



HAL
open science

L'obsession virginale: Le juge, le mariage et la religion

Vincente Fortier

► **To cite this version:**

Vincente Fortier. L'obsession virginale: Le juge, le mariage et la religion. Droit et religion en Europe. Etudes en l'honneur de Francis Messner, pp.111-129, 2014, Société, Droit et Religions. hal-02160765

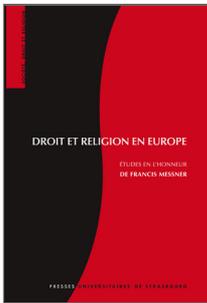
HAL Id: hal-02160765

<https://hal.science/hal-02160765>

Submitted on 15 Oct 2021

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

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



Philippe Auvergnon, Françoise Curtit, René de Quenaudon, Anne Fornerod, Vincente Fortier, Gérard Gonzalez, Céline Pauthier, Thierry Rambaud, Isabelle Riassetto, Michel Storck, Yves Strickler, Nadine Weibel, Jean-Paul Willaime, Anne-Laure Zwilling, Marc Aoun, Jean-Luc Hiebel, Rik Torfs, Jeanne-Marie Tuffery-Andrieu, Patrick Valdrini, Samim Akgönül, Brigitte Basdevant-Gaudemet, Michel Deneken, Silvio Ferrari, Franck Frégosi, Iván Carlos Ibán, Marcel Metzger, Pierre-Henri Prélot, Miguel Rodríguez Blanco, Balázs Schanda et Jean-Marie Woehrling

Droit et religion en Europe

Presses universitaires de Strasbourg

L'obsession virginale : le juge, le mariage et la religion

Vincente Fortier

DOI : 10.4000/books.pus.9453
Éditeur : Presses universitaires de Strasbourg
Lieu d'édition : Strasbourg
Année d'édition : 2014
Date de mise en ligne : 28 mai 2019
Collection : Société, droit et religion
EAN électronique : 9791034404445



<http://books.openedition.org>

Édition imprimée

Date de publication : 22 septembre 2014

Ce document vous est offert par Université de Strasbourg



Référence électronique

FORTIER, Vincente. *L'obsession virginale : le juge, le mariage et la religion* In : *Droit et religion en Europe* [en ligne]. Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 2014 (généré le 10 octobre 2021). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/pus/9453>>. ISBN : 9791034404445. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.pus.9453>.

L'obsession virginale : le juge, le mariage et la religion

VINCENTE FORTIER

Durant l'été 2008, une affaire au parfum sulfureux agita la France. Un ingénieur français, de confession musulmane, avait épousé, en France, le 8 juillet 2006, une jeune élève infirmière, de même confession. Le soir de la nuit de noces, l'épouse avoua à son mari une liaison antérieure, alors que cette femme « lui avait été présentée comme célibataire et chaste ». La jeune femme fut, dès lors, ramenée chez ses parents.

Le 26 juillet 2006, le mari demanda la nullité du mariage sur le fondement de l'article 180 alinéa 2 du Code civil, considérant qu'il avait été trompé sur les qualités essentielles de sa conjointe. L'article 180 dans son alinéa 2 dispose, en effet : « S'il y a eu erreur dans la personne ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage. »

Dans son assignation introductive d'instance, le mari soutenait que « la vie matrimoniale avait commencé par un mensonge lequel est contraire à la confiance réciproque entre époux pourtant essentielle dans le cadre de l'union conjugale ». Il rappelait, en outre, qu'il appartenait comme son épouse à une communauté où une tradition demeurait qui voulait que la femme dût rester vierge jusqu'à son mariage.

La jeune femme acquiesça à la demande en nullité fondée sur un mensonge relatif à sa virginité. Et le 1^{er} avril 2008, le Tribunal de grande instance de Lille fit droit à la demande du mari et annula le mariage¹.

1 TGI Lille, 1^{er} avril 2008, *JCP G.* 2008, II, 10122, note crit. G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP G* 2008, act. 439, « Libres propos » F. TERRÉ ; *JCP G* 2008, act. 440, « Libres propos » crit. Ph. MALAURIE ; *D.* 2008, p. 1389, note P. LABBÉE ; *RJPF* 2008, 7-8/10, chron. crit.

Ce jugement déclencha une tempête médiatique et politique et suscita un débat passionné, indigné parfois irrationnel : il révélerait *une dérive communautariste de notre justice* ; il porterait *atteinte à l'intimité et à la dignité des femmes* ; il *constituerait une fatwa* contre la liberté des femmes et une menace contre leur émancipation future ; il emporterait *une régression discriminatoire* du statut de la femme et une violation des droits fondamentaux de tout individu ; il *consacrerait la répudiation* dans notre droit²...

Le Ministre de la justice, Madame Dati, après avoir un moment défendu le jugement dans le but, disait-elle, de protéger la femme, a finalement cédé devant le tollé médiatique et la crispation populaire, et a demandé au Procureur général près la Cour d'appel de Douai de le frapper d'appel.

Le 17 novembre 2008, la Cour d'appel de Douai a rendu son arrêt³, aux termes duquel elle infirma la décision des premiers juges, rejetant donc la demande en annulation du mariage.

Et les deux époux, héros médiatiques malgré eux, de rester unis dans les liens d'un mariage⁴ dont l'un et l'autre voulaient obtenir, par la voie de l'annulation, l'effacement rétroactif.

Nous sommes donc en présence de deux décisions contradictoires sur la question de savoir si la virginité d'une épouse peut être considérée comme une qualité essentielle de celle-ci, décisions dont les motivations respectives peuvent être discutées tout comme, du reste, les solutions auxquelles elles parviennent.

Cette contradiction doit-elle nous surprendre ? À notre avis, pas vraiment : dans cette affaire comme dans d'autres où se heurtent le droit au mariage, l'ordre public, la religion (qui, bien que non évoquée dans la décision lilloise, constitue l'arrière-plan incontournable de l'affaire), et les sentiments (car c'est de mariage qu'il s'agit), la réponse ne saurait être manichéenne. Et c'est du reste réduire de façon caricaturale la solution des premiers juges, que de la traduire par cette idée simple selon laquelle « le Coran ne doit pas faire la loi en France ». De même, reprocher à cette décision de mener au communautarisme

F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *Dr. famille* 2008, repère 7, P. MURAT ; *Dr. famille* 2008, comm. 98, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

2 Voir notamment *Le Monde*, 30 et 31 mai 2008.

3 Cour d'appel Douai, 17 novembre 2008, *JCP G*, 2009, II, 10005 ; *Gaz. Pal.* 9 déc. 2008, n° 344, p. 7, note E. PIERROUX ; « Nullité pour erreur sur les qualités essentielles du conjoint : la leçon de droit de la Cour de Douai », *Lamy droit des personnes et de la famille*, 02-2009, chron. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ.

