis* sont de l'essence du mariage, qui n'est plus qu'un coquille vide et la pire des prisons quand ils viennent à manquer. Pour en finir, Sedillez propose d'omettre la définition car chacun est supposé savoir ce qu'est le mariage !

Voilà les raisons à la fois historiques et politiques pour lesquelles il n'y a pas de définition du mariage dans le droit civil français. Comme on le voit, ce silence a deux significations très différentes. D'une part, il traduit le sentiment qu'il existe un puissant consensus sur ce qu'est un mariage, consensus sur lequel on peut faire fonds, et que traduit ici le sentiment d'évidence sur le fait qu'il s'agit de « la société de l'homme et de la femme ». Quand Sedillez dit que tout le monde sait ce qu'est un mariage, il est sincère. D'autre part, ce silence tient à l'attachement à la



laïcité, à la volonté d'imaginer une union civile qui soit commune à tous, mais sans obliger quiconque à se rendre à la définition de l'une ou l'autre religion... Cette situation est apparemment sans issue, car de deux choses l'une : ou bien le lien matrimonial est dissoluble et on semble donner raison aux protestants et aux juifs, ou bien il ne l'est pas et on semble donner raison aux catholiques. Comme nous allons le voir, ce dilemme se résoudra en France par la dualisation drastique entre deux mariages, l'un singulier et l'autre pluriel : *le* mariage civil, commun à tous, et dont les règles sont rapportées à la logique juridique (droit des contrats), et *les* mariages religieux, par définitions pluriels, et dont la signification respective est laissée à chaque religion.

Parallèlement à ce débat de fond, on sait que la question de la dissolubilité du mariage civil a trouvé sa réponse (provisoire) dans une autre loi promulguée elle aussi le 20 septembre 1792, celle qui instaure le divorce, un divorce plus libéral que celui qui est le nôtre aujourd'hui... mais la loi est passée dans un climat de guerre civile, et sa vie sera brève.

Retenons simplement pour le moment ceci : l'absence de définition du mariage dans le droit civil français vient tout droit de la Révolution et de l'absence de consensus sur le divorce. Elle n'a aucun rapport avec la question de savoir si le mariage est ou non l'union entre un homme et une femme. A l'époque de la Révolution française, cela *allait de soi* à tel point qu'il a pu paraître aberrant aux députés de l'Assemblée législative que, à force de chercher à en dire de moins en moins sur le mariage, on finisse par avoir l'idée de préciser cette condition préalable : les époux doivent être de sexe différent. Le véritable problème qui se posait aux députés était ailleurs, il leur fallait innover dans la façon de penser le rapport entre enjeux religieux et enjeux civils. Ils le feront en définitive par un choix tout à fait central dans l'histoire du mariage moderne, mais dont l'importance est trop souvent sous estimée, celui de la procédure.

### **Une seule cérémonie ou deux ? les traditions démocratiques et le mariage civil**

L'une des traductions les plus remarquables de la volonté française de définir un mariage commun à tous, tout en ménageant la pluralité des conceptions religieuses du mariage et des opinions sur le divorce, a été le choix français d'une *procédure* très stricte. Ce choix sera conforté ultérieurement par l'édiction d'un droit codifié, qui avec le Code civil, le Code de procédure civile, et même le Code pénal va pérenniser jusqu'à aujourd'hui l'option qui a été prise lors de la

période révolutionnaire, et qui manifeste très clairement l'importance attachée au mariage civil dans la Constitution de la nation française. Quelle est-elle ?

