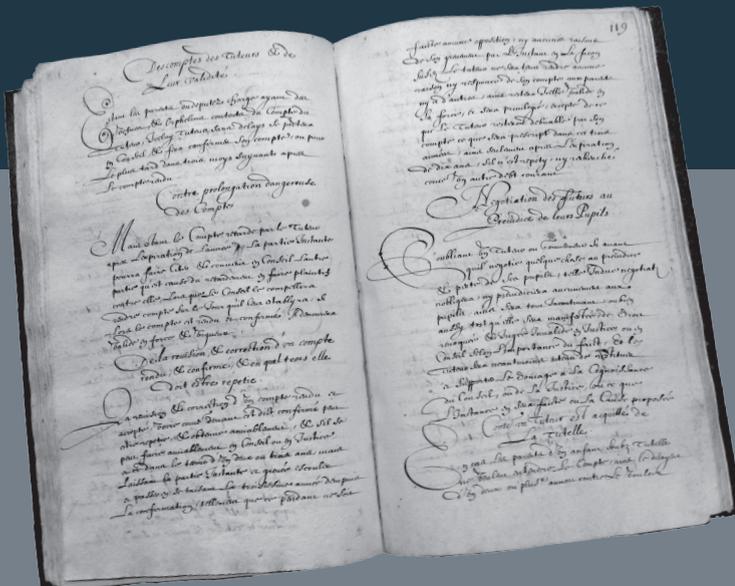


# Devoirs, promesses et obligations

Actes des Journées Internationales de la Société  
d'Histoire du Droit à Fribourg (2 au 4 juin 2016)

Édité par  
Yves Mausen et Pascal Pichonnaz



# Devoirs, promesses et obligations

Actes des Journées Internationales de la Société  
d'Histoire du Droit à Fribourg (2 au 4 juin 2016)

Édité par  
Yves Mausen et Pascal Pichonnaz

Abréviation suggérée: MAUSEN/Pichonnaz, *Devoirs, promesses et obligations*, Genève/Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8805-3

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,  
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex  
[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL,  
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles ; téléphone et télécopieur : +32 (0)2 736 68 47 ;  
courriel : [patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie.

---

## Sommaire

Composition à partie et composition à justice : aux origines lointaines du procès pénal négocié JEAN-MARIE CARBASSE.....	1
Contrat et prostitution au temps du « système français » PASCAL VIELFAURE .....	17
« Obliger une cité » : le serment public entre empire romain et période franque CHRISTOPHE CAMBY.....	39
<i>Vom loben zuem rechten</i> . Promesses, serments et cautions judiciaires en droit romain et en droit fribourgeois YVES MAUSEN.....	53
Le droit savant et le devoir d'entretien du père : a-t-il le devoir d'assumer les frais d'études de son enfant ? Réflexions éparpillées au fil des siècles MARIA GIGLIOLA DI RENZO VILLATA .....	93
La Municipale de Fribourg et le développement historique du droit matrimonial en Suisse RENÉ PAHUD DE MORTANGES.....	117
La pratique des concordats intercantonaux pour le mariage en Suisse (1803 – 1874) ANNE PEROZ.....	131
Quand le contractuel s'invite dans le droit des successions : la genèse de la large admission du pacte successoral dans le Code civil suisse DENIS TAPPY .....	165
La cause aristonienne et les rapports synallagmatiques comme justifications d'obligation civile KONSTANTIN TANEV.....	199
Le contrat dans la <i>Lectura Institutionum</i> de Jean Bassien TAMMO WALLINGA .....	217
La remise en cause du caractère simplement comminatoire des clauses de résolution des contrats chez les auteurs de droit français du XVI <sup>e</sup> au XVIII <sup>e</sup> siècle CÉLINE DRAND .....	227
Les mots de l'engagement chez les auteurs du XVIII <sup>e</sup> siècle JACQUELINE MOREAU DAVID .....	249

Vers une « réification » de l'engagement : l'obligation entre propriété et capital FRÉDÉRIC CHARLIN.....	271
L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats à l'aune du droit romain : retour au classicisme ou extravagance byzantine ? JEAN-FRANÇOIS BRÉGI .....	291
L'imprévision à la lumière de l'ordonnance et de la loi de ratification LAURA MOSCATI.....	311
De la diversité des contrats passés devant notaire au Moyen Âge : quelques cas tirés du <i>Registrum Lombardorum</i> (Fribourg en Nuithonie-XIV <sup>e</sup> siècle) LIONEL DORTHE.....	329
Du <i>codex rationum</i> au « livre de raison » JEAN-LUC LEFEBVRE .....	357
À propos du pacte avec le diable : la critique de Johann Georg Godelmann à la <i>Démonomanie</i> de Jean Bodin MARIA ROSA DI SIMONE.....	403
La nature du contrat de prêt à intérêt dans la doctrine civiliste du XIX <sup>e</sup> siècle ALEXIS MAGE.....	417
Le statut du fermage en France (1945 – 1946) : les dogmes du contrat malmenés ALEXANDRE DEROCHE.....	429

## **La pratique des concordats intercantonaux pour le mariage en Suisse (1803 – 1874)**

Introduction.....	132
I. De la Médiation à la Constitution de 1848 : le concordat comme remède à la diversité des droits du mariage en Suisse .....	138
A. Une institution concordataire largement tributaire de l'évolution politique de la Suisse.....	139
B. La cristallisation des difficultés concernant les mariages mixtes et les solutions concordataires .....	143
II. Le déclin des concordats et de la marche forcée vers l'unification (1848 – 1874).....	147
A. La coexistence entre concordats et premières lois fédérales à base constitutionnelle discutable .....	148
B. La loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état-civil, la tenue des registres s'y rapportant et le mariage : une unification controversée.....	156
Conclusion .....	163

---

\* Maître d'enseignement et de recherche en histoire du droit, Docteur en droit, Université de Lausanne.

## Introduction

Le présent propos est consacré à une forme bien particulière de contrat, à savoir le concordat. Ce terme recouvre plusieurs réalités, sur lesquelles il nous faut tout d'abord brièvement revenir. Il correspond, et cela en est l'acception la plus classique, aux traités de droit international ou considérés comme tels, passés entre le Saint-Siège et un État, aux fins de régler leurs rapports réciproques<sup>1</sup>. Dans la continuité de ce premier modèle, la Suisse connaît aussi des « concordats » passés entre les cantons et leurs évêques diocésains, portant dans la partie alémanique le nom de *Bistumsvertrag*<sup>2</sup>. Les concordats peuvent aussi demeurer purement ecclésiastiques, comme nous en avons encore l'exemple pour la Suisse, notamment au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>. Le droit commercial, pour sa part, appelle « concordat » l'accord conclu entre un failli et un créancier. Enfin, et il s'agit là de l'objet de cette étude, le terme s'applique en Suisse aux traités ou contrats intercantonaux, porteurs de normes et obligations de droit public et créant l'unité du droit dans un domaine particulier. L'article 48 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution fédérale<sup>4</sup> de la Confédération suisse du 18 avril 1999 désigne expressément ces accords intercantonaux, dans les termes suivants : « Les cantons peuvent conclure des conventions entre eux et créer des organisations et des institutions communes. Ils peuvent notamment réaliser ensemble des tâches d'intérêt régional »<sup>5</sup>. Le même article pose également une limite aux possibilités de conclure de telles conventions, à son alinéa 3 : « Les conventions intercantionales ne doivent être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit des autres cantons. Elles doivent être portées à la connaissance de la Confédération ». En somme, de telles alliances ne doivent en aucun cas nuire à l'équilibre de la Confédération. Comme nous le verrons, cette disposition se substitue à l'interdiction des conventions politiques, énoncée à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 7 de la Constitution fédérale de 1874, précédemment en vigueur, et portant encore le traumatisme de la récente guerre du Sonderbund. Alors que l'article 7 du texte constitutionnel de 1874 était muet sur ce point, l'article 48de

---

<sup>1</sup> Le premier concordat suivant cette définition est celui de Worms, mettant fin à la querelle des Investitures en 1122.

<sup>2</sup> Voir par exemple sur ce sujet, l'article portant sur les « concordats » dans le *Dictionnaire Historique de la Suisse* (accessible en ligne).

<sup>3</sup> Voir notamment le concordat passé entre l'archevêque de Besançon et l'évêque de Bâle au XVIII<sup>e</sup> siècle, faisant de Porrentruy la capitale du diocèse : P. REBETEZ-PAROZ, « Concordat entre l'archevêque de Besançon et l'évêque de Bâle au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Zeitschrift für schweizerische Kirchengeschichte*, 37 (1943), p. 359-378.

<sup>4</sup> Que nous désignerons parfois sous le sigle « Cst » en abrégé.

<sup>5</sup> J.-Fr. AUBERT, P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, 2003, p. 413 s.

la Constitution de 1999 précise que la Confédération elle-même peut participer aux conventions intercantionales, dans les limites de ses compétences<sup>6</sup>.

Dans son Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, le Conseil fédéral prenait déjà parti pour une plus grande implication de la Confédération : « Les conventions peuvent servir de base à la création d'organes communs à la Confédération et aux cantons », disait-il ; « Les tâches de ces organes restent toutefois limitées à des activités de conseil, de coordination et de planification, car aucune compétence de décision ne peut leur être déléguée »<sup>7</sup>. Cela signifie-t-il pour autant que la voie concordataire est encouragée au détriment de la loi fédérale ? Il ne le semble pas. Simplement, l'accord intercantonal est un outil du fédéralisme suisse et une institution symbole de la souveraineté des cantons. Cette dernière reste d'ailleurs bien affirmée, puisque la Confédération peut y prendre part, « seulement » dans les limites de ses compétences. Pendant longtemps, d'ailleurs, les autorités fédérales admettent que de telles conventions intercantionales ne les concernent pas, sauf s'il s'agit de défendre la Confédération, ou certains cantons, si ces conventions viennent à leur porter préjudice<sup>8</sup>. Enfin, selon les articles 5 et 49 de la Constitution de 1999, les cantons doivent respecter le droit intercantonal, tout comme il leur faut s'incliner devant le droit fédéral contraire à leur législation<sup>9</sup>. Le Conseil fédéral exprime clairement ce rapport de force entre droit intercantonal et droit fédéral, dans le Message déjà évoqué : « Conformément à un principe généralement reconnu, les conventions intercantionales priment le droit cantonal ; en revanche, le droit fédéral prime le droit concordataire »<sup>10</sup>. Voici présentée, pour l'essentiel, la teneur de l'article 48 de la Constitution fédérale de 1999, régissant actuellement l'institution concordataire. Signalons encore que la Constitution de 1999 n'utilise pas le terme « concordats » (*Konkordate*) pour désigner les accords intercantonaux, alors qu'il apparaissait dans certaines dispositions de celle de 1874 ; les articles 48, 172, 186, 189 évoquent simplement les « conventions » intercantionales (*Verkommnissen*). Le terme est néanmoins usuel : il s'agit de l'intitulé de nombreux accords de ce type, et il figure dans certaines lois fédérales ainsi que dans plusieurs constitutions cantonales garanties par la Confédération (à l'exemple de la Constitution vaudoise).

Quoi qu'il en soit, le concordat lie deux, plusieurs, ou tous les cantons, et constitue bien un terme synonyme de « convenant », « accord », « convention », voire simplement de « décision ». Sa dénomination reste sans conséquence quant aux effets juridiques qu'il produit. Le procédé concordataire n'est pas unique à la Suisse et des

<sup>6</sup> J.-FR. AUBERT, P. MAHON, *Petit commentaire...*, op. cit., p. 415.

<sup>7</sup> *Feuille fédérale* (ci-après *FF*), 1997, I, p. 7 s.

<sup>8</sup> J.-FR. AUBERT, P. MAHON, *Petit commentaire...*, op. cit., p. 415.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 418 s.