4 On notera ici que la cour d'appel ne les a pas remariés, comme cela a pu être écrit dans la presse. En réalité, constatant l'acquiescement de l'épouse à l'action en nullité, le tribunal de Lille avait ordonné l'exécution provisoire du jugement (demandée par l'épouse elle-même) et donc la mention en marge de l'état civil de la décision. Saisi en référé par le procureur de la République d'une demande de suspension de l'exécution provisoire, le premier président y a fait droit (CA Douai 19 juin 2008).

car il admettrait que le mariage des Français musulmans soit régi par le droit musulman (ce qu'évidemment le jugement n'a jamais dit), relève du fantasme.

Après la décision du Tribunal de grande instance de Lille, la passion fut si vive qu'il s'en est trouvé certains pour réclamer une réforme législative afin de faire disparaître les nullités du mariage. Car dans un droit qui se veut « moderne », il ne devrait y avoir que deux causes de disparition du mariage, le divorce et le décès⁵.

Et comme, en France, il convient de légiférer chaque fois qu'apparaît une difficulté sociale, le 4 août 2008, une proposition de loi a été déposée devant l'Assemblée Nationale visant à compléter l'article 180 de la façon suivante : « Ne peut être considérée comme une qualité essentielle de la personne tout élément dont la révélation porterait atteinte à la dignité de l'un des époux ».

Dans ce contexte pour le moins très agité, on mesure bien que la solution de la Cour d'appel de Douai répond à d'évidentes raisons d'opportunité. Cet arrêt est en phase avec l'opinion majoritaire mais il n'est pas que cela.

Il invite, tout comme le jugement qui l'a précédé, à s'interroger sur la singularité du mariage, à réfléchir à sa dimension politique, qui autorise le juge à exercer un contrôle de ce qui demeure une institution, malgré son caractère éminemment privé. Car, à travers l'examen de la question de droit qui était posée aux différents magistrats et des motifs qui fondent sa solution, se dessinent les contours du mariage.

Au-delà de cette discussion, cette affaire « de virginité » pose la question de la légitimité d'une demande, formulée devant les tribunaux étatiques, fondée sur une religion, une culture, des traditions et au titre desquelles seraient exigés un affranchissement des valeurs communément admises dans une société et une reconnaissance de celles portées par une minorité. En d'autres termes, quelle est la capacité du droit à entendre et satisfaire la différence culturelle et/ou religieuse revendiquée à titre personnel ou par une communauté particulière de citoyens ?

Le débat ouvert par les deux décisions examinées illustre de façon exemplaire les conflits de valeurs qui peuvent surgir dans la société contemporaine où coexistent différentes conceptions du bien commun et de la justice au sein d'un même espace, où cohabitent sans toujours se rencontrer plusieurs systèmes de valeurs. Le juge doit alors penser un monde pluriel, procéder à des ajustements pour assurer « l'être-ensemble » sans pour autant renoncer aux principes et valeurs auxquels adhèrent la majorité des citoyens.

La réflexion suscitée par et autour de l'affaire étudiée s'inscrit certes et au premier chef dans le juridique mais également et inséparablement dans un autre système de références normatives dont les solutions prétendent tirer leur légitimité. François Ost et Michel van de Kerchove ont pu écrire que la validité d'une

5 Comme l'observe Ph. MALAURIE, « Mensonge sur la virginité et nullité du mariage », *Libres propos*, précité.

norme ou d'un acte juridique s'établit en référence à trois critères distincts qui sont comme trois catégories transcendantales permettant de saisir l'expérience juridique: la validité formelle (relative à un ordre juridique donné), la validité empirique (relative aux comportements des autorités et des sujets de droit), la validité axiologique (relative à des valeurs méta positivistes)⁶.

Suivant le schéma proposé par F. Ost et M. van de Kerchove, nous nous proposons d'analyser les solutions rendues dans l'affaire de la virginité à l'aune de leur validité formelle, associée à la légalité, de leur validité empirique associée à l'effectivité et de leur validité axiologique associée à la légitimité, tout en gardant à l'esprit que « ces trois dimensions de la validité (légalité, effectivité et légitimité) interagissent et qu'il est impossible de rendre compte de l'une d'entre elles sans prendre nécessairement en compte le jeu des deux autres⁷ ».

I. LA VALIDITÉ FORMELLE ASSOCIÉE À LA LÉGALITÉ

Comme l'indiquent F. Ost et M. van de Kerchove, la validité, ici, s'entend de l'appartenance d'une norme juridique à un système juridique; il y va de la conformité d'une norme juridique aux critères imposés par le système en question⁸.

Principalement, dans notre étude, deux fondements juridiques doivent être examinés: d'une part, l'article 180 alinéa 2 du Code civil, qui suppose du juge une interprétation pour déterminer quelles sont les qualités essentielles de l'époux; d'autre part, l'ordre public, car le mariage, cette union légitime d'un homme et d'une femme en vue de vivre en commun et de fonder un foyer⁹, est certes un acte privé, mais également une institution.

1. L'article 180 alinéa 2 du Code civil

Le premier fondement juridique à considérer est bien évidemment l'article 180 alinéa 2 du Code civil, visant l'erreur sur les qualités essentielles de l'époux comme cause de nullité du mariage et dont l'interprétation se posait justement dans l'affaire considérée.

La première question porte, tout naturellement, sur la détermination des qualités essentielles attendues d'un époux et à propos desquelles l'autre conjoint

6 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p. 270 et s.

7 *Ibidem*, p. 277.

8 *Ibidem*, p. 272.

9 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, Quadrige, 2002, Mot *Mariage*.

prétendrait avoir été trompé. Dans le prolongement de cette première question, la seconde interrogation conduit à se demander si la religion d'un époux peut constituer un critère déterminant de son consentement à mariage et, le cas échéant, permettre d'accueillir une erreur sur les qualités essentielles.

a. La détermination des qualités essentielles

L'article 180, dans sa version initiale (1804) ne visait que l'erreur dans la personne. Dès lors, trois interprétations, au moins en théorie, étaient possibles de cet article.

Selon la première, très restrictive, l'erreur ne s'entendait que de celle portant sur l'identité physique de la personne. Hypothèse d'école, on en conviendra sans difficulté!

La deuxième interprétation permettait d'admettre l'erreur lorsqu'elle portait sur l'identité civile du conjoint, celui-ci, en d'autres termes, n'appartenant pas à la famille que l'on croyait, même si physiquement, il était la bonne personne.

Enfin, une interprétation plus large pouvait être envisagée consistant à admettre la nullité du mariage dès lors qu'il y avait erreur sur les qualités substantielles de la personne, son honorabilité, sa fortune, sa religion, par exemple. Entre ces trois interprétations possibles, la Cour de cassation, par un célèbre arrêt des Chambres réunies de 1862¹⁰, trancha en faveur d'une prise en compte de la seule erreur sur l'identité physique ou civile de la personne. La solution de cet arrêt doit être replacée dans le contexte du XIX^e siècle. Le divorce était alors interdit et le seul moyen de sortir des liens conjugaux était de demander la nullité du mariage. Ceci expliquait la position assez restrictive de la Cour de cassation. Cependant, une jurisprudence dissidente des juges du fond se développa, selon laquelle était, par exemple, admise l'erreur sur le passé criminel du conjoint, sur les troubles mentaux, sur l'incapacité aux relations sexuelles. C'est, du reste, cette jurisprudence qui, finalement, fut consacrée par le législateur. La loi du 11 juillet 1975, mettant un terme à la jurisprudence Berthon de 1862, permit de prendre en compte les erreurs sur les qualités essentielles de la personne.