En France (elle sera suivie sur ce point par des pays très divers, tels la Suisse, l'Espagne, l'Allemagne, l'Argentine, la Russie ou la Turquie) il est nécessaire que le mariage civil ait été célébré en mairie *avant* que ne se déroule la cérémonie religieuse, comme l'indiquent en particulier les articles 199-200 du Code pénal qui interdisent de célébrer le mariage religieux en premier lieu. Autrement dit, on a bel et bien *deux* mariages, deux cérémonies distinctes, et à travers elles une forme instituée de dualité entre le mariage civil commun à tous et inscrit dans la constitution de la République française d'une part, et le mariage religieux, qui est une affaire de foi privée et de liberté des cultes, d'autre part. L'ordre chronologique n'a rien d'anodin. Il signifie qu'il y a une hiérarchie entre les deux mariages, non pas au plan du sens profond que l'individu lui donne (bien des députés républicains accordent plus d'importance spirituelle au mariage « devant Dieu » qu'au mariage *municipaliter*, devant le maire), mais au plan politique des conditions du vivre-ensemble démocratique. Il témoigne d'une conception englobante de l'espace public laïque, civil et civique, propre à la Révolution française, conforme à son idée de *l'universalisme*, et pour laquelle l'espace religieux est vu comme toujours *particulier*, et comme celui de la foi privée, du for intérieur. Cette hiérarchie politique qui englobe l'espace privé de la foi et du for intérieur dans l'espace public citoyen (qui est aussi l'espace du droit commun à tous), est ce qui permet d'organiser la laïcité au sein de la république française. Elle a eu une telle postérité qu'elle nous anime encore aujourd'hui sans que nous le sachions.

En effet, il est totalement interdit depuis cette époque en droit français de s'engager dans un mariage religieux sans avoir au préalable contracté en mairie, devant le maire ou son représentant, un mariage civil. Cette antécédence temporelle est très significative. En établissant une préséance qui veut dire que le mariage civil français est, en quelque sorte, la *condition* « publique » du mariage religieux « privé », la République française signifie qu'elle n'avalise pas certains traits des mariages religieux (polygamie, répudiation, infériorité de la femme, perpétuité de l'union etc.) pour la simple raison qu'il s'agit d'affaires de foi et de tradition culturelle qui n'appartiennent pas à son propre domaine, celui du droit commun des *citoyens*, civil comme pénal.

Cette approche est différente de celle qui domine dans les pays majoritairement protestants, qui en outre n'ont pas connu l'histoire très agonistique et parfois fortement anticléricale qui mène

chez nous de la monarchie de droit divin à l'institution de la république laïque. Les révolutions anglaise et américaine n'introduisent pas la même césure entre le politique et le religieux que ce n'est le cas dans la tradition républicaine française, comme le rappelle la célèbre devise américaine *In God we trust*. Sur le mariage, très logiquement, une logique assez différente s'est également déployée: dans ces pays les mariages civil et religieux apparaissent moins comme *deux institutions* distinctes que comme deux *dimensions d'une unique institution*: « le mariage ». Dans cette perspective, la dimension fondamentalement ambiguë du mariage, *à la fois* acte civil et acte religieux, est entérinée et même valorisée.

Dans ces pays, qui sont aussi des pays de Common law, il n'y a donc qu'une seule cérémonie de noces. Le mariage civil participe directement de la cérémonie du mariage religieux, même si les deux sont théoriquement distincts. Personne n'est obligé de se marier religieusement, on peut tout à fait se marier civilement à la mairie, bien entendu. Mais quand on veut se marier religieusement, on remarque que la hiérarchie est inversée par rapport à la tradition française: c'est le mariage religieux qui est le mariage englobant, c'est lui qui donne sa forme et son contenu à la cérémonie, et la dimension civile du mariage est considérée comme englobée en lui. Ainsi, dans la plupart des Etats américains mais aussi au Royaume uni et en Irlande, le mariage est célébré par un prêtre, un pasteur, un rabbin ou toute autre autorité religieuse qui officie également comme un agent public. Ce serait une erreur de n'apercevoir qu'un mariage religieux dans cette célébration des noces à l'église, au temple, à la synagogue, à la mosquée, ou dans tout autre lieu religieux: il y a par définition une dimension civile de la cérémonie religieuse, et la preuve en est qu'aux Etats-unis ou en Angleterre, comme en France, *tous les citoyens* ont le droit de divorcer et se remarier. Autrement dit on peut rompre son mariage civil et cela alors même que certaines religions, à commencer par la religion catholique, prohibent totalement le divorce et considèrent que le mariage religieux indissoluble subsiste en réalité au divorce civil (empêchant ainsi qu'il y ait un remariage *religieux*). On voit donc que les deux grandes traditions démocratiques, bien que différentes, ne sont pas complètement opposées et même se rejoignent quant à leurs effets principaux. Ce sont deux façons de penser le rapport du religieux et du politique, héritières de révolutions historiquement différentes, mais dans les deux cas les droits civils sont bien distingués au final des règles ou coutumes religieuses. Pourtant, comme nous le verrons, il est important d'avoir en tête cette différence entre les deux traditions –celle du mariage « duel » et celle des deux mariages, l'un civil et l'autre religieux– si l'on veut saisir

certaines de ses conséquences importantes aujourd'hui, à propos des débats sur le mariage de même sexe (voir la conclusion de cet article).