<sup>10</sup> *FF*, 1997, I, p. 7 s. Voir plus particulièrement les pages 209 à 218, consacrées au principe de collaboration entre cantons ainsi qu'entre cantons et Confédération.

institutions comparables existent dans d'autres États fédératifs, comme en Allemagne et aux États-Unis. Le concordat en tout cas, apparaît comme une institution parfaitement adaptée aux particularités de la Suisse, plurielle et au fédéralisme bien affirmé. Il entre aussi en jeu comme correctif à la souveraineté des États confédérés, procédant d'eux-mêmes, et permet aux cantons de collaborer entre eux. La souveraineté la plus stricte isole, alors que la loi fédérale vient d'en haut ; le concordat semble alors représenter un bon compromis entre autonomie et interdépendance. C'est parce que les cantons sont souverains qu'ils peuvent conclure des concordats pour unifier certaines règles et ainsi marcher « de concert ». Le fédéralisme, ainsi que le principe démocratique, apparaissent au fil de l'histoire comme des piliers du système politique suisse. Si le principe du fédéralisme est acquis et ancré dans les « gènes » de la Suisse, il reste à définir la force que l'on veut lui donner<sup>11</sup>. La bonne marche de la Confédération repose sans cesse sur le respect des équilibres. Chaque canton a son histoire et son identité propres. Fractionnement religieux, clivage de langues matérialisé par le fameux *Röstigraben*... une telle diversité fait d'ailleurs l'identité de la Suisse. En ce sens, le concordat constitue le lien de l'harmonisation entre cantons, pour l'équilibre de tout un système. Dans « concordat », il y a aussi « concorde », comme gage de la bonne entente juridique et institutionnelle entre des cantons-États ayant leurs particularismes. Le concordat semble également s'inscrire parfaitement dans la droite ligne du fédéralisme suisse. La souveraineté des cantons est bien entendu reconnue, à l'article 3 de la Constitution de 1999 : « Les cantons sont souverains, en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale, et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération »<sup>12</sup>. Le concordat, en somme, place les cantons sur un pied d'égalité, au centre du jeu, comme l'énonce l'article 3 de la Constitution<sup>13</sup> ; la priorité va à la compétence cantonale, c'est-à-dire à la souveraineté des cantons. Le fédéralisme suisse repose en outre sur la subsidiarité (article 5a Cst), la collaboration et la solidarité (art. 44 Cst). Ainsi, il n'est pas nécessaire de confier à l'État fédéral des tâches que les cantons peuvent accomplir aussi bien que lui, les cantons s'entraident dans l'accomplissement de leurs missions, tout comme ils se doivent respect et assistance. Ces termes correspondent parfaitement à l'institution concordataire. En ce sens, le concordat est l'expression du fédéralisme coopératif horizontal, c'est-à-dire fonctionnant entre cantons

---

<sup>11</sup> Sur ce sujet, lire par exemple : J.-A. TSCHOUMY, « Souveraineté et interdépendances », *Le concordat, forme vivante de la démocratie suisse*, Institut romand de recherches et de documentation pédagogiques (IRDP), Fribourg, Delval, 1990, p. 34 s. Et aussi : J. ANDREY « Les concordats romands. Hier. Aujourd'hui. Demain », *La Suisse romande, quatre regards*, Genève, Slatkine, 2015, p. 121.

<sup>12</sup> J.-Fr. AUBERT, P. MAHON, *Petit commentaire...*, op. cit., p. 26.

<sup>13</sup> Voir : R. PINNA, « Les concordats de droit privé et leurs rapports avec l'unification du droit privé en Suisse », *L'unification du droit privé suisse au XIX<sup>e</sup> siècle*, Éditions universitaires de Fribourg, 1986, p. 40.

uniquement<sup>14</sup>. Pour Hangartner, le fédéralisme coopératif horizontal regroupe trois catégories : la première concerne les collaborations prévues par le droit fédéral (justice, police...), la deuxième est constituée des collaborations volontaires (création d'institutions, recommandations communes...) et la troisième catégorie est composée des concordats<sup>15</sup>. En choisissant la voie concordataire, les cantons établissent des règles communes, unifient leur droit, dans un certain domaine. Encore faut-il pour cela que la Confédération ne soit pas elle-même compétente sur cet aspect (en cas de compétence exclusive), ou qu'elle n'ait pas encore légiféré (en cas de compétence concurrente)<sup>16</sup>. Car en effet, comme nous l'avons déjà souligné, si les cantons sont bien souverains au sens de l'article 3 de la Constitution, le droit fédéral prime le droit intercantonal, qui l'emporte lui-même sur le droit cantonal (arts. 48 et 49 Cst). Telle est la hiérarchie des normes. Le droit fédéral est constitué des règles acceptées par les cantons, transcendant leurs spécificités dans l'intérêt général de la Confédération.

La tradition des pactes entre cantons est très ancienne. Pour la Suisse, on en trouve les premières traces au XVI<sup>e</sup> siècle. Ainsi, en 1529, un accord est signé entre le Valais et des cantons catholiques, à savoir Uri, Schwytz, Unterwald, Lucerne, Zoug, Fribourg. Selon les termes de ce traité, les parties s'engagent à vivre en bonne harmonie et à se soutenir militairement en cas de conflit avec un tiers. En cas de litige interne à l'alliance, les parties non concernées assurent l'arbitrage. En 1533, le même accord est textuellement repris, incluant cette fois Soleure<sup>17</sup>. Il s'agit bien là de la mise en commun de moyens et d'institutions, dans le but de cohabiter en bonne « concorde ». La notion stricte et officielle de « concordat » fait quant à elle son apparition en Suisse en 1803, sous l'Acte de Médiation<sup>18</sup>. La première convention intercantonale revêue expressément de ce nom possède un caractère éminemment confessionnel, annonciateur de la suite de notre développement... Il est d'ailleurs probable que cet accord, ayant pour objet des questions ecclésiastiques, ait été nommé « concordat » par analogie philologique<sup>19</sup>. Le canton protestant de Berne et son homologue de Soleure règlent alors la situation du bailliage soleurois du Bucheggberg, limitrophe et

<sup>14</sup> L. BOEGLI, *Les concordats intercantonaux : quels enjeux pour la démocratie ?*, Chavannes-près-Renens, IDHEAP, 1998, p. 4.

<sup>15</sup> Y. HANGARTNER *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Erster Band : Organisation*, Zurich, éd. Schulthess, 1980, p. 76.

<sup>16</sup> J.-FR. AUBERT, P. MAHON, *Petit commentaire...*, *op. cit.*, p. 385 s.

<sup>17</sup> C. SEEGER « Étapes de l'unification du droit matrimonial suisse : de la République helvétique à la loi de 1874 », *L'unification du droit privé suisse au XIX<sup>e</sup> siècle*, Éditions universitaires de Fribourg, 1986, p. 57.

<sup>18</sup> L. BOEGLI, *Les concordats intercantonaux*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>19</sup> *Le concordat en Suisse, analyse et modèles* (ouvrage collectif), Fondation pour la collaboration fédérale, 1970, p. 6.

protestant<sup>20</sup>... Si les règles réformées s'imposent au Bucheggberg, la surveillance des mœurs reste sous la responsabilité exclusive de Soleure. Assez loin de la première acception confessionnelle du terme, les conventions intercantionales ont désormais des objets très divers. Répartition horizontale des compétences, détermination ou modification d'une frontière, engagement à unifier le droit ou harmonisation du droit dans un domaine<sup>21</sup>... Il suffit pour cela d'examiner la liste des concordats en vigueur en Suisse pour se persuader de la diversité de leurs thématiques<sup>22</sup> ! Juridiquement, rien n'empêche l'ensemble des cantons d'être parties à un concordat, évitant ainsi une législation fédérale, imposée d'en-haut. Si elle est un instrument correspondant tout à fait aux principes du fédéralisme, et dont l'utilité à l'échelle régionale est évidente, la pratique concordataire comme moyen d'unification à l'échelle nationale possède aussi des inconvénients. La procédure semble en effet assez lourde (il faut recueillir l'aval de tous les cantons), sa construction reste compliquée (il oblige à la recherche incessante de consensus), et le concordat ne donne pas de garantie de pérennité, en ce sens qu'un canton est libre de le dénoncer. Somme toute, le concordat représente la forme la moins aboutie de l'ouverture<sup>23</sup>. En dépit de ces désavantages, il peut parfois se révéler tout aussi délicat de recourir à une loi fédérale, surtout lorsque le point de droit soumis à unification est relié à l'identité, soit à l'équilibre même de la Confédération. La solution concordataire semble alors plus propice à tranquilliser les esprits. Pour Knapp, le fédéralisme suisse est un système destiné à « protéger une minorité contre les droits de la loi de la majorité ». Le fédéralisme apparaît comme « essentiel en tant que protection des minorités et en tant que droit à la différence culturelle »<sup>24</sup>. La diversité, voici notamment ce qui caractérise la Suisse, ainsi que nous l'avons montré. Quoi alors de plus adapté, pour respecter cette pluralité, que les concordats, signés de la main des représentants de chaque canton souverain... Mais s'il est question d'un concordat d'unification méritant de rassembler tous les cantons, c'est bien qu'il touche un domaine fondamental, transcendant les intérêts de ces mêmes cantons. La compétence fédérale, l'unification par la loi fédérale, semble alors s'imposer. Mais encore faut-il au préalable que les cantons adoptent le même point de vue, sur ce qui constitue alors véritablement l'identité de la Confédération ! La controverse peut également être présentée en ces termes : comment donc unifier un

---

<sup>20</sup> Voir à ce sujet : D. TAPPY, « Le consentement parental au mariage des enfants de famille en Suisse occidentale, de la Réforme à la fin de l'Ancien Régime », *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, vol. 60 (2003), p. 183.

<sup>21</sup> J.-FR. AUBERT, P. MAHON, *Petit commentaire...*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>22</sup> J. ANDREY, « Les concordats romands... », *op. cit.*, p. 143 s.

<sup>23</sup> J.-A. TSCHOUMY, « Souveraineté et interdépendances... », *op. cit.*, p. 42 s.

<sup>24</sup> L. BOGLI, *Les concordats intercantonaux*, *op. cit.*, p. 4.

domaine dont la diversité fait justement l'histoire et l'identité de la Suisse ? Une telle problématique s'applique au droit du mariage en Suisse<sup>25</sup>.

En effet, dans la Suisse du début du XIX<sup>e</sup> siècle, les ressortissants de cantons différents souhaitant contracter mariage ou divorcer se heurtent à des obstacles : le droit de cité (ou droit de bourgeoisie), des conditions de fortune, mais surtout l'incompatibilité entre le droit canon et le (ou les) droit(s) réformé(s)... L'historien Étienne François, cité par G. Guisolan, constate que « dans la grande majorité des pays européens, identités religieuses et identités nationales apparaissent jusqu'à nos jours très étroitement liées, avec, dans chacun d'entre eux, une religion dominante qui, dans certains cas même, peut s'identifier au pays lui-même ». À ce modèle majoritaire il faut opposer plusieurs exceptions, à savoir « l'Allemagne, les Pays-Bas, la Hongrie, la Suisse – pays de pluralisme structurel caractérisés par la coexistence de dénominations religieuses distinctes et rivales »<sup>26</sup>. Voici donc la controverse appliquée au cas d'espèce. Comment unifier un domaine - le droit du mariage - dont la diversité des règles fait l'histoire et l'identité de la Suisse étant donné qu'il s'appuie sur le fait religieux, propre à l'histoire particulière de chaque canton ? En effet, dès les années 1520 et la propagation des idées de la Réforme en Suisse, les réglementations du droit matrimonial suisse suivent des conceptions souvent diamétralement opposées<sup>27</sup>. C'est à Zurich que la Réforme trouve un premier écho en Suisse. Elle est l'œuvre d'Ulrich Zwingli<sup>28</sup> (1484-1531), officiant d'abord comme aumônier militaire et curé du *Grossmünster* à Zurich. Dès 1525, la messe est abrogée, et, la même année, Zurich se dote des premières ordonnances ecclésiastiques matrimoniales protestantes au monde<sup>29</sup>. Ensuite, les désaccords doctrinaux entre Luther et Zwingli ne tardent pas à faire des Églises zwingliennes une tendance à part dans le protestantisme, que l'on regroupe généralement avec le courant calviniste sous le nom d'Églises réformées, par opposition aux Églises luthériennes. Après ce point de départ zurichois, la Réforme gagne d'autres cantons suisses. Ainsi, entre 1520 et 1536, il se produit une scission entre les territoires restés catholiques d'une part (Valais, Fribourg, Soleure, et le Nord de l'ancien évêché de Bâle, correspondant globalement au canton du Jura actuel), et ceux gagnés à la Réforme (Berne, la ville de

<sup>25</sup> S'agissant de l'histoire du mariage en Suisse, signalons l'ouvrage suivant : R. SIFFERT, *Verlobung und Trauung, Die geschichtliche Entwicklung des schweizerischen Eheschliessungsrechts*, Schulthess, 2004, 199p.

<sup>26</sup> G. GUI SOLAN « Les enjeux protestants de la prévention des mariages mixtes 1840-1950 », *Zeitschrift für schweizerische Kirchengeschichte*, 96 (2002), p. 80.

<sup>27</sup> Sur les fondements de l'institution du mariage dans la conception protestante, voir par exemple : M.-B. SCHENENBERGER, « Les mariages mixtes en Suisse au XIX<sup>e</sup> siècle », *Commentationes historiae iuris helveticae*, Berne, Staempfli, 2014, p. 64 s.

<sup>28</sup> Sur la vie et l'œuvre d'Ulrich Zwingli : U. GÄBLER *Huldrych Zwingli : Leben und Werk*, Zürich : Theologischer Verlag Zürich, 2004, 192p.

<sup>29</sup> D. TAPPY, « Le consentement parental au mariage... », *op. cit.*, p. 81.

Bâle, Neuchâtel, Genève, le Pays de Vaud bernois, et le Sud de l'ancien évêché de Bâle, actuellement réparti entre les cantons de Berne et de Bâle-Campagne)<sup>30</sup>. Dans nos régions, la dernière expansion notable de la Réforme intervient en 1536, pour le Pays de Vaud passé la même année sous souveraineté bernoise. Jusqu'à la République helvétique, le principe de territorialité gouvernait la réglementation du mariage. Ainsi, un mariage n'est valable qu'entre conjoints appartenant à la confession officielle du canton, les autres cas de mariage demeurant d'ailleurs plutôt rares. Par exemple, Berne imposait soit la conversion de l'époux catholique, soit l'émigration du couple<sup>31</sup>. Au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, le développement de la mobilité et des échanges modifie la donne, et désormais, il faut compter avec les mariages mixtes, impliquant des conjoints de confessions différentes. Ces mêmes mariages sont d'ailleurs diversement reçus selon les doctrines des deux religions prépondérantes en Suisse : ils sont prohibés (sauf dispenses) dans le catholicisme<sup>32</sup> et « seulement » désapprouvés dans le protestantisme<sup>33</sup>. Nous verrons combien le chemin fut long pour aboutir à une solution fédérale en matière de mariage, transcendant les clivages cantonaux. De la Médiation à la Constitution fédérale de 1848, le concordat semble le seul remède envisageable à la diversité des droits du mariage en Suisse (I). En 1848, vient le temps du déclin du concordat et la marche vers l'unification, finalement réalisée par la loi fédérale du 24 décembre 1874, concernant l'état-civil, la tenue des registres s'y rapportant, et le mariage (II).