Mais, en l'absence de toute énumération légale, le débat rebondit : quelles doivent être, en effet, ces fameuses qualités essentielles? Le Doyen Carbonnier écrivait à ce propos que « les difficultés se reportent sur ce qui est essentiel. Dans une interprétation objective, on recherchera ce qui est *in abstracto* de l'essence du mariage. Il existe un minimum physiologique, qui est détruit par l'impuissance sexuelle, mais non point par la stérilité; un minimum psychologique où il faut faire entrer l'intégrité des facultés mentales. On hésitera davantage à exiger un minimum moral ou social, des conditions d'honnêteté ou d'honorabilité qui

10 Cour de cassation, Chambres réunies, 24 avril 1862, *DP* 1862, 1,153.

seraient essentielles à tout mariage ». Envisageant l'influence possible du droit des contrats favorable à une interprétation plus subjective, il ajoutait :

Le rapprochement pourrait conduire à examiner, dans chaque espèce, les circonstances de l'union, la personnalité des époux et à retenir parfois comme essentielle au projet concret de mariage telle qualité qui ne l'aurait point été dans la moyenne des cas : ex : l'appartenance religieuse, l'absence de divorce antérieur, l'absence de descendance naturelle. Mais on ne saurait pousser trop loin dans cette voie¹¹.

C'est dire que deux interprétations de ces qualités essentielles sont possibles : la première, **objective**, conduit à rechercher *in abstracto*, ce qui est *de l'essence du mariage*¹². C'est dans cette perspective que s'inscrit l'arrêt de la Cour d'appel de Douai. En effet, selon les juges,

En toute hypothèse le mensonge qui ne porte pas sur une qualité essentielle n'est pas un fondement valide pour l'annulation d'un mariage. Tel est particulièrement le cas, quand le mensonge prétendu aurait porté sur la vie sentimentale passée de la future épouse et sur sa virginité, qui n'est pas une qualité essentielle en ce que son absence n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale.

Par la formule « la virginité n'est pas une qualité essentielle », la cour exclut non seulement que la virginité puisse être considérée comme une qualité objectivement essentielle au regard du mariage (ce dont on conviendra) mais également qu'elle puisse être prise en considération en tant que qualité subjectivement essentielle (alors même qu'elle peut l'être au regard du conjoint ou de sa religion). En fait, elle demeure neutre au regard de la validité du mariage parce que, finalement ce n'est pas aux conjoints qu'il appartient de déterminer ce qui est essentiel ou pas dans un mariage¹³.

Pour justifier leur décision, les juges de la Cour d'appel de Douai ne se référent pas au caractère non objectivement essentiel de cette qualité qu'est la virginité mais soulignent que le défaut de virginité « n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale ». On s'oriente, alors, vers un critère tiré de la conception légale du mariage telle que déterminée par les articles 212 et suivants du Code civil. L'objet du mariage étant d'instaurer une communauté de vie, qui réponde aux devoirs de respect (depuis la loi du 4 avril 2006), de fidélité, de secours et d'assistance, sont dès lors essentielles les qualités nécessaires à l'accomplissement de cet objet et sans lesquelles une vie commune ne paraît guère envisageable.

La seconde interprétation possible de l'article 180 alinéa 2 du Code civil est **subjective**, par référence à la cause impulsive et déterminante dans les contrats

11 J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, PUF, Quadrige, vol. 1, 1^{re} éd., 2004, p. 1172-1173.

12 Selon l'expression de L. LEVENEUR, *Leçons de droit civil, La famille*, Montchrestien, 7^e édition, 1995, n° 736.

13 V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le mariage décidément toujours institution d'ordre public et la virginité jamais une qualité essentielle », *Dr. famille*, n° 12, décembre 2008, comm. 167.

et conduit à prendre en considération cette fois *in concreto*, les qualités ayant déterminé une partie à contracter une union.

Car il paraît difficile de ne s'en tenir qu'à une appréciation objective, purement abstraite avec pour seule référence ce qui pour n'importe quel futur époux serait une qualité essentielle. Et d'ailleurs, comment en dresser la liste? En réalité, dans l'immense majorité des cas, les tribunaux combinent appréciation objective (l'essence du mariage dans l'opinion commune) et appréciation plus subjective (il est nécessaire de démontrer pour l'époux invoquant l'erreur que, sans celle-ci, il ne se serait pas marié).

En rappelant que « l'erreur sur les qualités essentielles du conjoint suppose non seulement de démontrer que le demandeur a conclu le mariage *sous l'empire d'une erreur objective mais également qu'une telle erreur était déterminante de son consentement* », les juges du Tribunal de grande instance de Lille s'inscrivent dans ce courant d'interprétation des qualités essentielles qui mêle, au moins en principe, l'objectif et le subjectif. Car, en réalité, le tribunal relègue au second plan l'appréciation objective des qualités essentielles, privilégiant une approche exclusivement subjective de celles-ci. En effet, selon les juges, on peut déduire de l'acquiescement de la femme à la demande en nullité que la virginité avait bien été perçue par elle comme une qualité essentielle déterminante du consentement de son époux au mariage projeté.

b. L'incidence de la religion dans l'appréciation des qualités essentielles

Bien qu'aucune référence explicite à la religion n'apparaisse dans les décisions évoquées, il n'en demeure pas moins que c'est elle qui justifie la demande formulée par l'époux. Il faut alors se demander si les convictions religieuses peuvent constituer un critère déterminant du consentement à mariage. Et, partant, si elles peuvent fonder une interprétation subjective de l'erreur sur les qualités essentielles.

C'est la Cour de Colmar qui, la première, en 1811¹⁴, retient le critère religieux comme une qualité essentielle de la personne du conjoint pour annuler un mariage : il s'agissait d'un homme qui avait caché à sa femme sa qualité de religieux non prêtre. La décision est certes ancienne, mais pas isolée.

Le Tribunal civil de Bordeaux en 1924¹⁵, le Tribunal civil de la Seine en 1951¹⁶, le Tribunal de grande instance de Basse-Terre en 1973¹⁷ considèrent que le fait pour un époux d'ignorer que son conjoint se trouvait précédemment

14 Cour impériale Colmar, 6 décembre 1811, *Journal du Palais*, 1811, p. 759.

15 Trib. civ. Bordeaux, 9 juin 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, 2, p. 201.

16 Trib. civ. Seine, 4 avril 1951, *JCP* 1953, II, 7408, note J.M.; *RTD Civ.*, 1953, p. 317, obs. G. LAGARDE.

17 TGI Basse-Terre, 25 octobre 1973, *D.* 1974, somm. com. p. 44.

à son mariage dans les liens d'un mariage religieux, est une erreur sur les qualités substantielles de la personnalité civile du conjoint et entraîne la nullité du mariage surtout lorsque la victime de l'erreur nourrit des sentiments religieux profonds. Ces décisions relèvent que « de telles unions représentent aux yeux du conjoint catholique "un adultère continué", que la femme ne peut vivre en état d'adultère et n'être que la concubine d'un homme demeurant dans les liens d'une précédente union ».