Quoi qu'il en soit, nous comprenons mieux à présent pourquoi Jean Carbonnier, qui fut non seulement un grand juriste civiliste mais aussi un grand protestant, très attaché à maintenir la mémoire vive de ce qu'ont subi sous l'Ancien régime les adeptes de la religion réformée et à en réfléchir la portée pour le droit démocratique, a pu écrire que c'était la « gloire cachée » de la Révolution française que d'avoir donné valeur constitutionnelle au mariage civil.

## **II. Le mariage dans le discours préliminaire au projet de Code civil: « ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel »**

Voyons maintenant pourquoi, héritier à la fois d'un consensus sur la nécessité d'un mariage civil, et d'un dissensus sur la dissolubilité, le rédacteur du Code Napoléon en est venu à définir le mariage comme n'étant « ni un acte civil, ni un acte religieux », mais un acte « naturel ». Cette expression pourrait passer pour une simple habileté rhétorique et, d'une certaine façon, elle l'est : le double déni ne remet pas en cause la dualité instituée entre deux mariages, l'un civil et l'autre religieux, ni l'ordre de préséance entre les deux cérémonies, la cérémonie civile publique et la cérémonie religieuse privée. Mais parler « d'acte naturel » est bien plus qu'une simple figure de style, comme on s'en aperçoit en découvrant les très longs développements que le *discours préliminaire au projet de Code civil* consacre au mariage.

Si Portalis s'attarde si longuement sur le mariage, c'est bien sûr tout d'abord parce que l'union conjugale est la pièce maîtresse de la conception moderne de la parenté et du droit civil de la famille. Mais c'est aussi parce qu'il veut expliciter très clairement pour quelles raisons fondamentales le rédacteur du Code de 1804, tout en conservant et le mariage civil et la dualité des mariages instituée par la Révolution française, entend refuser une partie de l'héritage révolutionnaire. On sait en effet que le droit « intermédiaire » ne s'est pas contenté d'instituer le mariage civil, mais qu'il a tenté ensuite de repenser la famille conjugale à partir des idéaux de liberté et d'égalité, quitte à bousculer des représentations fortement ancrées dans la vie sociale, par exemple en revendiquant « des droits pour les bâtards », en critiquant « l'odieuse puissance

maritale », ou encore en autorisant le divorce pour « incompatibilité d'humeur ». Ce mouvement remarquable avait progressé non sans céder parfois à la tentation de l'abstraction politique, surtout à partir de 1793. Il avait souvent effrayé les français ordinaires, et fut immédiatement caricaturé comme une tentative de « détruire la famille ».

Après Thermidor, ce qui l'emporte et triomphe avec le Code Napoléon est une idée différente, beaucoup plus proche des théories familialistes des philosophes des Lumières, tels Locke ou Rousseau : la famille conjugale n'est pas une république, c'est une petite société irréductiblement spécifique, faite pour durer, la seule qui soit ordonnée à la Nature elle-même qui a fait les sexes et les âges non seulement différents et complémentaires, mais spontanément hiérarchisés. En promouvant toujours davantage les droits de l'individu « abstrait », le droit révolutionnaire aurait cherché à démanteler la famille pour ne laisser, face à la toute-puissance de l'Etat, que l'individu solitaire et nu, privé de tous les appuis communautaires sur lesquels il croyait compter. Faute de voir que « l'esprit de famille » est favorable à « l'esprit de cité », le législateur révolutionnaire aurait saccagé les liens les plus saints, bafoué les piétés les plus sacrées, enrégimenté les esprits en poussant jusqu'à l'extrême une conception de la citoyenneté devenue folle.