## **I. De la Médiation à la Constitution de 1848 : le concordat comme remède à la diversité des droits du mariage en Suisse**

Les lois de la République helvétique tentent d'abord d'adoucir les clivages religieux pour faciliter la conclusion de mariages mixtes. Mais l'histoire de l'Helvétique sera brève. En 1803, l'Acte de Médiation marque le retour à une structure politique

---

<sup>30</sup> Concernant le développement du protestantisme en Suisse et la division entre cantons catholiques et cantons protestants, voir : D. TAPPY, « Le consentement parental au mariage... », *op. cit.*, p. 181-184. Et également : D. TAPPY « Mariage des enfants de famille et contrôle parental », *Mémoires de la Société pour l'histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, vol. 58 (2001), p. 361-365.

<sup>31</sup> Voir par exemple sur ce sujet, l'article portant sur les « mariages mixtes » dans le *Dictionnaire Historique de la Suisse* (accessible en ligne). L'épouse étrangère devant en outre répondre aux conditions de fortune posées par le canton, sous peine de perte du droit de bourgeoisie et d'expulsion du territoire cantonal.

<sup>32</sup> J. CANDOLFI, *Les mariages mixtes en Suisse*, publications de l'Institut de Théologie pastorale de l'Université de Fribourg, 1951, p. 31.

<sup>33</sup> J. CANDOLFI, *Les mariages mixtes...*, *op. cit.*, p. 68.

correspondant davantage à l'identité de la Suisse. C'est alors l'essor des conventions intercantionales, dans un contexte religieux entravant cette fois quelque peu la liberté de contracter mariage (A). Dans un premier temps, l'emploi de concordats semble montrer ses limites. Les conventions sont en effet passées entre cantons de sensibilités identiques, et se heurtent aux réticences des autorités ecclésiastiques (B).

## A. Une institution concordataire largement tributaire de l'évolution politique de la Suisse

À la suite des événements révolutionnaires de 1798, dans des circonstances qu'il n'est pas utile ici de rappeler<sup>34</sup>, la France impose à la Suisse un régime unitaire, avec des institutions calquées sur celles du Directoire. C'est l'avènement de la République helvétique. La première Constitution helvétique du 12 avril 1798 consacre la liberté de conscience et prévoit à terme l'unification du droit civil, dans ses articles 6<sup>35</sup> et 48<sup>36</sup>. En attendant, le droit local reste en vigueur, sous réserve des lois ou décisions particulières. Ces deux dernières interviendront rapidement en matière de mariage. Dès le printemps 1798, les Conseils législatifs font bon droit à des demandes de dispenses civiles concernant l'empêchement de parenté pour le mariage entre cousins<sup>37</sup>. Suivent quelques lois spéciales, assurant une libéralisation du mariage. Il suffit d'en citer quelques-unes... Le 2 août 1798, une loi abolit tous les dispositifs cantonaux interdisant ou compliquant les mariages mixtes, entre personnes de religions différentes<sup>38</sup>. Quelques jours plus tard, le 18 août 1798, c'en est désormais terminé des entraves, notamment financières pour condition de fortune, au mariage avec un ressortissant d'une autre commune ou d'un autre canton<sup>39</sup>. Enfin, une loi du 30 août 1798 rétablit dans leur droit de bourgeoisie les personnes l'ayant perdu

<sup>34</sup> Sur l'histoire générale de la République helvétique, lire par exemple : A. VON TILLIER Fr.-A. CRAMER *Histoire de la République helvétique depuis sa fondation en 1798 jusqu'à sa dissolution en 1803*, Genève, Cherbuliez, 1846, 2 vols. L'article consacré à la « République helvétique » consultable dans le *Dictionnaire historique de la Suisse* (accessible en ligne) est également très complet.

<sup>35</sup> Cet article 6 dispose : « La liberté de conscience est illimitée ; la manifestation des opinions religieuses est subordonnée aux sentiments de la concorde et de la paix. Tous les cultes sont permis s'ils ne troublent point l'ordre public et n'affectent aucune domination ou prééminence. La police les surveille et a le droit de s'enquérir des dogmes et des devoirs qu'ils enseignent. Les rapports d'une secte avec une autorité étrangère ne doivent influencer ni sur les affaires politiques, ni sur la prospérité et les lumières du peuple ». Voir : J. STRICKLER, *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweizerischen Eidgenossenschaft*, B, Zurich, 1901, p. 19.

<sup>36</sup> Selon l'article 48 : « Les lois civiles de chaque canton et les usages qui y ont rapport, continueront à servir de règle aux tribunaux, jusqu'à ce que les Conseils législatifs aient introduit, par degrés, l'uniformité des lois civiles ».

<sup>37</sup> Décret du 4 mai 1798, *Bulletin des lois et décrets du corps législatif, avec les arrêtés et proclamations du directoire exécutif de la République helvétique*, vol. I, p. 45.

<sup>38</sup> Loi du 2 août 1798, *op. cit.*, vol. I, p. 261.

<sup>39</sup> Loi du 18 août 1798, *op. cit.*, vol. I, p. 307.

suite à un mariage mixte<sup>40</sup>. Sans nul doute, la République helvétique fait preuve d'une volonté de laïcisation de l'institution du mariage. Antérieurement à l'Helvétique, en effet, les cantons s'illustrent parfois par l'intransigeance de leur politique. Il suffit par exemple d'évoquer une affaire ayant cours à Zurich, en 1793, soit quelques années avant la centralisation mise en œuvre par la France<sup>41</sup>. Cette année-là, un notable de la ville est contraint de faire son choix, entre l'exil et la perte de ses biens ou le maintien de son union avec une catholique originaire du canton de Schwytz. À la stupeur générale, le choix du cœur l'emporte... Mais afin d'éviter à l'avenir toute situation similaire, les autorités zurichoises entreprennent de placer les femmes catholiques de passage dans le canton sous étroite surveillance... Comme on le sait, la fin de la République helvétique s'avère cette fois peu favorable à la centralisation<sup>42</sup>. La volonté d'unifier le droit reste inachevée, en dépit des belles affirmations figurant à l'article 48 de la Constitution précitée. En particulier, il n'y eu point de législation civile unifiée prévoyant un mariage civil, et partout, ce dernier resta soumis aux formes religieuses. Il revient donc au pasteur ou au curé, selon le canton, de procéder à la célébration du mariage, comme antérieurement à 1798.

Au régime de l'Helvétique, succède en 1803 celui de l'Acte de Médiation. Cette courte période (1803-1815) marque le retour à la souveraineté des cantons en matière de droit et juridiction civils, et fort logiquement, l'avènement des concordats intercantonaux. Le Pacte fédéral du 7 août 1815 (1815-1848) permet d'ailleurs la poursuite de cette pratique, le pays étant redevenu une confédération d'États. Sans compétence générale pour unifier le droit civil, la période 1803-1848 constitue véritablement l'âge d'or des conventions intercantionales<sup>43</sup>. Les cantons apparaissent donc libres de régir le mariage comme bon leur semble, et les entraves éventuelles à

---

<sup>40</sup> Loi du 30 août 1798, *op. cit.*, vol. I, p. 342. Voir aussi : D. BERBERAT, D. PERDRIZAT, « L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé », *L'unification du droit privé suisse au XIX<sup>e</sup> siècle*, Éditions universitaires de Fribourg, 1986, p. 15.

<sup>41</sup> M.-B. SCHÖENENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 76.

<sup>42</sup> Rappelons simplement qu'à partir de 1800, l'histoire de la République helvétique se caractérise par une succession de coups d'État, entre tentatives de prise de pouvoir par les fédéralistes ou par les unitaires. La centralisation « à la française » correspond en effet peu à l'esprit de la Suisse, aux gouvernants comme aux gouvernés, et provoque des remous. La France voit la Suisse comme une sorte d'État « satellite », les réformes sont mises en œuvre à la hâte, et les républicains s'attirent même les foudres des partisans de la révolution en réintroduisant des mesures telles que la perception des cens fonciers... Cette affres en politique intérieure emportent des conséquences sur la sécurité du territoire vis-à-vis de l'extérieur, certaines puissances profitant de la situation pour tenter de s'approprier les cols alpins de la Suisse. Bonaparte se voit contraint de donner une nouvelle constitution à la Suisse, l'Acte de Médiation du 19 février 1803. Bonaparte, jouant son rôle de médiateur dans le conflit opposant ainsi fédéralistes et centralisateurs, y reconnaît en préambule que la Suisse est « constituée fédérale par nature » ; la souveraineté cantonale est désormais très étendue. Ce système correspondant davantage à l'histoire de la Suisse, mais sert également, il ne faut pas s'y tromper, les besoins de la politique française. L'Acte de Médiation restera en vigueur sans modification jusqu'à la fin de la domination napoléonienne en 1813.

<sup>43</sup> C. SEEGER, « Étapes de l'unification... », *op. cit.*, p. 60.

la conclusion d'une union sont identiques à celles que l'on connaissait sous la République helvétique. Néanmoins, le retour en arrière n'est pas total. La République helvétique a permis le remaniement des territoires cantonaux, et il n'existe plus de bailliages communs ni sujets<sup>44</sup>. En outre, le XIX<sup>e</sup> siècle est celui de l'entrée dans l'ère moderne, impliquant des changements dans les domaines économique et juridique. Certains cantons sont désormais mixtes, à l'image de l'Argovie, Les Grisons, Saint-Gall, Thurgovie, et dans une certaine mesure Berne et Genève<sup>45</sup>. Les religions principales de la Suisse – catholicisme et protestantisme – y sont représentées dans des proportions non négligeables. La liberté d'établissement et la libre circulation des biens et des personnes, consacrées sous l'Helvétique, contribuent également au brassage des populations de canton à canton<sup>46</sup>. Enfin, le XIX<sup>e</sup> siècle marque le début des grandes codifications modernes en matière de droit privé (en particulier le Code Napoléon et l'ABGB autrichien), générant naturellement une certaine influence sur le droit en Suisse<sup>47</sup>. Ces paramètres pris en compte, le maillage législatif en Suisse apparaît beaucoup plus complexe que sous l'Ancien Régime. Chaque canton dispose de sa propre Constitution et reste seul maître de son droit du mariage. Parallèlement, les mariages mixtes tendent à s'accroître nettement, phénomène auquel il faut désormais parer. Dans ce contexte, les solutions juridiques aux entraves touchant les mariages mixtes apparaissent d'abord concordataires, au XIX<sup>e</sup> siècle. Initialement, toutefois, l'Acte de Médiation du 19 février 1803 ne semble pas rendre cette pratique si aisée. En principe, en effet, son article 10 interdit « toute alliance d'un canton avec un autre canton, ou avec une puissance étrangère »<sup>48</sup>. L'article 40, pour sa part, précise qu'« aucun droit, en ce qui concerne le régime intérieur des cantons et leurs rapports entre eux, ne peut être fondé sur l'ancien état politique de la Suisse »<sup>49</sup>. Le 29 juin 1803, suite aux vives protestations des cantons face à cette vacuité juridique, la Diète décide d'accepter la passation de conventions intercantionales, pourvu qu'elle en soit informée<sup>50</sup>. Sous ce nouveau régime, le premier accord intercantonal, réglant comme

<sup>44</sup> C. SEEGER, « Étapes de l'unification... », *op. cit.*, p. 60.

<sup>45</sup> Cette tendance à la mixité est particulièrement remarquable à partir de 1848. Voir à ce sujet : G. GUISSOLAN, *op. cit.*, p. 80.

<sup>46</sup> S'agissant du progrès économique en Suisse au XIX<sup>e</sup> siècle et de ses conséquences sur le droit, voir notamment : R. PINNA, *Les concordats de droit privé...*, *op. cit.*, p. 41 s. Plusieurs articles de la Constitution de la République helvétique reconnaissent ces libertés fondamentales. L'article 1<sup>er</sup> abolit les « frontières entre les cantons » ; toute distinction liée à la naissance est supprimée (art. 8) et la nation de citoyenneté suisse est introduite (art. 19).

<sup>47</sup> Pour l'influence du Code Napoléon à cette époque en Suisse, lire : I. AUSBURGER-BUCHELI, « Le code Napoléon en Suisse : son influence au XIX<sup>e</sup> siècle sur les codifications cantonales en Suisse romande et au Tessin », *Le Code Napoléon et son héritage*, Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1993, p. 69-78. S'agissant du code civil autrichien, voir par exemple : P. CARONI, *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa : atti del Convegno internazionale Pavia, 11-12 ottobre 2002*, Padova, CEDAM, 2006, 524 p.