En 1981, le Tribunal de grande instance du Mans¹⁸ jugea qu'une femme d'un milieu profondément religieux, en se mariant, estimait essentiel de trouver chez son conjoint la même volonté d'une union sérieuse et durable, telle qu'elle est définie par l'église catholique. Or elle avait épousé un homme qui avait une liaison à laquelle il n'avait jamais eu l'intention de mettre fin. Du reste, il s'en était allé avec sa maîtresse trois mois après le mariage.

Plus curieuse est cette affaire dans laquelle l'épouse présentait une demande en annulation de son mariage, 17 ans après sa célébration. Elle venait d'apprendre par une confidence de sa belle-sœur que son mari n'était pas veuf mais divorcé. Selon les juges du Tribunal de grande instance de Paris¹⁹,

Il n'apparaît pas douteux compte tenu des convictions religieuses qui étaient celles de la future épouse, que celle-ci n'eut pas envisagé d'épouser S., si elle avait été informée de son passé conjugal; qu'elle n'ignorait pas en effet que selon l'enseignement traditionnel et toujours en vigueur dans l'église catholique, le mariage religieux est indissoluble et que, catholique convaincue, elle se serait abstenue d'épouser un homme qui, au regard de la foi dont elle se réclamait, se trouvait encore marié.

Et dès lors, parce que pour cette épouse la qualité de non divorcé du futur conjoint fut déterminante de son consentement à convoler 17 ans auparavant, le tribunal de grande instance fit droit à sa demande d'annulation²⁰.

Dans le même sens et cela également plusieurs années après le mariage, la Cour d'appel d'Angers le 5 décembre 1994²¹ considéra que:

Le fait pour l'époux d'avoir caché à son épouse qu'il avait contracté un premier mariage religieux et qu'il était divorcé, a entraîné pour son conjoint une erreur sur

18 TGI Le Mans, 7 décembre 1981, *JCP G*, 1986, II, 20573, note J. J. LEMOULAND.

19 TGI Paris, 5 janvier 1982, *RTD Civ.* 1983, p. 523.

20 Il faut préciser que l'article 181 du Code civil dans sa rédaction applicable à l'espèce disposait: « La demande en nullité n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue ».

Désormais, l'article 181 est ainsi rédigé: « La demande en nullité n'est plus recevable à l'issue d'un délai de cinq ans à compter du mariage ». Cet article a subi deux modifications très proches dans le temps. La loi du 4 avril 2006 supprima la condition de cohabitation mais maintint « ou depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue ». Ce dernier membre de phrase a été supprimé par la loi du 17 juin 2008.

21 Cour d'appel Angers, 5 décembre 1994, *Jurisdata* n° 055583.

les qualités substantielles de la personne, puisque la femme désirant contracter un mariage religieux, entendait *ipso facto* épouser un non divorcé, cette circonstance étant déterminante de son consentement.

Cette décision fut frappée d'un pourvoi en cassation par le mari qui reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas procédé à une appréciation *in abstracto* des qualités essentielles; autrement dit et selon lui, il aurait fallu se demander si la qualité visée (à savoir celle de non divorcé), était déterminante pour un époux « moyen ». La Cour de cassation le 2 décembre 1997²² rejeta le pourvoi.

La haute juridiction, dans une décision récente²³, admet la possibilité de recourir à une analyse plus subjective des qualités essentielles. L'affaire nous semble assez proche de celle concernant la virginité. Il s'agissait en l'espèce d'une jeune épousée qui, le soir même de son mariage, avait reçu par téléphone les confidences d'une femme disant entretenir une liaison avec son mari depuis 7 ans et qu'il s'était engagé pour le futur avec elle. L'épouse considérant qu'elle avait été trompée sur les qualités essentielles de son mari qu'elle n'aurait pas épousé si elle avait su qu'il avait eu une liaison, en l'absence de toute certitude sur la rupture de celle-ci et s'il ne lui avait pas laissé croire qu'il avait des convictions religieuses profondes, demanda la nullité de son mariage.

La Cour d'appel de Paris²⁴ (comme du reste le tribunal de grande instance avant elle), décida que :

En l'état actuel des mœurs, le fait pour l'époux d'avoir entretenu des relations intimes avant son mariage ne révèle pas un défaut de sincérité de ses sentiments vis-à-vis de sa femme; que l'absence de confiance du futur époux à cet égard ne peut pas plus être interprété comme la volonté de tromper Nathalie sur ses qualités essentielles; que, quelles que soient les convictions religieuses et l'éducation morale stricte qu'elle a reçues, elle ne rapporte pas la preuve qu'elle n'aurait pas contracté mariage si elle avait eu connaissance de la liaison passée de son mari dans la mesure où ses aspirations à une union durable n'étaient nullement mises à mal par cette circonstance.

Le pourvoi de la femme formé contre cette décision soutenait que l'erreur sur les qualités essentielles de la personne ne saurait s'apprécier de façon purement abstraite sans considération pour les convictions religieuses ou philosophiques qui ont pu déterminer le consentement de l'autre partie. Selon le pourvoi, il fallait rechercher si, au regard des convictions religieuses très ancrées de l'épouse, apparemment partagées par son mari et communes à tout leur environnement social, cette liaison adultérine cachée à l'épouse n'avait pas pu caractériser une erreur.

22 Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 2 décembre 1997, *Dr. famille*, 1998.35, note H. L.; *RTD Civ.* 1998 p. 659, note J. HAUSER.

23 Cour de cassation, 13 décembre 2005, *Dr. famille*, 2006, comm. 22, V. LARRIBAU-TERNEYRE.

24 Cour d'appel Paris 20 décembre 2001, *Jurisdata* 2001-162552.

Même si elle rejette le pourvoi, la Cour de cassation ne conteste pas que l'erreur sur les qualités essentielles de la personne s'apprécie subjectivement. Elle retient que la cour d'appel s'est bien livrée à la recherche prétendument omise. Elle relève, toutefois, que si l'époux reconnaissait avoir entretenu avant son mariage des relations avec une femme, il n'était pas démontré qu'il ait eu l'intention de poursuivre cette liaison après son mariage. Pour la haute juridiction, la cour d'appel a pu « souverainement estimer » que les convictions religieuses de l'épouse ne permettaient pas d'établir que celle-ci n'aurait pas contracté mariage si elle avait eu connaissance de cette liaison passée, dès lors que les aspirations du mari à une union durable n'étaient pas mises à mal par cette circonstance.