Portalis n'est d'accord ni avec les uns, ni avec les autres. Il veut opérer une transaction, conserver les acquis de la première partie de la Révolution, mais refuser tout ce qui est apparu ensuite comme une mise en cause l'ordre familial. Au coeur de cette tentative se trouve un effort sans précédent pour définir le mariage « en soi », un mariage qu'il parvient à désigner comme « le plus saint des contrats » tout en évitant soigneusement la moindre référence à l'Écriture ou même à la tradition chrétienne.

### **La transaction entre révolutionnaires et contre révolutionnaires**

Lorsqu'il aborde la question du mariage, Portalis se sait pris entre deux positions opposées.

–D'un côté les révolutionnaires ou plutôt les idéologues, tels ceux qui siègent au Tribunal ; Sieyes, Volney, Cabanis, Daunou, Chénier... pour eux le mariage est enfin, depuis la loi du 20 septembre 1792, un contrat civil. Dissocié du sacrement, qui est accessoire et relève de la liberté de conscience, le mariage civil doit procéder des mêmes principes que tous les contrats, et en particulier être dissoluble. L'inaliénabilité de la liberté individuelle légitime que le divorce soit possible non seulement pour causes déterminées (non respect du contrat) ou par consentement mutuel, mais aussi pour incompatibilité d'humeur.

–De l’autre côté, les contre-révolutionnaires, tenants d’un mariage compris comme une institution fondamentalement spécifique, la seule à être fondée sur un principe de double appartenance, religieux et civil à la fois. Dans cette perspective, tout ce qui concerne la *signification profonde* du mariage est par définition religieux, le civil n’ayant en charge que le monde des intérêts, en particulier pécuniaires (régime matrimonial, dot, héritages..). C’est Louis de Bonald qui a trouvé en 1801 la formule la plus percutante pour définir l’approche contre-révolutionnaire du mariage en le rattachant à la cosmologie chrétienne antérieure à la laïcité démocratique : le mariage est « civil sous le rapport des intérêts, il est religieux sous le rapports des âmes, il est animal sous le rapport des corps ».

Les rédacteurs du Code civil n’envisageront jamais de revenir sur la sécularisation du mariage. Cependant, ils ne veulent pas hériter, avec le mariage civil de 1792, de l’ensemble des dispositions législatives issues de principes philosophiques et juridiques qu’ils remettent en cause. C’est pourquoi le discours préliminaire au projet de Code civil contient de longs développements sur la nature du mariage. L’objectif est double : d’une part, revenir sur la législation révolutionnaire du divorce en définissant le mariage comme un contrat « perpétuel par destination » , et d’autre part, démontrer la spécificité radicale de la famille conjugale, « la première des sociétés », la seule qui soit ancrée directement dans l’état de nature, la seule qui loin d’être fondée sur les valeurs de liberté, d’égalité ou d’autonomie, repose sur un double principe de complémentarité hiérarchique : complémentarité hiérarchique des sexes, entre mari et femme ; complémentarité hiérarchique des âges et des générations , entre parents et enfants.

« Ce n’est que dans ces derniers temps que l’on a eu des idées précises sur le mariage » commence Portalis. Ce faisant , il oppose assez clairement deux périodes, la période ouverte par la Révolution française et celle de l’Ancien régime, où « le mélange des institutions civiles et des institutions religieuses avait obscurci les premières notions » et où « il y avait toujours conflit entre le sacerdoce et l’empire quand il s’agissait de faire des lois (...) sur cette importante matière ». Pourtant, quand il rappelle les positions qui se sont affrontées sur le mariage, contrat ou sacrement, Portalis se garde de se référer à la loi de 1792. Il fait comme si rien n’avait été tranché, ce qui lui permet de revendiquer implicitement un droit d’inventaire du droit civil récent, et même de se poser en initiateur d’une prise de conscience nouvelle :

« Toutes ces incertitudes se sont évanouies, tous ces embarras se sont dissipés, à mesure que l'on est remonté à la véritable origine du mariage, dont la date est celle même de la création ».