<sup>48</sup> J. BIEDERMANN, *Chartes, Pactes et Traités de la Suisse*, Lausanne, Art et Science, 1915, p. 91.

<sup>49</sup> J. BIEDERMANN, *Ibid.*, p. 96-97.

<sup>50</sup> Article portant sur les « concordats » dans le *Dictionnaire Historique de la Suisse* (accessible en ligne).

nous l'avons précisé la situation du Bucheggberg, sera alors appelé « concordat ». En matière de mariage, le premier concordat – d'ambition modeste – est signé le 5 juin 1805. Il prévoit expressément que les conditions de conclusion des mariages intercantonaux sont du ressort du droit intercantonal privé. Se montent là deux blocs antagonistes, symbolisant déjà les limites du système concordataire. Les cantons conservateurs, à l'image du Valais, Fribourg, Zoug, Lucerne, Schwytz, restent globalement attachés à la compétence juridictionnelle et législative exclusive de l'Église concernant le mariage. Les cantons de tradition protestante se montrent quant à eux généralement respectueux des acquis de l'Ancien Régime ; bien entendu (la forme du mariage mise à part), les droits matrimoniaux des cantons de Vaud, Genève et Neuchâtel accusent une influence du Code Napoléon, alors que les cantons alémaniques, comme par exemple Zurich ou Schaffhouse, sont plus fidèles à l'essentiel du droit réformé<sup>51</sup>. Tous les cantons, sauf Schwytz et le Tessin, formulèrent leur adhésion à ce concordat.

S'il faut trouver une ligne directrice aux concordats signés en matière de mariage sous la Médiation, puis sous l'empire du Pacte fédéral de 1815, notons que ceux-ci n'atteignent guère le droit matériel du mariage. De 1815 à 1848, plus précisément, les conventions intercantionales confirment le droit existant sous la Médiation plutôt qu'elles ne viennent apporter d'innovations. La voie est d'abord celle de la continuité. Selon l'article 14, en effet, « tous les concordats et conventions conclus entre les cantons depuis 1803, lesquels ne sont pas contraires aux principes du présent pacte fédéral, restent dans leur état actuel, jusqu'à ce qu'ils aient été formellement révoqués ». S'agissant cette fois des nouveaux accords, l'article 6 interdit aux cantons de « former entre eux des liaisons préjudiciables » au Pacte fédéral ou aux droits des autres cantons. Cette notion de concordat prendra une résonance toute particulière pendant l'application du Pacte. La Confédération n'a alors d'autre organe que la Diète, dans laquelle chacun des cantons ne dispose que d'une voix (soit 22 voix en tout, selon l'article 8 du Pacte fédéral)<sup>52</sup>. Les cantons directeurs en sont Zurich, Berne et Lucerne, tous les deux ans, symbolisant ainsi le choix de l'équilibre<sup>53</sup>. L'assemblée ainsi constituée dirige « les affaires générales de la Confédération » que lui ont remis les cantons souverains (article 8 du Pacte). La Suisse étant redevenue une Confédération d'États, cette affirmation pourrait sembler logique. Mais sous bien d'autres aspects, le pouvoir central se trouve affaibli, cette particularité touchant d'ailleurs la portée des concordats à cette période. La Diète dispose de compétences en matière de politique étrangère, commerce extérieur et défense militaire. Elle peut

---

<sup>51</sup> C. SEEGER, « Étapes de l'unification... », *op. cit.*, p. 60.

<sup>52</sup> J.-Fr. AUBERT, *Petite histoire constitutionnelle de la Suisse*, Berne, Francke Éditions, 1974, p. 18.

<sup>53</sup> Voir à ce sujet les analyses suivantes : *Ibid.*, p. 18. Et aussi : J.-L. PORTMANN, *Histoire de la composition du gouvernement fédéral de la Confédération suisse*, Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2008, p. 56.

en principe intervenir pour rétablir l'ordre dans les cantons troublés, et imposer le droit fédéral à l'égard de ceux qui ne le respectent pas. Mais, même dans ces cas précis, elle apparaît toujours dépendante des cantons qui la composent. Les contingents militaires sont ainsi ceux des cantons, et les contributions les finançant proviennent des cantons... (article 3 du Pacte)<sup>54</sup>. Les cantons, bien conscients de cette situation jouant pour eux, n'attachent plus grande valeur aux délibérations de la Diète<sup>55</sup>. Les termes très généraux du Pacte ainsi que cette répartition des forces emportent évidemment des conséquences sur les concordats signés pendant le Pacte fédéral. Ces concordats ont en effet la prétention de devenir droit fédéral. Si une majorité absolue de douze cantons adhère à une convention décidée par une majorité de cantons pendant la réunion de la Diète, alors cette convention est en effet considérée comme un « concordat fédéral » ; elle fait office de « loi fédérale »<sup>56</sup>. Suite à une décision en ce sens de la Diète du 25 juillet 1836, un canton ne peut d'ailleurs se retirer lui-même d'un concordat<sup>57</sup>. Il lui faut auparavant recueillir l'accord de la majorité des cantons parties à la convention, et si le retrait est refusé, il appartient à la Diète de statuer sur la demande initiale. Son acceptation peut alors entraîner le versement de dommages et intérêts aux cantons restant parties au concordat. C'est donc un retentissement tout particulier qu'auront les concordats, y compris ceux portant sur le mariage, sous le Pacte fédéral.

## **B. La cristallisation des difficultés concernant les mariages mixtes et les solutions concordataires**

Au cours de ces 45 années (1803-1848), les concordats sur le mariage se concentrent sur trois principaux objets : la forme des mariages intercantonaux (1805, 1820, 1839, 1842), la suppression des obstacles au mariage avec un non-bourgeois (1808, 1818, 1839), et enfin l'admissibilité des mariages mixtes et leur célébration, cas le plus épineux et qui occupera notre intérêt (1812, 1819, 1821)<sup>58</sup>. Le premier des concordats portant sur le mariage mixte est issu de deux plaintes, l'une contre Bâle, l'autre Soleure. Un décret bâlois du 20 décembre 1803 frappe d'abord de la perte de citoyenneté l'homme bâlois prenant le parti d'épouser une femme catholique<sup>59</sup>. Quelques années plus tard, le canton de Zurich investit cette fois Soleure, dont l'un de ses ressortissants se voit interdire d'épouser une zurichoise pourtant mise enceinte

<sup>54</sup> J.-Fr. AUBERT, *Petite histoire...*, *op. cit.*, p. 18. Et J.-L. PORTMANN, *op. cit.*, p. 57.

<sup>55</sup> J.-Fr. AUBERT, *Petite histoire...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>56</sup> Un tel concordat n'est toutefois pas obligatoire pour les non-adhérents. Voir : G. VOGT, *Revision der Lehre von den eidgenössischen Konkordaten*, Bern, J. Dalp, 1865, p. 201.

<sup>57</sup> Article portant sur les « concordats » dans le *Dictionnaire Historique de la Suisse* (accessible en ligne).

<sup>58</sup> C. SEEGER, « Étapes de l'unification... », *op. cit.*, p. 60-61.

<sup>59</sup> M.-B. SCHENENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 79.

sous promesse de mariage<sup>60</sup>... Ces litiges sont évidemment peu propices à la bonne entente, à la « concorde » entre cantons, et à l'équilibre général de la Confédération. En conséquence, un concordat du 11 juin 1812 prévoit que « les mariages entre catholiques et protestants de nationalité suisse ne doivent être ni interdits par les cantons, ni punis de la perte des droits civils et de bourgeoisie »<sup>61</sup>. La teneur de ce texte est renouvelée en 1819, et emporte l'adhésion des cantons jusqu'en 1823, Uri, Schwytz, Unterwald, Appenzell et le Valais toutefois mis à part<sup>62</sup>. Mais, très vite, ce premier compromis montre ses limites. En effet, il exige la publication des bans aux domiciles respectifs des fiancés, ce qui fait en réalité obstacle à un mariage pour le ressortissant d'un canton hostile aux unions mixtes. Mais c'était sans compter sur la réaction du Saint-Siège...

Dès 1820, la papauté se fait généralement intransigeante sur ce point<sup>63</sup>. En 1821, bien évidemment, le Saint-Siège est mis au courant de la signature de ce concordat. Le 1<sup>er</sup> août, la Papauté interdit à ses prêtres de « célébrer les mariages mixtes », et de prêter leur concours, de quelque manière que ce soit, à ces sortes d'unions<sup>64</sup>. Réunis à Baden la même année, les délégués des cantons protestants et paritaires réagissent<sup>65</sup>. Par concordat du 14 août 1821, « vu l'inhibition faite récemment au clergé catholique par le Saint-Siège, de bénir les mariages mixtes, inhibition qui s'étend entr'autres aux publications de bans ou d'annonces »<sup>66</sup>, il est décidé que désormais, il sera procédé, soit par le ministre du culte, soit par l'officier civil, à la publication des bans de mariages mixtes<sup>67</sup>. L'objectif de ce concordat semble bien, au final, de se passer de curé<sup>68</sup>...

<sup>60</sup> C. SEEGER, « Étapes de l'unification... », *op. cit.*, p. 61.

<sup>61</sup> *Recueil officiel* (ci-après *RO*), 1815-1848, I, p. 316.

<sup>62</sup> *RO*, 1815-1848, I, p. 318. Uri, Schwytz et Unterwalden réservent cet objet à leur législation cantonale ; Appenzell, divisé en deux souverainetés d'après la différence de religion, interdit absolument ces mariages ; le Valais ne prend aucun engagement à cet égard, quoique, d'après ses lois, les mariages mixtes ne soient ni précisément défendus, ni punis par la perte du droit de cité.

<sup>63</sup> Pour l'analyse du point de vue catholique et le détail des arguments avancés contre ces unions, lire : J. CANDOLFI, *Les mariages mixtes...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>64</sup> M.-B. SCHENENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 80. Le texte de la décision figure dans : *Codex Iuris Canonici Fontes*, Edited by Gasparri, vol. IV, p. 144 (accessible en ligne : <https://archive.org/details/CICF-Gasparri>).

<sup>65</sup> J. CANDOLFI, *Les mariages mixtes...*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>66</sup> *RO*, 1815-1848, II, p. 45.

<sup>67</sup> Article 1<sup>er</sup> du concordat intercantonal du 14 août 1821.

<sup>68</sup> *Kirchenzeitung für die katholische Schweiz*, Lucerne, 1850, p. 265. Il est même question de sanctionner les prêtres réticents à pratiquer de telles célébrations. En 1834, en effet, des délégations issues des cantons de Berne, Lucerne, Soleure, Bâle-Campagne, Argovie, Thurgovie, Saint-Gall, se réunissent à Baden. De cette conférence est issue le texte suivant : « Le mariage entre fiancés de différentes confessions est garanti par les cantons contractants. Les publications et la bénédiction sont soumises aux mêmes prescriptions que celles des mariages non-mixtes et sont imposées aux curés, sans exception. Les différents cantons détermineront les peines coercitives à appliquer aux curés qui s'y refusent ». Cette décision resta toutefois plus ou moins lettre morte. Argovie l'accepte le 7 juillet 1834,

S'il apporte des réponses pratiques à la célébration des mariages mixtes, l'inconvénient juridique du système concordataire reste facilement décelable : il n'engage que les cantons signataire, et propose des solutions *a minima*. Les cantons récalcitrants, d'ailleurs, se montrent bien décidés à maintenir leurs principes. Ainsi, dans le Valais et à Schwytz, des lois respectivement de 1837 et 1840 prohibent absolument les mariages entre catholiques et protestants, sous peine d'*Heimatlosat*<sup>69</sup>. La loi valaisanne en question (pour ne citer qu'elle), promulguée le 23 décembre 1837 et concernant les mariages contractés par les Valaisans à l'étranger ou par des étrangers dans le canton ainsi que sur les mariages mixtes<sup>70</sup>, est notamment assortie de sanctions significatives et dissuasives... Les mariages de Valaisans ou de Valaisannes avec des personnes ne professant pas la religion catholique sont et demeurent prohibés, dans et hors du canton (art. 4). L'article suivant décourage les candidats au mariage mixte de fuir dans un canton voisin ou un pays à la législation plus favorable afin de contracter leur union : « Les citoyens du canton qui se marieront soit à l'étranger, soit dans d'autres États de la Confédération, sans l'autorisation préalable du Gouvernement, seront suspendus pendant sept ans, dès leur rentrée dans le pays, de l'exercice de leurs droits politiques et de la jouissance des droits utiles de leur commune » (art. 5). Les individus qui contreviendraient à l'article 4, tout en bénéficiant du droit de cité dans le canton du Valais, s'exposent à la privation de l'exercice de leurs droits politiques et de la jouissance des droits utiles de leur commune, pendant une durée de vingt ans (art. 8).