Enfin, on ajoutera à cet éventail de décisions celle rendue par la Cour d'Aix-en-Provence le 15 novembre 2005²⁵, dont personne ne s'est ému. Les deux époux étaient musulmans et selon leur religion, le mariage civil doit obligatoirement être suivi du mariage religieux qui marque le moment où les époux pourront cohabiter et où le mariage pourra être consommé. L'épouse demandait la nullité de son mariage pour refus de son époux de se soumettre au mariage religieux. La cour d'appel, tout comme les premiers juges²⁶, considère que « le consentement au mariage s'entend du consentement donné pour la totalité des cérémonies, tant civiles que religieuses et que le refus d'un des époux de se soumettre au mariage religieux constitue pour l'autre une erreur sur les qualités essentielles ». On notera que la cour d'appel alloue à la femme 5 000 € de dommages-intérêts estimant que le refus du mari de poursuivre les cérémonies du mariage jusqu'à leur terme causait incontestablement à son épouse un préjudice moral.

Il faut tout de même préciser que les tribunaux exigent que le demandeur à l'action en nullité démontre que pour lui-même les préceptes religieux sont essentiels, que les convictions religieuses furent déterminantes dans le consentement au mariage.

Dès lors, l'appréciation subjective des qualités essentielles qui a prévalu dans le jugement de Lille du 1^{er} avril 2008, semble s'inscrire dans un courant jurisprudentiel assez bien établi. Cette interprétation exclusivement subjective à laquelle se livrent les juges de première instance a, selon certains, pour effet de ne pas généraliser la solution, en la circonscrivant à l'espèce²⁷. En outre, comme nous avons pu en rendre compte, il apparaît que le critère religieux, dans la détermination des qualités essentielles d'un époux, est loin d'être exclu par la jurisprudence civile. Dès lors, du point de vue de sa validité formelle, la solution privilégiée par les premiers juges est fondée.

25 Cour d'appel Aix-en-Provence, 15 novembre 2005, *Dr. famille*, 2006, comm. 80, V. LARRIBAU-TERNEYRE.

26 TGI Aix-en-Provence, 11 octobre 2004.

27 Cl. BERNARD-XEMARD, « L'hymen jeté sur la place publique », *Lamy droit des personnes et de la famille*, Chronique, juillet 2008.

2. L'ordre public et le mariage

Selon la Cour d'appel de Douai,

L'action ainsi présentée et le jugement rendu, qui sont susceptibles de mettre en jeu les principes de respect de la vie privée, de liberté du mariage, de prohibition de toute discrimination entre les hommes et les femmes, relèvent du droit des personnes dont les parties n'ont pas la libre disposition et de l'ordre public; l'appréciation des qualités essentielles au sens de l'article 180 alinéa 2 du Code civil relève également du contrôle de l'ordre public dès lors qu'elle ne peut être laissée à la libre disposition des parties.

La cour d'appel estime que, malgré le caractère privé de l'espèce, la puissance publique est fondée à donner son avis sur les qualités essentielles litigieuses. C'est la considération de l'ordre public qui va, d'une part, justifier la recevabilité de l'appel du ministère public et, d'autre part, le refus opposé par la cour d'appel à la nullité du mariage pour erreur du mari sur la virginité de son épouse.

Même si la motivation des juges est moyennement convaincante²⁸, ce qui importe c'est ce rappel selon lequel le juge doit garder sous contrôle l'institution du mariage y compris en matière de vice du consentement.

Cela nous amène à nous interroger sur la singularité du mariage. « Voilà un contrat dont on annonçait qu'il était, sous l'effet conjugué des réformes législatives et de l'évolution des mœurs, entièrement conquis par le consensualisme, mais qui, en réalité, est toujours et encore bordé par l'ordre public!²⁹ » Les juristes se sont longtemps interrogés sur le point de savoir si le mariage représente un contrat ou une institution. Le caractère institutionnel du mariage renvoie à une situation juridique qui échappe aux volontés particulières et dont les règles sont fixées à l'avance par le législateur. Pour la plupart des auteurs, aujourd'hui, le mariage est un acte juridique de nature complexe, à la fois contrat et institution : contrat lorsque l'on désigne l'accord de volontés qui le crée (Pothier ne disait-il pas qu'il est le plus ancien et le plus excellent de tous les contrats³⁰), institution lorsque l'on considère le statut qui en résulte. Or,

28 « L'argument selon lequel la virginité n'est pas une qualité essentielle "en ce qu'elle n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale" laisse perplexe. C'est d'abord un argument décevant, parce que la cour de Douai avait brandi l'étendard de l'ordre public et qu'on attendait peut-être une démonstration de la raison pour laquelle il serait contraire à l'ordre public de considérer la virginité comme une qualité subjectivement essentielle. Or cette explication est évitée. C'est un argument ambigu, ensuite car on peut se demander ce que signifie "incidence sur la vie matrimoniale" ». (V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le mariage décidément toujours une situation d'ordre public... », précité.)

29 J.-Cl. BARDOUT, « De la persistance de l'ordre public en matière d'annulation du mariage : regain d'intérêt pour un mode de dissolution judiciaire qui n'appartient pas qu'aux époux », *Actualité juridique Famille*, 2008, p. 339.

30 *Œuvres* de POTHIER, Tome septième, nouvelle édition publiée par M. SIFFREIN, Pothier Robert Joseph (1699-1772), Paris (Videcoq), 1821-1824, spécialement p. 188 et 194.

Du mariage à trois (le mari, la femme, l'État), on était passé au mariage à deux (qui se dissout par consentement mutuel et même par séparation de fait d'une durée de deux ans depuis la loi du 26 mai 2004), tandis que la loi de 2002 sur l'autorité parentale semblait avoir définitivement fait passer tout ce qui dans le mariage était sacré (la protection d'une famille dans l'intérêt des enfants) du côté de l'autorité parentale (les obligations respectives des parents s'imposant indépendamment du statut conjugal et survivant même à la séparation, instaurant une nouvelle forme d'indissolubilité, celle du couple parental)³¹.

Le jugement de Lille, du reste, s'inscrit dans ce courant de contractualisation du mariage dont certains auteurs ont dénoncé *les effets dévastateurs*³².

Et pourtant, en dépit du consensualisme conquérant, le mariage, nous rappelle la Cour de Douai, reste encore régi par des règles d'ordre public. Cet ordre public est constitué par l'ensemble des principes, écrits ou non, qui sont, au moment où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée mais aussi des lois étrangères et des actes des autorités étrangères³³. Au titre de ces principes généraux, il y a ceux qui gouvernent les relations entre hommes et femmes : le droit au mariage, l'égalité des époux, la dignité des personnes. Comme le fait justement remarquer le conseiller Bardout, les règles générales régissant l'annulation des contrats et celles particulières posées par l'article 180 du Code civil en matière de mariage, doivent être interprétées au regard de l'évolution des mœurs. Ces mœurs apparaissent constitutives de l'ordre public auquel ni le mariage, ni sa dissolution ne peuvent contrevenir, malgré l'évolution consensualiste. À la question de savoir si un engagement contractuel de virginité peut recevoir la sanction du droit, trois réponses sont possibles :

Certains soutiennent que la virginité est une condition légitime mise par leur foi ou leurs convictions personnelles à la validité d'un mariage ; on peut à l'inverse prétendre que la condition de virginité est attentatoire à la dignité des femmes et contraire au droit au mariage. On peut dire encore, solution de compromis, qu'une telle condition formulée dans l'intimité d'un couple n'a de légitimité que dans cette intimité et au regard de croyances ou convictions personnelles mais qu'elle ne peut recevoir de sanction que privée ou religieuse. Que la condition de virginité ne pourra jamais recevoir ni force de loi, ni valeur juridique, encore moins fonder une sanction telle que l'annulation du mariage devant un tribunal.