### **Le « mariage en soi » : une approche non religieuse de l'essence du mariage**

Revenir à l'origine, et affirmer que le mariage est avant tout un « acte naturel » a d'abord une fonction critique. Portalis ne demande en rien le retour à l'Ancien régime ! Il commence au contraire par s'indigner de l'empire des lois qui refusaient le libre choix du conjoint : « La loi naturelle n'était comptée pour rien dans le premier et le plus grand acte de la nature ». Mais c'est aussi prendre habilement ses distances avec la logique révolutionnaire, en lui disputant l'une de ses grandes références morales : la nature et le droit naturel, valeurs universalistes sur lesquelles elle avait érigé rien moins que « les droits *naturels* de l'homme ».

Portalis, qui n'ignore rien des débats des années 1787-1792, sait qu'il n'innove pas en rapportant le mariage au droit naturel. Cent autres orateurs l'ont fait avant lui, à commencer par Cambacérès, qui dans le rapport présentant le premier projet de Code civil dans la phase la plus aigüe de la Révolution, écrivait en 1793 : « Le mariage doit son origine au droit naturel, il a été perfectionné et fortifié par les institutions sociales ». La différence est que pour les révolutionnaires, la référence au droit naturel ne dispensait pas d'argumenter juridiquement sur le mariage civil. Portalis procède autrement. En proposant de remonter à l'origine pour connaître ce qu'il nomme le mariage « en soi » il renvoie dos à dos l'acte civil et l'acte religieux, ce qui lui permet d'ôter par avance toute légitimité aux débats qui ont hanté les assemblées révolutionnaires. Il n'y a pas à débattre, parce qu'il n'y a pas à se déterminer : la réponse aux questions que l'on se pose sur le mariage est déjà donnée, et ce qui est requis est simplement d'être capable de *l'apercevoir*. Voyons comment il procède pour emmener son lecteur loin de l'ordre de la cité, loin des lois variables des hommes, loin de la pluralité même des religions, vers les contrées immuables de la *nature humaine universelle*.

### **La loi naturelle (le droit naturel) n'est pas « l'ordre physique de la nature »**

La première précaution de l'orateur est de clarifier une ambiguïté sur le sens même du mot Nature. Comme elle est toujours présente aujourd'hui, il est intéressant pour le lecteur

contemporain d'écouter la leçon de Portalis, fin connaisseur des notions philosophiques et juridiques de « droit naturel » et de « loi naturelle » :

« Les jurisconsultes romains, en parlant du mariage, ont souvent confondu l'ordre physique de la nature qui est commun à tous les êtres animés, avec le droit naturel qui régit particulièrement les hommes, et qui est fondé sur les rapports que des êtres intelligents et libres ont avec leurs semblables. De là, on a mis en question s'il y avait quelque caractère de moralité dans le mariage, considéré dans l'ordre purement naturel.

On conçoit que des êtres dépourvus d'intelligence, qui ne cèdent qu'à un mouvement ou à un penchant aveugle, n'ont entre eux que des rencontres fortuites, ou des rapprochements périodiques, dénués de toute moralité. Mais chez les hommes, la raison se mêle toujours plus ou moins, à tous les actes de leur vie ; le sentiment est à côté de l'appétit, le droit succède à l'instinct, tout s'épure et s'ennoblit »

Cette distinction entre les deux sens du mot nature n'est pas une simple leçon d'histoire conceptuelle à destination des ignorants. Elle permet à Portalis d'introduire une dimension du lien conjugal qui n'a rien de « physique », encore moins d' « animal » mais qui est cependant pour lui la caractéristique majeure de l'humanité de l'homme comme être raisonnable et sensible : la capacité à l'amour qui, sans qu'on semble s'en aviser, est un facteur direct *d'ordre social*, car l'amour « fixe le désir sur un seul objet » :

« Sans doute, le désir général qui porte un sexe vers l'autre, appartient à l'ordre physique de la nature. Mais le choix, la préférence ; l'amour qui détermine ce désir et le fixe sur un seul objet, ou qui du moins lui donne, sur l'objet préféré, un plus haut degré d'énergie ; les égards mutuels, les devoirs et les obligations réciproques qui naissent de l'union une fois formée, et qui s'établissent nécessairement entre des êtres raisonnables et sensibles ; tout cela appartient au droit naturel. Dès lors, ce n'est plus une simple rencontre que nous apercevons, c'est un véritable contrat. »