En réalité, le point principal de discordance entre cantons catholiques refusant les mariages mixtes et cantons parties au concordat précité du 14 août 1821 réside dans l'éducation religieuse des enfants, comme nous l'avons déjà quelque peu évoqué<sup>71</sup>. La question est épineuse, d'ailleurs bien avant la naissance officielle de l'institution concordataire. À la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, une célèbre affaire oblige déjà les gouvernants à s'atteler au sujet<sup>72</sup>... Un certain Grüniger von Ermalingen se convertit au catholicisme et demande, devant la Diète, que ses garçons soient élevés dans cette même foi. Après vingt années de pourparlers, l'assemblée ébauche une solution, destinée faire consensus : les garçons seront élevés dans la religion du père, et les

---

avant de la rejeter finalement en 1841. Lucerne agit de même. Quant à Berne, il y souscrit, en violation de ses engagements envers le Jura, et il fallut l'intervention de la France pour que le canton revienne sur sa volonté. À Saint-Gall, le peuple oppose son veto, et à Soleure, le texte n'est même pas mis à l'ordre du jour. Enfin, Thurgovie y adhère, sous réserve de sauvegarde de ses lois antérieures...Voici donc un résultat bien mitigé.

<sup>69</sup> J.-J. BRIQUET, *Le mariage civil et le mariage religieux étudiés dans le droit genevois et dans le droit fédéral suisse*, Genève, imprimerie Fick, 1865, p. 51.

<sup>70</sup> *Recueil des lois, décrets et arrêtés de la République et canton du Valais, 1827 à 1838*, Tome V, Sion, imprimerie Schmid, 1886, p. 514.

<sup>71</sup> J.-J. BRIQUET, *Le mariage civil et le mariage religieux...*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>72</sup> M.-B. SCHENENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 81.

filles dans celle de la mère. À partir de 16 ans, les enfants seraient en âge de choisir eux-mêmes leur religion, et donc éventuellement d'en changer le cas-échéant. Cependant, la mise en œuvre de cette décision de principe s'avère impossible. De violentes oppositions s'élèvent à la Diète, contraignant finalement celle-ci à abandonner le projet en 1780. En cas de mariage mixte, les canons de l'Église catholique sont sans appel<sup>73</sup>. Un tel mariage constituerait un danger de perversion, guettant l'époux et ses enfants... Quant à l'avenir religieux des enfants issus de telles unions, les époux doivent promettre de faire baptiser et d'élever leurs enfants dans la religion catholique. Ce n'est même qu'à cette condition expresse que l'Église peut accorder la dispense d'empêchement de religion mixte (*impedimentum mixtae religionis*)<sup>74</sup>. Ces principes demeurent en vigueur dans les cantons catholiques ayant refusé d'adhérer aux concordats portant sur les mariages mixtes. Les différents concordats, d'ailleurs, éludent prudemment la question et se gardent bien de poser un régime uniforme ; ils laissent ainsi aux cantons le soin de déterminer la confession des enfants issus de ces unions<sup>75</sup>. Quatre régimes finissent ainsi par coexister en Suisse : les enfants peuvent d'abord suivre la religion du père (il s'agit de la solution la plus courante, remontant aux premiers temps de la Réforme<sup>76</sup>), la religion du père peut être donnée aux fils alors que les filles suivent celle de la mère, les enfants peuvent être élevés dans la religion du canton de domicile ou d'origine, certains cantons laissant enfin aux époux la possibilité de choisir<sup>77</sup>. Le 22 juin 1810, Zurich propose que les enfants soient élevés dans la religion officielle du canton d'origine. Lucerne, Zoug, Berne et Bâle finirent par suivre ce régime le 11 juin 1811. Appenzell et Vaud laissent quant à eux au père le soin de déterminer la religion de l'enfant<sup>78</sup>. À Saint-Gall, Argovie, Schaffhouse, le père donne sa religion à ses enfants, à partir du 30 avril 1819.

---

<sup>73</sup> Sur le droit canonique portant sur les mariages mixtes, consulter : A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, Partie 2, Paris, Larose et Forcel, 1891, p. 224 s. La théorie canonique des mariages mixtes a été développée lors du concile de Trente.

<sup>74</sup> Il est de toute façon recommandé aux prêtres catholiques de ne point célébrer des unions mixtes. L'empêchement prohibitif peut toutefois être levé par une dispense accordée par le Saint-Siège. Les évêques peuvent aussi l'accorder, à condition d'avoir reçu délégation à cet égard. Cette dispense est accordée sous trois conditions cumulatives : l'époux non catholique doit promettre de laisser son conjoint pratiquer la religion catholique, l'époux catholique s'engageant de son côté à faire son possible pour amener sa moitié à la conversion, et la promesse doit être faite par les époux d'élever les enfants issus de l'union dans le catholicisme. L'union célébrée en vertu d'une dispense d'*impedimentum mixtae religionis* suit enfin des formes particulières. Le curé doit y prêter une assistance passive (*assistentia mere passiva*), suffisante pour la validité de l'union, cette dernière ne doit pas être bénie, et ne doit pas être contractée dans l'église (*loco sacro*). Voir : A. ESMEIN, *op. cit.* p. 227 s.

<sup>75</sup> Voir : M.-B. SCHENENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 82. Et aussi : J. CANDOLFI, *Les mariages mixtes...*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>76</sup> Voir l'analyse de : M.-B. SCHENENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 82, notes 82-85.

<sup>77</sup> M.-B. SCHENENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 83.

<sup>78</sup> M.-B. SCHENENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 82 et s. Et aussi : J. CANDOLFI, *Les mariages mixtes...*, *op. cit.*, p. 82.

Zurich, Glaris et Thurgovie, exigent la religion du canton d'origine, alors que Bâle, Berne et Appenzell Rhodes Extérieures appliquent celle du canton de domicile.

De la Médiation jusqu'à 1848, la diversité caractérise les règles régissant les mariages mixtes. Les concordats sur le sujet n'emportent pas l'adhésion de tous les cantons, illustrant des sensibilités religieuses bien prégnantes. Quant à la question de l'éducation religieuse des enfants, point d'achoppement de cette question des mariages mixtes, son traitement reste des plus confus. Ce foisonnement des réglementations, des régimes « à plusieurs vitesses », montre en tout cas que la Suisse d'avant 1848 n'est pas encore prête à adopter un système unique en matière de mariages mixtes, quelle que soit la marge de manœuvre laissée par la Constitution à l'unification du droit. Néanmoins, les concordats constituent déjà une première ébauche d'unification, se limitant évidemment aux cantons signataires ; ils « préparent le terrain » pour une réglementation générale du droit du mariage. Les années 1840 prennent fin dans un climat confessionnel plus que tendu en Suisse<sup>79</sup>. En 1845, sept cantons conservateurs et catholiques forment la coalition du Sonderbund<sup>80</sup>. Elle a pour objectif principal de défendre leurs intérêts contre les radicaux progressistes et anticatholiques des autres cantons. De l'autre côté, la Diète fédérale veut la dissolution du Sonderbund, considérée comme une violation de l'article 6 du Pacte fédéral, prévoyant que les cantons « ne peuvent former entre eux des alliances préjudiciables au Pacte fédéral ou aux droits des autres cantons ». La guerre semble inévitable... À l'issue de 26 jours de conflit, le Sonderbund est défait. Sous l'impulsion des radicaux, une nouvelle constitution est rédigée en 1848. La Suisse forme désormais un État fédératif.

## II. Le déclin des concordats et de la marche forcée vers l'unification (1848 – 1874)

1848 marque le début d'une nouvelle ère pour les concordats. La structure de l'État fédéral est désormais affermie, et les concordats se trouvent concurrencés par le recours à des lois fédérales en matière de mariage mixte. Néanmoins, selon la lettre de la Constitution de 1848, la compétence cantonale dans le domaine matrimonial semble bien demeurer... (A). La révision constitutionnelle de 1874 ne permet pas de modifier cette donne de façon claire, sauf peut-être quant à la forme du mariage.

<sup>79</sup> S'agissant plus particulièrement du climat régnant entre catholiques et protestants à Lausanne au XIX<sup>e</sup> siècle, lire : B. SECRÉTAN, *Église et vie catholique à Lausanne du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Bibliothèque historique vaudoise, n°127, 2005, p. 36 s.

<sup>80</sup> Concernant l'histoire de la guerre du Sonderbund, voir par exemple : P. DU BOIS, *La guerre du Sonderbund : la Suisse de 1847*, Paris, éditions Alvik, 2003, 207p.

Quelque mois plus tard, la loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état-civil, la tenue des registres s'y rapportant et le mariage, instaure un mariage civil obligatoire mais aussi des conditions matérielles et de divorce tirant beaucoup des aspirations réformées et napoléoniennes (B).

## **A. La coexistence entre concordats et premières lois fédérales à base constitutionnelle discutable**

En 1848, la Suisse devient un État fédéral ou fédératif. Sa Constitution est alors composée d'un préambule assez court, de trois chapitres comprenant 114 articles, et de dispositions transitoires<sup>81</sup>. Un premier chapitre porte sur les institutions de la Confédération et des cantons, le deuxième institue les autorités fédérales, et le troisième examine les moyens par lesquels la Constitution peut être révisée<sup>82</sup>. Désormais, les rapports entre cantons et Confédération ne reposent plus sur un « pacte », un traité, mais sur un texte à valeur symbolique encore plus grande ; les liens entre ces entités ne sont plus contractuels, mais constitutionnels. La Suisse prend une forme plus solide. Elle dispose à nouveau d'un gouvernement digne de ce nom, et les Chambres fédérales peuvent légiférer<sup>83</sup>. Les cantons perdent leur pouvoir exclusif, comme cela pouvait être le cas pendant l'application du Pacte de 1815, au profit d'institutions nationales, à savoir le Parlement et le Corps électoral. En d'autres termes, les cantons voient leur pouvoir souverain se réduire au profit de l'État<sup>84</sup>. Dans les textes, pourtant, ces deux souverainetés coexistent. Ainsi, comme l'affirme le préambule de la Constitution de 1848, si le Pacte de 1815 est révisé, c'est bien pour « affermir l'alliance des Confédérés, maintenir et accroître l'unité, la force et l'honneur de la nation suisse ». Les « Confédérés » sont ici les cantons, au nom du fédéralisme, et la « nation suisse » est constituée du peuple, au nom de la démocratie et de l'État tout entier. Encore une fois, la bonne marche de la Confédération repose sur l'équilibre de ces deux souverainetés, entre cantons et institutions centralisées. Les formules employées dans les deux articles principaux traitant des rapports entre cantons et Confédération paraissent d'ailleurs assez ambiguës. L'article 3 énonce ainsi que « les cantons sont souverains tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale, et comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral ». La primeur va donc, dans cette disposition, aux cantons. L'article 5 semble cette fois davantage poser un équilibre, puisque la

---

<sup>81</sup> J.-FR. AUBERT, *Petite histoire...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>83</sup> G. ANDREY, FR. CHERIX, A. PAPAUX, J.-P. VILLARD, « Les concordats romands. Hier. Aujourd'hui. Demain », *La Suisse romande, quatre regards*, p. 125.

<sup>84</sup> J.-FR. AUBERT, *Petite histoire...*, *op. cit.*, p. 30.

Confédération « garantit aux cantons leur territoire, leur souveraineté, dans les limites fixées par l'article 3, leurs Constitutions, la liberté et les droits du peuple, les droits constitutionnels des citoyens, ainsi que les droits et les attributions que le peuple a conférés aux autorités ». Si les cantons sont souverains, c'est parce que la Confédération leur garantit cette souveraineté, cette dernière demeurant de droit pourvu que les cantons respectent les termes de la Constitution<sup>85</sup>.

De telles dispositions laissent présager de l'utilisation que feront les cantons et la Confédération de leur marge de manœuvre dans le domaine législatif. À côté des concordats (apanage des cantons souverains), des lois fédérales, applicables à tout le pays, seront en effet votées. Concordats et lois fédérales forment ainsi les symboles de la coexistence de ces deux souverainetés sous l'empire de la nouvelle Constitution. L'article 7 de la Constitution concerne précisément les concordats. On y remarque les stigmates du Sonderbund, dernière guerre civile que la Suisse ait connue : « Toute alliance particulière et tout traité d'une nature politique entre cantons sont interdits ». En revanche, « les cantons ont le droit de conclure entr'eux des conventions sur des objets de législation, d'administration ou de justice ; toutefois, ils doivent les porter à la connaissance de l'autorité fédérale, laquelle, si ces conventions renferment quelque chose de contraire à la Confédération ou aux droits des autres cantons, est autorisée à en empêcher l'exécution. Dans le cas contraire, les cantons contractants sont autorisés à réclamer pour l'exécution la coopération des autorités fédérales ». En tout cas, la nouvelle liste des compétences de la Confédération semble s'allonger. Cette dernière emporte des pouvoirs accrus et exclusifs dans le domaine de la défense et des affaires étrangères (art. 8), elle a le droit d'établir une université fédérale ou une École polytechnique (art. 22), elle obtient la régle des postes, de la monnaie, des poudres (art. 29 s.), unifie les poids et mesures (art. 37), peut ordonner des travaux publics d'intérêt régional ou national (art. 21)<sup>86</sup>...

Qu'en est-il cette fois des compétences respectives des cantons et de la Confédération s'agissant du mariage et en particulier du mariage mixte, objet de cette étude ? Il s'avère que la nouvelle Constitution ne prévoit aucunement l'unification du droit civil. En toute logique, la démarche concordataire mériterait donc de garder toute sa place en ce domaine. Tout au plus, s'agissant de la diversité religieuse en Suisse, l'article 44 al.1<sup>er</sup> garantit-il, dans toute la Confédération, le « libre exercice du culte des confessions chrétiennes reconnues »... Puis, sans doute là-encore en mémoire des heurts confessionnels des années précédentes, l'alinéa 2 du même article précise que les cantons et la Confédération pourront toujours « prendre les mesures propres au maintien de l'ordre public et de la paix » entre religions. Les termes de la répartition

<sup>85</sup> L'article 6, par exemple, énonce les conditions que doivent remplir les Constitutions cantonales pour qu'elles puissent être garanties par la Confédération.