En faisant prévaloir l'ordre public, qui fonde la validité formelle de sa solution, la Cour d'appel de Douai a choisi : ainsi que l'écrit le conseiller Bardout,

31 J.-Cl. BARDOUT, « De la persistance de l'ordre public en matière d'annulation du mariage... », précité.

32 J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *D.* 2008, p. 1786.

33 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, Quadrige, 2002, mot *Ordre public*.

l'État ne peut donner force de loi à un engagement contraire aux principes généraux qui, dans notre société et notre temps, gouvernent les relations entre hommes et femmes.

Nous mesurons dès lors les enjeux indissociables attachés à ces deux décisions : d'une part, un enjeu juridique qui tient aux bouleversements touchant le droit de la famille et qui oppose les tenants d'une plus grande privatisation de la famille et les partisans d'un droit garant du caractère institutionnel du droit familial. D'autre part, un enjeu sociétal porté par la question religieuse ou communautariste qui traverse en zébrure l'affaire étudiée, obligeant à dépasser le seul champ du droit positif.

II. LA VALIDITÉ EMPIRIQUE, ASSOCIÉE À L'EFFECTIVITÉ

Ici, la validité s'entend de la correspondance entre la norme et le comportement de ses deux catégories de destinataires : les autorités chargées d'en assurer l'application (les destinataires « secondaires ») et les assujettis qui doivent y conformer leur comportement (les destinataires « primaires »). Une norme valide, en ce deuxième sens, est une norme qui oriente la pratique des sujets de droits³⁴.

En d'autres termes, est juste ce qui est approuvé par la majorité de l'opinion publique.

Rapporté à notre affaire, le critère de validité empirique peut signifier que la qualité essentielle, sans être pour autant totalement objective, est la qualité « sociologiquement » essentielle³⁵. Elle est alors appréciée à un certain moment de la société et mise en correspondance avec ce que représente l'institution du mariage. Dès lors, pour être essentielle, la qualité doit l'être certes aux yeux de l'époux trompé (qualité donc subjectivement essentielle), mais également et surtout aux yeux de la société. Il semble bien que les réactions suscitées par le jugement de Lille confirment une telle analyse : si la liberté de la femme sur son corps est un argument avancé contre cette décision, il n'est pas le seul ; la virginité de la femme n'apparaît plus comme une qualité essentielle dans l'opinion commune, elle ne paraît pas aujourd'hui une qualité objectivement essentielle au regard du mariage républicain, laïc, même si elle l'est pour l'époux au nom de sa religion.

Cependant, cette analyse peut être battue en brèche par la position jurisprudentielle à l'égard de la qualité de non divorcé, invoquée par les catholiques pratiquants au soutien d'une demande en annulation du mariage. En effet, nul ne peut soutenir et cela depuis de nombreuses années, que le fait d'être divorcé soulève encore l'opprobre dans une société française où presque un couple sur

34 Fr. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 272.

35 Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, n° 183.

deux divorce. Et donc « sociologiquement », la qualité de non divorcé n'est pas une qualité essentielle, elle n'est pas de l'essence du mariage. Certaines des décisions ayant admis l'erreur sur la qualité de divorcé relèvent que « le caractère déterminant de son erreur est d'autant plus crédible que l'attachement au principe de l'indissolubilité du mariage consacré religieusement est encore communément partagé par nombre de catholiques pratiquants ».

Est-ce cette référence à une communauté de croyants pratiquants qui rend la qualité de non divorcé « sociologiquement » essentielle? Le doute est permis lorsqu'on examine les dernières études de l'INSEE³⁶: la probabilité d'assister aux services religieux, deux fois par mois, et donc d'être pratiquant est de 4 % chez les catholiques hommes et de 8 % pour les femmes catholiques, pourtant largement majoritaires en France.

Comme l'écrivent Jacques Lenoble et Philippe Coppens³⁷,

Les cultures existantes définissent les singularités de nos sociétés et se caractérisent notamment par les différentes représentations qu'elles ont des exigences d'organisation de la vie collective et de la nature des rapports sociaux. La norme par elle-même ne commande pas laquelle de ces représentations culturelles en conflit au sein de la communauté sera sélectionnée au moment de l'application effective de la norme. Il faut donc insister sur le fait que toute application d'une norme pré-suppose non seulement un moment formel de choix des contraintes normatives jugées acceptables, mais aussi une opération de sélection des possibles effectifs en fonction d'une perception de la forme de vie effectivement acceptée au sein de la communauté concernée.

Or, selon la conscience populaire, la virginité de la femme n'est pas une qualité essentielle car il lui semble qu'il n'est pas très difficile d'être heureux avec une femme qui n'était pas vierge lors du mariage, contrairement à la vie avec un mari impuissant³⁸ ou un époux aliéné³⁹. Ce qui dans un mariage constitue les qualités essentielles de la personne, celles qui sont nécessaires pour avoir une vie matrimoniale, dépend de la conscience populaire de la Nation, conscience qui est enracinée dans l'Histoire et évolue avec elle⁴⁰.

36 A. RÉGNIER et F. PRIoux, « La pratique religieuse influence-t-elle les comportements familiaux? », *Population et sociétés*, n° 447, juillet/août 2008.

37 « Les enjeux d'une question: théorie du droit et de l'État, théorie de la norme et procéduralisation contextuelle », in J. LENOBLE et Ph. COPPENS, (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, 2000, p. 19.

38 Cour d'appel Paris, 26 mars 1982, *Jurisdata* n° 1982-600934; *Défrenois* 1982, n° 54, p. 1240, obs. J. MASSIP.

39 TGI Vesoul, 28 novembre 1989, *D.* 1990, jurispr. p. 590, note C. PHILIPPE; *RTD Civ.* 1991, p. 98, obs. J. HAUSER.

40 Ph. MALAURIE, « Rejet de l'annulation du mariage pour mensonge sur la virginité », note sous CA Douai, 17 novembre 2008, *JCP éd. G.*, 2009, II, 10005; également du même auteur, « Mensonge sur la virginité et nullité de mariage », précité.

Nous apercevons par là même que :

Le moment du droit n'épuise pas lui-même les conditions de sa propre application. Il présuppose toujours, au titre des conditions de son application, un « en deçà » et un « au-delà » de la norme. Il est ainsi renvoyé, non pas à des préférences individuelles, mais au contraire, au moment d'une perception de notre destinée commune, à la perception d'une forme de vie⁴¹.