Cette approche lui permet de délier la notion de contrat et celle de la loi civile et d'introduire l'idée qui lui tient le plus à cœur : depuis quelques décennies, le religieux et le civil se disputent la paternité de quelque chose qui est en réalité antérieur à eux, enfoui plus profondément dans la nature humaine. Il la précisera dans un autre texte où il revient sur la nature du contrat matrimonial :

« Ce contrat n'est pas purement civil, quoi qu'en disent les jurisconsultes ; il a son principe dans la nature, qui a daigné nous associer en ce point au grand ouvrage de la création ; il est inspiré, et souvent commandé, par la nature même. Ce contrat n'est pas non plus un pur acte religieux, puisqu'il a précédé l'institution de tous les sacrements, et l'établissement de toutes les religions positives, et qu'il date d'aussi loin que l'homme. »

### **Le roman de l'amour matrimonial : naissance de la psychologisation du droit**



Portalis n'est pas seulement un habile rhéteur, capable de déployer toutes les finesses d'une argumentation sans en perdre jamais le fil. C'est aussi un écrivain sensible, qui fait appel non pas à la seule raison de son auditeur, mais à son imagination et à ses émotions. L'un des moments culminants du discours préliminaire est celui où l'orateur se lance dans *le roman du bon mariage naturel*, en une évocation qui mêle au point de les fondre deux registres pourtant distincts, celui des sentiments et celui du droit. Toute différence entre des *régularités* et des *règles*, autrement dit toute référence à la notion sociale « d'institution », s'évanouit dans un mouvement de psychologisation complète du contrat de mariage :

Le rapprochement de deux sexes que la nature n'a fait si différents que pour les unir, a bientôt des effets sensibles ; la femme devient mère : un nouvel instinct se développe, de nouveaux sentiments, de nouveaux devoirs fortifient les premiers. La fécondité de la femme ne tarde pas à se manifester encore. La nature étend insensiblement la durée de l'union conjugale, en cimentant chaque année cette union par des jouissances nouvelles, et par de nouvelles obligations. Elle met à profit chaque situation, chaque événement, pour en faire sortir un nouvel ordre de plaisirs et de vertus.

L'éducation des enfants exige, pendant une longue suite d'années, les soins communs des auteurs de leurs jours. Les hommes existent longtemps avant de savoir vivre ; comme vers la fin de leur carrière, souvent ils cessent de vivre longtemps avant de cesser d'exister.(...) Pendant tout ce temps le mari, la femme, les enfants, réunis sous le même toit et par les plus chers intérêts contractent l'habitude des plus douces affections. Les deux époux sentent le besoin de s'aimer, et la nécessité de s'aimer toujours. On voit naître et s'affermir les plus doux sentiments qui soient connus des hommes, l'amour conjugal et l'amour paternel.

La vieillesse, s'il est permis de le dire, n'arrive jamais pour des époux fidèles et vertueux. Au milieu des infirmités de cet âge, le fardeau d'une vie languissante est adouci par les souvenirs les plus touchants, et par les soins si nécessaires de la jeune famille dans laquelle on se voit renaître, et qui semble nous arrêter sur les bords du tombeau.

Et Portalis conclut d'une formule qui rassemble tout le sens de son entreprise en donnant raison aux partisans de l'indissolubilité, sans avoir utilisé un seul argument religieux :

Tel est le mariage, considéré en lui-même et dans ses effets naturels, indépendamment de toute loi positive. Il nous offre l'idée fondamentale d'un contrat proprement dit, et d'un *contrat perpétuel par destination* »

Cette notion de « contrat perpétuel par destination » énonce la vocation du mariage humain à la perpétuité à cause des liens et des obligations familiales qu'il engendre, sans exclure cependant, par exception, la possibilité du divorce. La même idée est exprimée dans un autre texte sous la forme d'une définition qui deviendra célèbre :

Qu'est-ce donc que le mariage en lui-même, et indépendamment de toutes les lois civiles et religieuses ? C'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce ; pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée »

### **Le rôle du droit : défendre l'idéal de l'homme face à ce qui le défigure, la licence des passions**

Cette référence à la nature veut énoncer un idéal de justice universel, fondé sur une représentation de l'essence de l'humain. Elle n'a rien à voir avec une quelconque référence à l'instinct, et encore moins à la biologie, comme en témoigne éloquemment le texte qui explique pourquoi le mariage selon la loi naturelle ne s'impose pas « naturellement » dans la vie concrète des hommes, et doit être fermement défendu *par le droit civil* contre ce qui le menace directement, la liberté sans mesure, la licence des passions :

« Il était impossible d'abandonner ce contrat à la licence des passions. Les animaux sont conduits par une sorte de fatalité ; l'instinct les pousse ; l'instinct les arrête ; leurs désirs naissent de leurs besoins et le terme de leurs besoins devient celui de leurs désirs. Il n'en est pas ainsi chez les hommes : chez eux, l'imagination parle quand la nature se tait. La raison et la vertu, qui fondent et assurent la dignité de l'homme en lui laissant le droit de rester libre, et en lui ménageant le pouvoir de se commander à lui-même, n'opposeraient souvent que de faibles barrières à des désirs immodérés et à des passions sans mesure. Ne craignons pas de le dire : si, dans les choses sur lesquelles nos sens peuvent exercer un empire tyrannique, l'usage de nos forces et de nos facultés neût été constamment réglé par des lois, il y a longtemps que le genre humain eût péri par les moyens mêmes qui lui ont été donnés pour se conserver et pour se reproduire. »

Le rôle du droit, autrement dit, est de défendre l'homme contre lui-même, contre sa propre liberté et ce qu'elle entraîne : il n'y a pas d'équivalent de la sociabilité naturelle -au sens de la nature physique- des espèces animales, dans l'espèce qui est la nôtre. La médiation du droit est absolument nécessaire pour que le mariage ordinaire des gens ordinaires puisse ressembler au mariage idéal : celui qui serait conforme à l'humanité considérée dans la seule dimension raisonnable, aimante et altruiste de la nature humaine.

### **CONCLUSION**

Ce retour en arrière vers une période qui est aujourd'hui mal connue des sociologues, permet de comprendre où s'enracinent en profondeur certains des débats les plus actuels. Car même si la révolution la plus évidente depuis cette période est l'avènement de *l'égalité des sexes*, nous

l'abordons souvent avec les outils conceptuels hérités d'un passé anciens. On a voulu ici clarifier deux questions distinctes, mais liées.

Tout d'abord, on a cherché à attirer l'attention sur les confusions très fréquentes que font nos contemporains sur la notion de nature. On ne s'y étendra pas davantage, sinon pour souligner que les sociologues et les psychologues ont tort de croire que faire preuve de « naturalisme » en matière familiale, ce serait de se référer au corps, au « biologique » comme on le dit aujourd'hui. C'est un contre sens complet sur les notions de *loi naturelle*, de *droit naturel*, ou *d'état de nature* qui sont le cœur du naturalisme : dans tous ces cas, la « nature humaine » universelle et intemporelle que l'on évoque en croyant la purifier de tout particularisme socio-historique, est tout autant psychique et mentale que physique. Elle l'est même davantage, comme le montrent les développements de Portalis où il nous parle non des corps ou de la sexualité reproductive, mais bien de la raison, de l'amour, du dévouement et du sens du devoir sur lesquels seraient censées reposer spontanément la solidarité familiale et sa durée. C'est pourquoi les sociologues durkheimiens ont toujours dit que ce qui s'oppose véritablement aux illusions d'un prétendu humain à l'état de nature, c'est *l'institution*, comme l'avait souligné Marcel Mauss il y a plus d'un siècle. Ces développements sont aujourd'hui peu compris. Bien des analystes nous parlent d'« individualisation » et de « désinstitutionnalisation » de la famille contemporaine. Ils ne semblent pas percevoir que la disqualification de la notion même d'institution est *toujours* le retour à une forme de naturalisme, de retour au roman de l'« acte naturel » même si les histoires que l'on raconte aujourd'hui sur le mariage « en soi » ou la famille « en soi » sont bien différentes de celle que racontait Portalis. On peut changer le contenu de l'histoire, redéfinir les ingrédients psychiques qui en sont la base, il n'en reste pas moins que la forme la plus courante du naturalisme moderne en matière familiale n'est pas le biologisme, c'est le psychologisme.