<sup>86</sup> Pour l'analyse de ces dispositions, voir encore : J.-FR. AUBERT, *Petite histoire...*, op. cit., p. 30.

des compétences entre cantons et Confédération ne manqueront pas d'être interprétés largement<sup>87</sup>... Prenons d'abord l'exemple du télégraphe, dont la Constitution ne règle pas le sort. Une loi fédérale du 23 décembre 1851 en fera une partie de la régle des postes, tombant dans l'escarcelle des compétences fédérales<sup>88</sup>. Il en sera de même pour le sujet qui nous occupe. En 1848, avènement du nouveau régime, les radicaux progressistes et anticléricaux dominent les autorités fédérales centrales<sup>89</sup>. La guerre du Sonderbund elle-même n'est autre qu'une réaction à la prise de pouvoir de ces mêmes radicaux dans la majorité des cantons, et aux menées des corps-francs dans le canton de Lucerne (1844-1845) suite à l'affaire des Jésuites. En 1848, les catholiques-conservateurs représentent désormais une force d'opposition. Il faudra toutefois attendre 1891 pour que soit élu le premier conseiller fédéral catholique<sup>90</sup>. En attendant, depuis la défaite du Sonderbund, ces derniers n'apparaissent plus en mesure de peser réellement sur les débats politiques. En matière de mariage mixte, nous verrons qu'ils pâtiront largement de cette situation...

En 1848, si l'on s'en tient donc strictement à la lettre de la Constitution, les cantons disposent toujours de leur pleine compétence dans le domaine matrimonial. Mais les temps sont durs pour le traditionalisme religieux... À l'aube des années 1850, les cantons d'Uri, Schwytz, Unterwald, Appenzell Rhodes Intérieures et du Valais, restent inflexibles et prohibent de manière absolue tout mariage mixte<sup>91</sup>. Mais à l'époque du développement des échanges et de la mobilité, et dans un contexte où les catholiques se trouvent assurément en position de faiblesse, cette situation ne devait pas tarder à évoluer. À Schwytz, où les autorités cantonales ont jusque-là toujours refusé d'adhérer à tout concordat réglant la question, une loi du 3 mai 1840 prohibe

---

<sup>87</sup> J.-FR. AUBERT, *Petite histoire...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>88</sup> A. KLEY, « Les compétences fédérales dotées de force dérogatoire originelle d'un point de vue historique », extrait retravaillé et développé du cours inaugural donné à l'Université de Berne le 25 novembre 1998, intitulé « Die Gründung des schweizerischen Bundesstaates 1815-1848 », publié à l'origine dans *Recht*, 1999, p. 189-201. La compétence fédérale en matière de télégraphe a d'ailleurs fait l'objet de débats. Voir sur ce dernier point : P. CONRADIN VON PLANTA, *Die Schweiz in ihrer Entwicklung zum Einheitsstaate*, Zurich, 1877, p. 15.

<sup>89</sup> Voir l'article portant sur le « Parti radical démocratique (PRD) », le *Dictionnaire Historique de la Suisse* (accessible en ligne). Le PRD milite traditionnellement pour la garantie des libertés individuelles, l'initiative, le référendum, et le libéralisme économique, dans lequel l'État intervient peu. En 1848, à l'adoption de la nouvelle Constitution, les cantons de Bâle, du Valais, de Genève, de Vaud et du Tessin, sont terres de prédilection des radicaux. S'agissant plus particulièrement du paysage politique dans le canton de Vaud à cette époque et de l'histoire de ses partis politiques, consulter : J. MEYNAUD, *Les partis politiques vaudois*, Montréal, Études de sciences politiques, 1966, 194p. (pour l'histoire du Parti Radical, voir p. 15 s.).

<sup>90</sup> Cette force d'opposition est représentée à travers une presse et des associations catholiques, et bien entendu l'Église catholique. Voir à ce sujet : P.-A. SCHORDERET, « Crise ou chrysanthèmes ? Le parti démocrate-chrétien et le catholicisme politique en Suisse (XIX<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècles) », *Traverse, Histoire des partis politiques en Suisse*, Chronos, 1-2007, p. 85.

<sup>91</sup> M.-B. SCHÖNENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 82 s. Et aussi : J. CANDOLFI, *Les mariages mixtes...*, *op. cit.*, p. 84.

absolument les mariages mixtes : « Le mariage avec des personnes non catholiques est entièrement et sans exception interdit à l'avenir aux ressortissants de ce canton » (art. 1<sup>er</sup>)<sup>92</sup>. Plusieurs recours sont alors adressés au Conseil fédéral contre cette même loi, tendant tous à démontrer que l'égalité promise par la Confédération entre tous les citoyens n'est qu'illusoire tant que demeurent des préjugés confessionnels. L'une des deux pétitions, présentée par le médecin Schwytzois Fridolin Benz mais rédigée en réalité par Ludwig Snell, réfugié politique allemand au radicalisme convaincu, a un certain retentissement<sup>93</sup>. Le rapport du Conseil fédéral aux Chambres, établi le 4 mars 1850, permet d'en apprendre davantage sur l'argumentaire développé<sup>94</sup>. La loi contestée par le pétitionnaire repose sur les « privilèges de l'Église catholique », en se rapportant à une « séparation sonderbundienne » de la Confédération ; elle est « contraire à l'article 2 de la Constitution fédérale qui veut la protection de la liberté et des droits des confédérés et l'accroissement de leur prospérité commune ; contraire à l'article 1<sup>er</sup> qui déclare que tous les Suisses sont égaux devant la loi ; contraire également l'article 48 qui oblige les cantons à traiter tous les citoyens suisses de confession chrétienne comme ceux de leur État en matière de législation et pour tout ce qui concerne les voies juridiques ». Benz entend ainsi que les autorités fédérales fassent droit à deux demandes : l'élaboration d'une loi fédérale non discriminatoire sur le mariage entre catholiques et protestants, et l'abrogation de la loi schwytoise du 31 mars 1840.

Quelque convaincants que puissent être les développements présentés, le Conseil fédéral botte en touche et s'en tient de prime abord à la pure technique juridique. La loi litigieuse a été régulièrement mise en œuvre par l'autorité cantonale, et n'a été abrogée ni par la Constitution, ni par la législation fédérale<sup>95</sup>. En outre, rien dans la Constitution n'autorise les autorités fédérales à intervenir en ce domaine du droit privé. Mais un peu plus loin, le Conseil fédéral livre son avis sur la question... Ainsi, la loi litigieuse est « contraire aux articles 41-44, parce que son existence impliquerait une véritable dérision envers le libre établissement, l'égalité des droits politiques, la liberté de croyance et le droit de cité garantis par la Confédération »<sup>96</sup>. Le Conseil national, de son côté, est non seulement du même avis que le Conseil fédéral s'agissant du fond de cette loi, mais écarte encore d'un revers de main la question de la compétence de la Confédération en la matière. Il estime que l'interdiction des

<sup>92</sup> M.-B. SCHENENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 82 s. Et aussi : J. CANDOLFI, *Les mariages mixtes...*, *op. cit.*, p. 87, note 105.

<sup>93</sup> Concernant cette pétition, lire notamment : M.-B. SCHENENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 87. Et aussi : <sup>93</sup>C. SEEGER, « Étapes de l'unification... », *op. cit.*, p. 63. Pour la biographie de Ludwig Snell, voir l'article lui étant consacré dans le *Dictionnaire Historique de la Suisse* (accessible en ligne).

<sup>94</sup> *FF*, 1850, I, p. 256 s.

<sup>95</sup> *FF*, 1850, I, p. 256 s.

<sup>96</sup> *FF*, 1850, I, p. 256 s.

mariages mixtes menace la paix confessionnelle et l'ordre public<sup>97</sup>. Par des lois de ce type, les catholiques jugent les protestants « indignes d'épouser l'un ou l'une des leurs (...). Peut-on nier que par cet état de choses les Suisses ne soient pas blessés dans leur honneur de la manière la plus sensible ? Peut-on nier que cela ne soit une offense faite à la confession protestante et à tous les Suisses qui leur appartient ? Or, les offenses faites à ces citoyens d'une confession par des citoyens appartenant à une confession opposée, doivent être considérés comme troublant la paix entre les deux confessions. Si l'on nous accorde cela, la Confédération qui, d'après la Constitution, a le droit de prendre les mesures propres au maintien de la paix entre les confessions, doit être compétente pour s'opposer à ces offenses et interdire dans toute l'étendue de la Suisse les interdictions de mariages pour causes confessionnelles, en un mot les interdictions de conclure des mariages libres »<sup>98</sup>. Voici donc cette fois le fondement constitutionnel bien affirmé : l'article 44 al. 2 de la Constitution, prévoyant que la Confédération peut toujours prendre les « mesures propres au maintien de l'ordre public et de la paix entre les confessions ». De l'adhésion de la majorité des cantons au concordat du 11 juin 1812 sur les mariages mixtes, la commission du Conseil national tire également des généralités. Elle affirme en effet que « l'on peut admettre que dans les cantons qui, jusqu'à ce jour, n'ont pas adhéré à ce concordat, les idées se sont modifiées et mitigées (...). Pour quiconque sait lire entre les lignes, le gouvernement de Schwytz n'approuve pas l'intolérante prohibition des mariages mixtes (...) et désire en conséquence qu'elle soit abrogée »<sup>99</sup>. Voici assez singulièrement interprétée la volonté du peuple du peuple et des autorités cantonales ! La commission ayant été suivie par les deux Chambres, contre une minorité de conseillers principalement catholiques<sup>100</sup>, le Conseil fédéral est invité à présenter un projet de loi fédérale sur la base (fragile) de l'article 44 de la Constitution. Les débats s'engagent, et, en quelques mois, la loi est adoptée sous la pression de la majorité radicale, mais sous la bronca des évêques suisses<sup>101</sup>. Tous, en effet, prennent la plume pour protester auprès des autorités fédérales.

La loi fédérale du 3 décembre 1850 sur les mariages mixtes entre chrétiens énonce donc à l'article 1<sup>er</sup> son principe fondamental : « Dans aucun canton, la célébration

---

<sup>97</sup> M.-B. SCHENENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 88.

<sup>98</sup> *FF*, 1850, III, p. 5 s.

<sup>99</sup> *FF*, 1850, III, p. 21.

<sup>100</sup> Le camp catholique dispose alors de 14 voix au Conseil national, alors que les radicaux en remportent 87 (sur un total de 111 sièges) ; les 10 sièges restants sont ceux des représentants centristes. Au Conseil des États, cette fois, les radicaux disposent de 30 sièges sur un total de 44, les conservateurs catholiques et les libéraux modérés se partageant respectivement 6 et 8 sièges. Lire à ce sujet : P. HAFNER, « Die Mischehe und deren Scheidung kraft Bundesrecht im ersten Bundesstaat », *Zeitschrift für Schweizerische Kirchengeschichte*, n°73 (1979), p. 55 s. Voir aussi le dossier thématique consacré à la première élection du Parlement en 1848 sur le site internet de la Confédération suisse.

<sup>101</sup> Lire : C. SEEGER, « Étapes de l'unification... », *op. cit.*, p. 64.

d'un mariage ne peut être interdite par le motif que les époux appartiennent à des confessions chrétiennes différentes ». La loi interdit encore aux cantons de prohiber les mariages mixtes ou d'y attacher des sanctions, et requiert de leur part l'assurance d'une possibilité de célébration, au besoin devant un ecclésiastique d'une autre confession et en dehors du canton de domicile des conjoints. En effet, si les lois du canton dont l'époux est originaire prescrivent la célébration religieuse du mariage, les époux peuvent le faire bénir dans ce canton ou en dehors du canton, par un ecclésiastique d'une des confessions chrétiennes reconnues » (art. 4). Et quant à la célébration d'un mariage mixte, cette dernière ne peut entraîner « un préjudice quelconque en droit pour les conjoints, pour les enfants ou pour toute autre personne » (art. 7)<sup>102</sup>. Sont ainsi du même coup écartées les atteintes au droit de cité comme sanctions prononcées par certains cantons, au moins pour les contractants de confession chrétienne. L'article 6 de la loi fédérale met également fin à la controverse concernant l'éducation des enfants. Ainsi, le père « décide dans quelle religion doivent être élevés les enfants issus de son mariage mixte. Si le père n'a fait de son vivant aucun usage de ce droit, ou que par un motif quelconque, il ne soit pas autorisé à exercer le pouvoir paternel, c'est la personne ou l'autorité qui se trouve investie de ce pouvoir qui en décide »<sup>103</sup>. Juridiquement, le droit concordataire devient donc le droit fédéral. À l'époque, il n'existe pas de référendum législatif, de telle sorte que la majorité radicale put impunément imposer sa loi aux catholiques. L'article 9 de la loi fédérale précitée est d'ailleurs symptomatique. Elle attribue le contentieux de la loi au Conseil fédéral<sup>104</sup>, montrant que la question est éminemment politique. Peut-être les autorités fédérales pressentaient-elles que les réticences des cantons les plus conservateurs ne seraient pas complètement aplanies... En effet, dès juin 1857, le Conseil national fait part de certaines difficultés dans la mise en œuvre de cette loi<sup>105</sup>. Un rapport mentionne qu'il existe chez « certaines autorités cantonales à l'égard des mariages mixtes une mauvaise volonté contre laquelle le Conseil fédéral doit lutter de toutes ses forces ». Une affaire, parmi d'autres, montre que toute objection est loin de ne plus avoir cours dans certains cantons, comme par exemple à Lucerne<sup>106</sup>. En 1861,

<sup>102</sup> S'agissant de cette loi, voir par exemple l'analyse livrée : M.-B. SCHÖENENBERGER, « Les mariages mixtes... », *op. cit.*, p. 89 s.