Et c'est cet « au-delà » de la norme qui est apparu comme insupportable à l'opinion publique, considérant que « la forme de vie » proposée par la solution des premiers juges à travers la prise en compte de la virginité de la femme en tant que qualité essentielle, n'était pas acceptable.

Nous conviendrons, alors, avec F. Ost et M. van de Kerchove, qu'à côté de l'effectivité matérielle d'une norme, se développe une effectivité symbolique non moins importante. Le droit apparaît ainsi dans toutes ses dimensions : humaine, sociale, politique. Ses règles et ses décisions doivent, donc, pour être appréciées, être confrontées à d'autres impératifs, d'autres valeurs que les préceptes techniques et les règles abstraites qui le charpentent ainsi qu'aux résultats concrets auxquels conduit sa mise en œuvre⁴². Ce qui nous rapproche du troisième pôle de validité de la norme, sa validité axiologique.

III. LA VALIDITÉ AXIOLOGIQUE ASSOCIÉE À LA LÉGITIMITÉ

Ici la validité s'entend de la conformité de la norme juridique à des règles, valeurs ou idéaux méta-positifs (...). Cette légitimité peut être conçue de façon moniste ou pluraliste ; ou bien la norme est rapportée à un étalon unique et suprême : telle théorie du droit naturel, par exemple privilégiant telle valeur suprême, ou alors, la légitimité de la norme est appréciée de façon diffuse, à la « bourse des valeurs » que forme l'ensemble des autres systèmes normatifs en présence⁴³.

Le rapport aux valeurs dans l'acte de juger⁴⁴ est complexe et ouvre la voie à un questionnement multiple : ainsi, dans le choix des valeurs qui sous-tendent la décision, quelle est la liberté laissée au juge ? Lorsque l'adhésion du groupe social à certaines valeurs collectives est forte, sa marge de manœuvre s'en trouve-t-elle réduite ?

Lorsque le juge statue essentiellement en fait (car seule l'interprétation des faits permet de décider de l'issue du litige) ou lorsque la loi n'offre pour toute

41 J. LENOBLE et Ph. COPPENS, *op. cit.*

42 F. ROME, « La mariée avait un vice caché », *D.* 2008, p. 1465.

43 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit, op. cit.*, p. 274.

44 Sur ce thème, voir V. FORTIER (dir.), *Le juge, gardien des valeurs ?*, CNRS Éditions, coll. « Droit », 2007.

boussole que des notions floues (l'interprète du texte n'y trouvant pas « d'étalon de reconnaissance ou de mesure des mérites ou démérites des justiciables »), il lui faut alors se tourner vers un système de valeurs dont la fonction est justement de réguler le choix, d'indiquer le bon choix, de décider. Mais les valeurs sont plurielles, hétérogènes, variables. Et lorsque se multiplient les systèmes normatifs de référence (ici, le droit certes, mais aussi les prescriptions religieuses, ou les normes traditionnelles), la réponse se complexifie.

La question essentielle qui se pose lorsque les juges sont amenés à prendre des décisions fondées sur les valeurs est celle de la détermination du cadre de référence qui permet d'identifier ces valeurs. On saurait ici difficilement contester que le premier élément de référence est naturellement le système juridique lui-même, dans la mesure où soit de façon expresse, soit de façon implicite, il incorpore certaines valeurs (...). Le problème devient plus difficile lorsque les juges sont amenés à adapter l'interprétation du droit à un nouveau contexte dans lequel de nouvelles valeurs ont été consacrées ou sont en train d'émerger. Dans quelle mesure le juge doit-il véhiculer les valeurs dominantes de la société ou favoriser les valeurs émergentes? Lorsque des valeurs contradictoires sont en concurrence, laquelle et comment le juge doit-il choisir⁴⁵?

La solution des premiers juges était sans doute légitime (en termes de valeur) pour le mari. Sa religion ou sa communauté d'appartenance exigeait de la femme qu'elle fût chaste jusqu'à son mariage. Mais la solution retenue n'était pas légitime, toujours en termes de valeur, pour la communauté des citoyens, pour laquelle l'égalité des sexes, la libre disposition de son corps par la femme, la dignité et la non-discrimination (et puis, l'état des mœurs) sont aujourd'hui des valeurs essentielles. Le raisonnement inverse doit être appliqué à la solution retenue par la Cour d'appel de Douai. Et c'est ainsi qu'une même situation peut être traitée de manière radicalement différente selon la valeur qui prévaudra. Nul ne doit s'en étonner car les antagonismes de valeurs convergent dans une institution (la justice) naturellement ouverte aux demandes sociales⁴⁶.

Si le droit est bousculé aujourd'hui par ces trois éléments que sont la complexité, l'altérité et l'interculturalité, le juge, cet homme dans la Cité, l'est tout autant, lui qui se doit d'être « à l'écoute des bruits de la société ». Dans cette perspective, est-il possible de prétendre de nos jours au regard de la perception commune de l'institution du mariage, de ses fins propres telles qu'elles résultent des principes régissant nos mœurs sociales, et de la dimension sociale particulièrement marquée du mariage, que la virginité de la seule future épouse peut être considérée comme une qualité essentielle? L'émoi suscité par la décision

45 Gil Carlos Rodriguez IGLESIAS, « Le juge face à lui-même », in R. BADINTER et S. BREYER (dir.), *Les entretiens de Provence, Le juge dans la société contemporaine*, Fayard, Publications de la Sorbonne, 2003, p. 336.

46 D. SALAS, *Le Tiers Pouvoir, vers une autre justice*, Hachette littératures, « Pluriel », 2000, p. 201.

des juges de Lille apporte à cette question une fin de non-recevoir sociale car la qualité essentielle invoquée n'apparaît pas compatible avec le système de valeurs de notre société.

Ces moments de choc frontal entre les valeurs d'une minorité et celles de la majorité tendent à se multiplier, dans une France marquée par un pluralisme religieux sans précédent. Comme l'a souligné, en 2006, le rapport de la Commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics⁴⁷ :

Les quatre cultes reconnus en 1905 (catholicisme, protestantismes, réformé et luthérien, judaïsme) côtoient aujourd'hui des religions géographiquement ou historiquement nouvelles. Ainsi l'islam, mais aussi les sages d'Asie, à commencer par les bouddhismes, sans oublier ces autres formes, anciennes ou modernes, de christianisme que sont l'orthodoxie ou les Églises évangéliques, font partie intégrante du paysage religieux français. La France est ainsi le pays européen qui compte le plus grand nombre de musulmans, de juifs et de bouddhistes. Cette diversité est encore plus significative Outre-mer, comme l'illustre l'île de la Réunion où coexistent chrétiens, hindouistes et musulmans.