La seconde leçon que l'on peut tirer de ce retour en arrière vers l'entrée dans la modernité concerne une question devenue aujourd'hui centrale : celle du mariage de même sexe. On ne semble pas souvent s'aviser de l'avantage paradoxal que détiennent les pays de droit codifié pour aborder paisiblement la question d'un mariage civil de même sexe. Je parle d'un avantage « paradoxal » car ces pays sont souvent, comme la France, de tradition majoritairement catholique : on pourrait donc s'attendre à ce qu'ils soient beaucoup moins ouverts à une quelconque redéfinition du mariage (car c'est bien cela qui est en jeu) surtout si elle met en cause la condition de différence des sexes des époux, qui était jusqu'alors constitutive de l'institution

(comme le rappelle le sentiment d'évidence hilare qui accueille la définition de Lequino en 1791). En effet, comme l'a montré la polémique furieuse contre le divorce menée par l'Eglise catholique française au moment de la loi Naquet de 1884, on imagine beaucoup plus difficilement de redéfinir un *sacrement* qu'une institution matrimoniale que l'on considère, comme les pays de culture protestante, comme une *affaire humaine*, même si celle-ci est évidemment dotée d'une dimension religieuse à travers la bénédiction nuptiale.

Pourtant, ce qui renverse les choses est la distinction claire opérée par la France et les pays de tradition codifiée entre les deux mariages, les deux cérémonies civile et religieuse, dont nous avons retracé l'historique. Cette situation est un avantage au plan des passions politiques, car elle devrait permettre de discuter de l'opportunité de redéfinir le mariage civil *sans avoir à se prononcer du même mouvement sur le mariage religieux*, renvoyé à la seule autorité que se reconnaissent les différentes religions, la leur. On aperçoit mieux cet avantage potentiel en remarquant à quel point l'entrelacement du politique et du religieux, dans les pays qui n'ont qu'une cérémonie de mariage, rend très aiguë cette question.

Lors de la campagne présidentielle américaine de 2008, lorsqu'on interrogea le candidat Barack Obama sur la question de la légalisation du mariage de même sexe, il répondit qu'il y était opposé, bien qu'il soutienne activement les luttes des homosexuels pour l'égalité des droits. Contradiction ? Ce ne l'était pas pour Obama qui précisa ainsi sa position :

-premièrement, il n'était pas opposé au mariage gay parce qu'il refuserait aux homosexuels la légitimité d'une union instituée : au contraire, il était favorable à une « union civile ».

-deuxièmement, il ne soutenait pas la « proposition 8 » de l'Etat de Californie dont l'objet était de définir constitutionnellement le mariage comme « l'union d'un homme et d'une femme » : au contraire, il y était opposé.

Sur le site de campagne du candidat Obama il était précisé qu'il soutenait des unions civiles pleines et entières, qui « donnent aux couples de même sexe les droits légaux et les privilèges des couples mariés, y compris le droit d'assister l'autre en cas d'urgence, le droit à l'assurance santé du conjoint, l'accès aux droits sociaux, aux droits patrimoniaux et aux droits d'adoption qui sont ceux des mariés ».

Pourtant, Barack Obama a toujours précisé que, bien que favorable aux unions civiles, il était opposé au mariage gay. Dans un entretien accordé au Chicago Daily Tribune, il précisa sa position :

"Je suis chrétien. Aussi, et bien que j'essaie que mes croyances religieuses ne dominant pas et ne déterminent pas mes convictions politiques sur ce sujet, je crois fermement en cette tradition, conforme à ma propre foi, que le mariage est quelque chose de sanctifié (sanctified) entre un homme et une femme. »

La question que l'on se pose est alors la suivante : est-ce que ce que Barack Obama appelle « union civile » dans un pays où il n'y a, comme nous l'avons vu, qu'un « mariage » (à la fois civil et religieux), est au fond si différent de ce que nous appellerions « mariage civil » dans un pays qui a depuis si longtemps pris l'option de distinguer deux mariages, le civil et le religieux ? La question, en tout cas, mérite d'être posée.