<sup>103</sup> J. CANDOLFI, *Les mariages mixtes...*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>104</sup> Selon l'article 9 de cette loi : « Le Conseil fédéral est chargé de l'exécution de la présente loi qui entre immédiatement en vigueur ». Voir : *FF*, 1850, III, p. 613 s.

<sup>105</sup> La commission de gestion du Conseil national relève en effet qu'« il y a chez certaines autorités cantonales à l'égard des mariages mixtes une mauvaise volonté contre laquelle le Conseil fédéral doit lutter contre toutes ses forces ». Lire à ce sujet le *Rapport de la Commission du Conseil national sur la gestion du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral pendant l'année 1856, ainsi que sur le Compte d'État de la même année du 11 juin 1857*, dans *FF*, 1857, I, p. 713 s.

<sup>106</sup> Pour les détails de cette affaire, voir : *Rapport de la majorité de la Commission du Conseil national sur le recours du Gouvernement de Lucerne contre la décision du Conseil fédéral du 27/30 septembre 1861, touchant l'application de la loi sur les mariages mixtes, à la question du mariage d'Antoine Bisang de Egozyl (du 12 janvier 1863)*, *FF* 1863, I, p. 175 s.

le sieur Antoine Bisang fait part de sa volonté d'épouser Marie-Anne Haller, protestante, et enceinte... Les autorités cantonales s'évertueront pourtant à leur refuser l'union, pour cause de mauvaises mœurs et d'indigence, alors que le couple est fort estimé dans le pays et dispose apparemment de quelque fortune.

Après la question de la possibilité de contracter un mariage mixte, vient le problème du divorce de telles unions. En l'espèce, une nouvelle pétition ne tarde pas, là encore, à se trouver à l'origine d'une loi fédérale. Cette dernière, nous le verrons, soulèvera également l'opposition des catholiques et des fédéralistes respectueux de la Constitution. En 1859, la dame Cammenzind-Inderbitzin, originaire du canton de Schwytz, s'adresse au Conseil fédéral<sup>107</sup>. Séparée de son époux catholique suite à un jugement du tribunal ecclésiastique, elle s'établit à Glaris et embrasse le protestantisme. Mais la juridiction catholique la condamne à renouer la vie conjugale. Le mémoire de la pétitionnaire, rédigé par un certain Caspar Bruhin, originaire de Schwytz mais avocat à Zurich, joue sur les clivages religieux, encore sensibles à l'époque en Suisse : « La loi sur les mariages mixtes ne vaut rien, si elle a pour effet de livrer les femmes protestantes aux griffes de la juridiction papiste au lieu de les en protéger. Les papistes, non contents de leur refuser le divorce, se mêlent en plus de les assaillir de pressions morales pour qu'elles se convertissent au catholicisme »<sup>108</sup>. Du point de vue strictement juridique, le mémoire en réponse de l'époux Cammenzind semble pour sa part plus convaincant. Il assure qu'une telle loi sur le divorce serait « inconstitutionnelle » ; toutefois, fait-il aussi remarquer, les litiges portant sur de tels mariages ne pourront être solubles tant qu'il n'existera pas de loi uniforme pour toute la Suisse... Le Conseil fédéral, puis l'Assemblée fédérale, commencent par rejeter le recours, en déclarant le tribunal épiscopal compétent. Le parlement décide de maintenir l'arrêt, mais recommande au pouvoir exécutif de réfléchir à une loi fédérale sur le divorce des mariages mixtes<sup>109</sup>. Les débats furent laborieux, davantage encore qu'en 1850, lors de l'adoption de la première loi fédérale sur les mariages mixtes. Encore une fois, les évêques font entendre collectivement leur voix sur le projet présenté en 1861<sup>110</sup>. Le Conseil national retint pour sa part l'incompétence de la Confédération sur ce point, aucune base constitutionnelle ne permettant de légiférer ainsi. Le Conseil des États estime de son côté que les effets du divorce n'ont pas à différer selon la religion du conjoint : « Il ne convient pas de convertir en lois des antithèses confessionnelles... (...). Il faut placer la question du divorce des mariages

---

<sup>107</sup> Arrêté du Conseil fédéral du 4 janvier 1859 touchant la plainte de Madame Cammenzind, née Inderbitzin, *FF* 1859, p. 355 et s. Lire aussi : P. HAFNER, « Die Mischehe und deren Scheidung kraft Bundesrecht... », *op. cit.*, p. 101 s.

<sup>108</sup> C. SEEGER, « Étapes de l'unification... », *op. cit.*, p. 64-65.

<sup>109</sup> J.-J. BRIQUET, *Le mariage civil et le mariage religieux...*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>110</sup> *FF*, 1861, II, p. 1 s. Et aussi : P. HAFNER, « Die Mischehe und deren Scheidung kraft Bundesrecht... », *op. cit.*, p. 110 s.

mixtes en terrain neutre »<sup>111</sup>. La solution de l'époque consisterait ainsi en une rupture manifeste d'égalité. Le poids des députés radicaux, l'absence de référendum législatif, mais aussi deux nouvelles pétitions adressées aux Chambres<sup>112</sup>, pesèrent sur les débats. Au bout de neuf mois, moultes délibérations et douze versions remaniées depuis le projet primitif, la loi complémentaire sur les mariages mixtes du 3 février 1862 est enfin votée<sup>113</sup>. Elle garantit aux époux d'une couple mixte le droit d'accès à un juge du divorce civil<sup>114</sup>, en leur donnant la possibilité d'agir directement devant le Tribunal fédéral, si un tel juge n'existe pas ou applique un droit ignorant le divorce dans leur canton d'origine<sup>115</sup>. Dans ce cas, le Tribunal fédéral doit examiner leur action et prononcer le cas échéant le divorce sur la base d'une clause très générale, consacrant une sorte de cause indéterminée. La loi prévoit la possibilité pour le droit cantonal d'empêcher le remariage du conjoint catholique<sup>116</sup>. Enfin, elle assimile à un mariage mixte, relevant de cette loi, le cas de conjoints l'un et l'autre protestants dans un canton ignorant le divorce<sup>117</sup>. Ajoutée au dernier moment par les Chambres fédérales, cette dernière règle rend encore plus fragile le rattachement à l'art. 44 de la Constitution de 1848... Jusqu'en 1875, le Tribunal fédéral jugea, sur la base de cette loi, environ 70 demandes de divorce, accordées presque à chaque fois<sup>118</sup>.

Ainsi, par ces deux lois fédérales, se régla la question des mariages mixtes, alors même que la Constitution ne contient aucune disposition expresse relative au mariage<sup>119</sup>. Ces deux lois sont donc bâties sur le sens équivoque que l'on veut bien donner aux termes de l'article 44. Mieux encore, lors des débats ayant précédé l'élaboration du texte constitutionnel de 1848, deux propositions tendant à faire garantir les unions mixtes par la Confédération ont été rejetées<sup>120</sup>. Lors de la séance du 24 mai 1848 à la Diète cantonale, la députation de Glaris suggère l'ajout suivant

<sup>111</sup> *FF*, 1861, III, p. 33 s.

<sup>112</sup> Ces pétitions émanent de protestants dont les maris ont fui en Amérique. Voir à ce sujet : J.-J. BRIQUET, *Le mariage civil et le mariage religieux...*, *op.cit.*, p. 53.

<sup>113</sup> Loi complémentaire sur les mariages mixtes du 3 février 1862, *Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse (ROLF)*, 1860-1863, I, p. 129 s.

<sup>114</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la loi fédérale du 3 février 1862 entend que « les demandes en divorce d'un mariage mixte sont du ressort du juge civil. Sont déclarés compétents les tribunaux cantonaux à la juridiction desquels l'époux est soumis en matière de statut personnel ».

<sup>115</sup> L'article 2 énonce en effet : « Si des époux de confessions différentes sont soumis à une juridiction ou à une législation, qui dérogeant aux prescriptions de l'article 1 n'admette pas l'action en divorce, celle-ci sera portée devant le Tribunal fédéral ».

<sup>116</sup> L'article 5 dispose que « la question de savoir s'il doit être interdit à l'époux catholique de se remarier pour le motif que le conjoint d'avec qui il a été divorcé vit encore, demeure réservée à la législation cantonale ».

<sup>117</sup> Il s'agit de l'article 6 de ladite loi.

<sup>118</sup> P. HAFNER, « Die Mischehe und deren Scheidung kraft Bundesrecht... », *op. cit.*, p. 137 s.

<sup>119</sup> Pour une étude détaillée des dispositions de ces lois fédérales par rapport à la Constitution, lire : CH. KNAPP, « Cent ans de mariage devant la Constitution fédérale, la législation fédérale sur les mariages mixtes », *Cent ans de droit suisse*, Basel, Verlag Helbind und Lichtenhahn, 1952, p. 275 s.

<sup>120</sup> CH. KNAPP, *Ibid.*, p. 276.

au futur article 44 : « La Confédération garantit le droit de contracter des mariages mixtes ». Les délégués bernois suivent le mouvement, le 23 juin 1848, avec la proposition suivante : « Les mariages mixtes sont garantis ». Ces deux tentatives seront toutefois rejetées, la première obtenant le soutien de 9 cantons et demi, la deuxième seulement 8 cantons et demi<sup>121</sup>. En l'absence de disposition constitutionnelle expresse, et face à des cantons majoritairement hostiles à l'ajout formel de cette dernière, la situation semble claire. Pourquoi faire dire à la Constitution ce qu'elle ne prévoit pas d'emblée et ce que les cantons ont déjà majoritairement refusé ? En 1850 et 1862, la question se résolu bien sous forme de diktat. Mais ces lois fédérales, si inconstitutionnelles soient-elles, possèdent au moins un avantage. Elles marquent un progrès du droit suisse en matière de mariage ; le droit se laïcise et s'éloigne de la mainmise des Églises. Les lois fédérales évoquées revêtent néanmoins des écueils. D'abord, elles ne résolvent pas la question des entraves pécuniaires au mariage liées aux bourgeoisies, ni celle des formalités intercantionales. En outre, l'article 44, déjà sollicité à outrance, ne peut permettre d'aller plus loin. Certains ne tardent pas à estimer nécessaire d'unifier davantage le droit du mariage, grâce à une nouvelle base constitutionnelle.

## **B. La loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état-civil, la tenue des registres s'y rapportant et le mariage : une unification controversée**

À l'été 1858, lors de la première conférence des délégués des synodes évangéliques de la Suisse, le conseil d'Église de Schaffhouse relance la discussion concernant les unions mixtes. Il propose en effet que la législation portant sur les mariages entre ressortissants des différents cantons soit simplifiée, rendue uniforme pour toute la Suisse, étant entendu qu'elle doit être « ramenée aux limites les plus restreintes »<sup>122</sup>. En ce sens, la Conférence ecclésiastique adopte, en juin 1862, un nouveau projet de concordat, transmis au Conseil fédéral en décembre de la même année. Au cours des années suivantes, soit 1863, 1864, 1865, la plupart des cantons, cette fois, se déclarent prêts à réfléchir à la question. La Conférence des délégués cantonaux s'étant tenue en 1866, un premier projet de concordat est rédigé, tenant uniquement compte des formalités du mariage pour les Suisses prenant époux(se) hors du canton et à l'étranger<sup>123</sup>. Cette nouvelle tentative concordataire est toutefois jugée trop timide... La majorité des cantons déclarent adhérer sans réserve ou sans modification importante à ce projet, mais d'autres émettent l'opinion que la seule simplification

---

<sup>121</sup> CH. KNAPP, *Ibid.*, p. 276.

<sup>122</sup> *FF*, 1867, II, p. 738.