Ce pluralisme confessionnel qui caractérise la France actuelle mais qu'en d'autres temps et d'autres lieux, elle a connu⁴⁸, est lui-même une valeur protégée dont la mise en œuvre est complexe. En effet, la multiplication des flux migratoires et l'installation au-delà de leurs aires d'origine de communautés allogènes peuvent provoquer un choc des cultures et des religions, un phénomène de diffractio identitaire. L'acculturation et la contre-acculturation deviennent des paramètres de l'intégration ou de son échec lors de la transplantation de populations dans une culture qui n'est pas celle d'où ils viennent ou d'où sont venus leurs ancêtres. Le rejet ou l'adoption fantasmatique et idéalisée de l'origine ne sont que les formes extrêmes entre lesquelles toutes les nuances d'une palette sont possibles⁴⁹.

47 J. P. MACHELON, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, La Documentation française, coll. des rapports officiels, 2006.

48 Nous pensons ici aux colonies françaises car, comme l'écrit E. Zoller, « les exemples classiques de sociétés authentiquement pluralistes en matière juridique sont les sociétés coloniales ou post-coloniales dans lesquelles survécurent nombre de règles indigènes de nature coutumière pour autant qu'elles n'étaient pas contraires à l'ordre public ou à la morale... » (« Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'État », in *Le pluralisme*, APD 2006, Dalloz, Tome 49, p. 109) ; voir aussi, B. DURAND, « Le juge colonial et les valeurs du jour et de la nuit », in V. FORTIER (dir.), *Le juge, gardien des valeurs?*, *op. cit.*

49 Or « La liberté culturelle bien comprise », écrit Amartya Sen, « c'est de savoir résister à l'approbation systématique des traditions passées, quand les individus voient des raisons de changer leur mode de vie », car ajoute-t-il, « il ne faut pas confondre d'une part la liberté culturelle, élément fondamental de la dignité de tous les peuples et d'autre part, la défense et la célébration de toutes les formes d'héritage culturel, sans chercher à savoir si les individus concernés choisiraient effectivement ces pratiques s'ils avaient la possibilité d'en faire l'examen critique ». A. SEN, « Le multiculturalisme doit servir la liberté », *Le Monde*, 30 août 2006.

Comme le souligne D. Terré, le thème pluraliste est un réservoir de contradictions potentielles et laisse présager la manière dont, tiraillé entre la réalité et le mot d'ordre, il peut constituer une source de conflit, sous prétexte d'y remédier. En d'autres termes, le pluralisme est polémique, pas seulement pacifique⁵⁰. Or :

On ne viendra à bout de ce que ces revendications identitaires ont de belliqueux et de menaçant pour la cohésion sociale, de l'ethnicisation redoutée qu'en éliminant les comportements qui les engendrent ; autrement dit en faisant une juste place à la différence, à sa désignation, aux stratégies que son acceptation, et, dans une certaine mesure sa reconnaissance, devraient gouverner⁵¹.

Encore faut-il que les pratiques religieuses observées par le croyant n'entrent pas en conflit avec « les valeurs essentielles de la communauté française », comme a pu en décider le Conseil d'État, le 27 juin 2008⁵² pour rejeter la requête en annulation d'un décret refusant l'acquisition de la nationalité française pour défaut d'assimilation. Il s'agissait, ici, d'une femme marocaine, qui avait épousé un ressortissant français et qui, à l'expiration du délai de quatre ans, déposa une déclaration acquisitive de nationalité à laquelle le Gouvernement s'opposait pour défaut d'assimilation. Le Conseil d'État rejeta la requête en annulation de cette femme

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, si Mme X possède une bonne maîtrise de la langue française, elle a cependant adopté une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes ; qu'ainsi elle ne remplit pas la condition d'assimilation...

Quels sont les éléments concrets caractérisant cette pratique radicale de la religion, musulmane en l'occurrence ? La presse avait retenu quasi exclusivement le port de la burka, cette longue robe sombre tombant jusqu'aux pieds et dissimulant cheveux et visage combinée avec un voile, et obligatoirement portée par toute femme dans le royaume saoudien. En fait, au vu des entretiens avec les services sociaux et de police, il apparaissait que la requérante menait une vie quasi recluse et retranchée de la société française, à l'évidence peu convaincante quant à une authentique assimilation...

Pratiques intégristes, risque de radicalisation, rejet du mode de vie occidental sont également pris en compte par la jurisprudence judiciaire, pour protéger

50 D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », in *Le pluralisme*, op. cit., p. 71.

51 J.-M. BELORGEY, « Communautarisme ou universalisme : quel modèle ? », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et N. FERRÉ (dir.), *Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak*, LGDJ, droit et société, Recherches et travaux, 14, 2007, p. 27.

52 Conseil d'État, 27 juin 2008, Mme M., req. N° 286798, concl. E. PRADA-BORDENAVE, D. 2009, p. 345, note Ch. VALLAR ; H. ZEGHIB, « La loi, le juge et les pratiques religieuses », *AJDA* 2008, p. 1997.

l'enfant et « prévenir tout endoctrinement de l'enfant contraire à son intérêt dans la société dans laquelle elle évolue⁵³ ». Sans priver le père de son autorité parentale, « symbole fort de sa paternité », ses comportements ne doivent pas porter atteinte « à l'épanouissement de ses filles et créer un conflit permanent nuisant aux choix éducatifs de la mère et créant un déchirement répété et constant dans l'esprit des enfants⁵⁴ ».

CONCLUSION

En définitive, cette affaire de virginité, à travers les deux décisions dont elle a fait l'objet, est riche d'enseignements au moins à deux égards :

D'une part, elle illustre cette tension permanente, au cœur de la problématique du mariage, entre la dimension d'acte éminemment privé, d'engagement personnel que recouvre au premier chef le mariage et qui fonde la revendication d'autonomie des époux, et sa dimension institutionnelle, incontournable, qui justifie l'intervention de l'État. La solution retenue par la Cour de Douai sonne comme un rappel à la loi : même lorsqu'il s'agit de protection du consentement, le mariage n'est jamais à la libre disposition des époux, il bute contre le front de l'ordre public.

D'autre part, et au-delà de l'enjeu purement juridique, ce qu'il faut retenir de cette malheureuse affaire, c'est le rôle de régulateur de la vie sociale que remplit le juge. Plus encore, sa mission pacificatrice apparaît en pleine lumière et cela, aussi bien dans le jugement que dans l'arrêt d'appel. En effet, bien qu'aucune des décisions n'y fasse allusion, l'arrière-plan religieux a irrigué toute cette affaire. On en veut pour preuve les articles parus dans la presse française, évoquant notamment la relation entre les commandements de l'islam et la virginité. Face à une telle stigmatisation, toujours dangereuse pour la cohésion sociale, la solution des conseillers d'appel est déjà bienvenue. Elle est également un signal fort à l'adresse des femmes qui sont parfois victimes de traditions attentatoires à leur liberté. Quant au jugement de Lille, tant décrié, une logique autre certes, mais tout aussi pacificatrice le sous-tendait : régler sans trop de dommage cette question d'honneur bafoué, qui, sans l'intercession du juge, peut aujourd'hui encore engendrer des crimes de sang.

53 Cour d'appel Nancy, 1^{er} juillet 2005, *Jurisdata* n° 291754.

54 Cour d'appel Metz, 14 mars 2006, *Jurisdata* n° 308006.