<sup>123</sup> *FF*, 1867, II, p. 739.

des formalités du mariage ne suffit point. Il s'agissait bien ici de passer par la voie concordataire afin d'aboutir à une législation unifiée. Face à l'absence de consensus mais aussi à l'apparente volonté des cantons de libéraliser le mariage, l'Assemblée fédérale adopte une motion, le 10 juillet 1867 ; cette dernière invite le Conseil fédéral à « vouer toute sa sollicitude à ce que la question des empêchements aux mariages des Suisses dans leur canton ou à l'étranger soit résolue dans un sens large et libéral »<sup>124</sup>. Là également, il existe une controverse. En termes purement constitutionnels, la compétence en ce domaine reste cantonale. Pourtant, l'affaire est bien ici dévolue aux autorités de la Confédération, chargées, à tout le moins, de trouver un terrain d'harmonisation. Un nouveau projet de concordat est donc transmis aux cantons le 20 janvier 1868<sup>125</sup>. Le Conseil fédéral y fait preuve de fermeté, et exhorte les cantons à trouver un terrain d'entente. Il fait d'abord mention des vicissitudes du droit matériel de l'époque, n'apparaissant plus « tenable » et en contradiction directe avec les rapports sociaux de l'époque ». À l'ère du développement des voies et éléments de communication, la population s'est tellement mélangée que les frontières même des États ont dû s'ouvrir, et que le contrôle de police a dû cesser, sans qu'il en soit pour cela résulté un préjudice pour la société... ». À quoi bon alors, faire subsister des entraves à la conclusion des mariages ? Et le Conseil fédéral d'énoncer ensuite les bienfaits d'une législation simple et uniforme sur le sujet : fin des « certificats constatant la possession d'une fortune ou les moyens d'entretien d'une famille par son travail », fin de l'*Einzugsgeld*<sup>126</sup> pour les fiancés, fin également des contraintes touchant à la multiplicité et à la diversité des papiers réclamés, des formalités si « subtiles que personne ne les connaît », et retour à un calcul plus « sage », dans une mesure « aussi modeste que possible » des émoluments perçus par les fonctionnaires célébrant le mariage... Dans le même temps, le Conseil fédéral prévient les cantons. En cas de refus, l'unification du droit risque bien de leur être imposée : « On a fait pour la dernière fois encore une tentative de réforme au moyen d'un concordat entre cantons (...). Il est à désirer que les déclarations à ce sujet nous soient transmises pour la fin mai au plus tard, afin que nous soyons en mesure de formuler nos propositions à l'Assemblée fédérale, pour le cas où le concordat n'aurait pas la chance d'être agréé par une grande majorité de cantons »<sup>127</sup>... Le projet de concordat est en outre appuyé par les milieux ecclésiastiques réformés<sup>128</sup>, se trouvant, comme nous l'avons déjà précisé, en position de force à l'époque. Mais en dépit de ces efforts, le résultat s'avère

<sup>124</sup> FF, 1867, II, p. 739.

<sup>125</sup> FF, 1868, I, p. 75.

<sup>126</sup> Il s'agit en quelque sorte d'un droit d'entrée, payable par les futurs époux souhaitant s'établir dans une commune dont ils ne possèdent pas la citoyenneté.

<sup>127</sup> FF, 1868, I, p. 77.

<sup>128</sup> FF, 1868, I, p. 76. La Société suisse des pasteurs réformés entreprend notamment de rédiger une pétition à l'attention du Conseil fédéral.

plus que mitigé, puisque seul le canton de Berne adhère formellement à ce concordat, les autres cantons montrant peu d'empressement à se déterminer<sup>129</sup>.

En 1868, en effet, les esprits se préparent à un bouleversement en matière de droit privé, aux ambitions encore plus grandes que la seule simplification du droit du mariage. Le 28 septembre 1868, la Société suisse des juristes vote sa fameuse pétition en faveur de l'unification de l'ensemble du droit civil<sup>130</sup>. Il est donc rapidement question de réviser la Constitution. Les autorités fédérales manquèrent peut-être, dans un premier temps, d'habileté et de diplomatie. Le 17 juin 1870, le Conseil fédéral saisit l'Assemblée fédérale d'un Message et d'un projet. Le Message n'est guère tendre pour les législations cantonales, s'agissant du mariage : « Les empêchements au mariage sont essentiellement dirigés contre les classes pauvres de la population. En effet, nous savons que jamais des conseils communaux ne se sont opposés au mariage de personnes riches, même dans le cas où ce mariage ne remplissait aucune des conditions imposées par la morale et où, sans posséder le don de prophétie, on pouvait prévoir aussi la ruine finale de la famille... On ne peut absolument pas admettre, dans un État libre et où la justice est en honneur, des lois ayant pour conséquence de priver le pauvre d'un droit qui n'est pas contesté au riche »<sup>131</sup>. En outre, l'article 55, à l'esprit trop ambitieux, sera fatal au projet. Il prévoit en effet que « la législation sur le droit civil, y compris la procédure, est du ressort de la Confédération ». Le 12 mai 1872, le projet est rejeté en votation populaire<sup>132</sup>. Il faudra une rédaction sur des bases plus « sages », pour que le projet de révision puisse aboutir, le 29 mai 1874<sup>133</sup>. L'unification du droit civil tout entier est abandonnée, l'article 64 énonçant limitativement les matières du droit privé pouvant être réglées par législation fédérale<sup>134</sup>. Ledit article 64 ne mentionne aucunement le droit du mariage, laissant peut-être à penser que ce dernier reste de la compétence cantonale...

<sup>129</sup> C. SEEGER, « Étapes de l'unification... », *op. cit.*, p. 66.

<sup>130</sup> H. FRITZSCHE, *La Société suisse des juristes, 1861-1960*, Bâle, Édition Helbing et Lichtenhahn, 1961, p. 45 s.

<sup>131</sup> CH. KNAPP, « Cent ans de mariage devant la Constitution fédérale... », *op. cit.*, p. 279.

<sup>132</sup> D. BERBERAT, D. PERDRIZAT, « L'attribution progressive à la Confédération suisse... », *op. cit.*, p. 22. Le projet est rejeté de peu : on compte en effet 260 589 voix contre et 255 606 « oui », 13 cantons refusants et 9 acceptants.

<sup>133</sup> D. BERBERAT, D. PERDRIZAT, « L'attribution progressive à la Confédération suisse... », *op. cit.*, p. 22-23. Cette fois, 340 199 personnes se prononcent favorablement, 198 013 de manière négative ; 14 cantons et demi acceptent, tandis que 7 cantons et demi s'opposent.

<sup>134</sup> L'article 64 de la Constitution du 29 mai 1874 dispose que « la législation : sur la capacité civile, sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change), sur la propriété littéraire et artistique, sur la poursuite pour dettes et la faillite, est du ressort de la Confédération. L'administration de la justice reste aux cantons, sous réserve des attributions du Tribunal fédéral ». Pour le texte de la Constitution du 29 mai 1874, voir : *Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874, avec les modifications intervenues jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1948*, Berne, Chancellerie fédérale, 1874, 67 p.

Voyons alors les autres dispositions traitant du mariage. L'article 54 al. 4 précise que la femme obtient le droit de cité de son époux, reprenant là les règles concordataires antérieures ; de même, il ne peut plus être prélevé de taxes sur les mariages intercommunaux ou intercantonaux. Et qu'en est-il cette fois du mariage mixte ? Une première série de dispositions le visent indirectement. Ainsi, l'article 49 protège la liberté de conscience et interdit à ce titre de contraindre qui que ce soit à accomplir un acte religieux ; l'article 53 al. 1<sup>er</sup> précise que « l'état civil et la tenue des registres qui s'y rapportent est du ressort des autorités civiles », la « législation fédérale » devant « statuer ultérieurement » sur ce sujet ; l'article 54 al. 1<sup>er</sup> place le mariage « sous protection de la Confédération ». La Constitution de 1874 ne semble ici pas très claire quant à la délimitation des compétences entre Confédération et cantons, s'agissant du mariage<sup>135</sup>. En réalité, deux points de vue s'affrontent<sup>136</sup>. Le premier s'en tient à la stricte lecture du texte constitutionnel ; il consiste à estimer que la législation fédérale peut tout à fait prendre des dispositions relatives à l'état-civil et la tenue des registres s'y rapportant, y compris imposer un mariage civil, mais ne peut régler ce qui concerne les conditions matérielles du mariage lui-même, notamment les qualités requises pour contracter l'union, et sa dissolution. Mais l'opinion contraire prévaut au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale, malgré encore une fois l'absence de termes constitutionnels indiscutables... La majorité radicale issue du nouveau parlement<sup>137</sup> ne cesse de réclamer une unification législative très approfondie en la matière. Au Conseil national, la motion Haller est votée le 24 juin 1874. Elle invite le Conseil fédéral à présenter un projet de loi statuant « les prescriptions nécessaires sur la forme de la consécration du mariage et sa dissolution »<sup>138</sup>, en prenant appui sur les articles 49, 53, 54 de la Constitution fédérale. Le Conseil fédéral, dans son Message du 2 octobre 1874, semble soutenir la démarche, ainsi qu'il avait appelé à l'unification du droit, au préalable par concordats. Il rappelle d'abord que la Confédération se doit de sauvegarder le droit de contracter mariage en général, pour ne pas le laisser s'amoinrir part des exigences cantonales. Le Conseil fédéral se demande alors qu'elle pourrait être la forme de cette intervention en faveur du droit au mariage, et tranche la question en ces termes : on ne peut pas trouver « absolument nécessaire »

---

S'agissant de l'analyse de l'article 64 de la Constitution, consulter plus précisément : D. BERBERAT, D. PERDRIZAT, « L'attribution progressive à la Confédération suisse... », *op. cit.*, p. 34.

<sup>135</sup> CH. KNAPP, « Cent ans de mariage devant la Constitution fédérale... », *op. cit.*, p. 279 s. Et également : A. MARTIN, *Commentaire de la loi fédérale concernant l'état-civil et le mariage du 24 décembre 1874*, Genève, Ch. Eggimann, p. 11 s.

<sup>136</sup> A. MARTIN, *Commentaire de la loi fédérale concernant l'état-civil...*, *op. cit.*, p. 11-12. Voir aussi le rapport de la minorité de la Commission du Conseil des États : *FF*, 1874, III, p. 733.

<sup>137</sup> D. BERBERAT, D. PERDRIZAT, « L'attribution progressive à la Confédération suisse... », *op. cit.*, p. 22. Les élections au Conseil national se déroulent le 27 octobre 1872. Les réformateurs y obtiennent la majorité des deux tiers, leur permettant de peser en faveur de la révision de la Constitution fédérale.

<sup>138</sup> Message relatif au projet de la loi fédérale sur l'état civil et la tenue des registres qui s'y rapportent et sur le mariage, *FF*, 1874, III, p. 4 s.

mais à tout le moins « admissible » que la Confédération, en réglant par voie législative la forme de la conclusion du mariage, « désigne aussi celles des exigences matérielles en matière de mariage, qui peuvent continuer à subsister sous la nouvelle Constitution »<sup>139</sup>. La formulation du Message, très prudente, laisse évidemment entendre que la base constitutionnelle reste, encore une fois, tâtonnante<sup>140</sup>.... Le Conseil fédéral y entend déjà les arguments de ceux qui avanceraient l'incompétence de la Confédération en la matière. Les débats parlementaires sont, pour le moins, houleux<sup>141</sup>. Le texte suscite une nouvelle fois la bronca des catholiques, certains protestants des plus modérés défendant en sus la cause catholique. Les pamphlets fleurissent, à l'image de ceux rédigés par exemple par un certain Théodore Paul, ancien pasteur et auteur de plusieurs opuscules n'ayant d'autre objectif que l'abrogation de la loi fédérale de 1874<sup>142</sup>. Il est vrai que la matière soumise à loi fédérale est des plus clivantes. Elle place dans le débat catholiques et réformés, fédéralistes et centralisateurs, et porte somme toute sur la constitution de la famille comme élément d'identité. Peu de temps auparavant, dans ses *Motifs du Code de commerce*, Munzinger admettait qu'une partie du droit civil puisse être abandonnée à la législation cantonale, pendant que d'autres ressortent logiquement du droit fédéral suisse : « Le peuple tient au sol natal par des racines profondes, l'amour de la propriété et de la famille. Ces racines nourricières, conservatrices, l'attachent à sa terre d'origine, au fonds, à la famille. Sous ce rapport, son existence s'accomplit toute entière dans les limites mêmes du territoire domestique. Il est donc naturel que le droit qui régit les éléments de cette vie locale, que les lois qui règlent l'état des personnes, le mariage, la famille, les successions, la propriété foncière, soient l'œuvre souveraine de chaque canton. Mais, d'autre part, la vie de l'homme s'étend au-delà des limites du sol où il est né ; il négocie, il trafique, il contracte avec les habitants du sol voisin ; il ne s'agit plus ici des rapports permanents et immuables qu'engendrent la vie de famille et la transmission héréditaire des patrimoines, mais des relations mobiles et passagères que crée l'échange »<sup>143</sup>. Pour leur part, les députés conservateurs des deux Chambres s'opposent farouchement à la loi proposée. Ils estiment, non sans quelque raison, que celle-ci doit se contenter d'imposer la possibilité d'un mariage civil

---

<sup>139</sup> A. MARTIN, *Commentaire de la loi fédérale concernant l'état-civil...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>140</sup> D'autant plus que lors des débats portant sur la nouvelle Constitution de 1874, les Chambres fédérales refusèrent expressément l'unification du droit matrimonial. Lire sur le sujet : W. BURCKHARDT, *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, Bern, 1931, p. 498, n. 5.

<sup>141</sup> Pour la genèse de ces débats, voir : C. SEEGER, « Étapes de l'unification... », *op. cit.*, p. 68-69.

<sup>142</sup> Théodore Paul fut pasteur à Céligny (canton de Genève) de 1857 à 1867. Il incarne une doctrine protestante ouverte, consciente de l'aspect quelque peu anticatholique de la loi fédérale de 1874. Lire par exemple : TH. PAUL, *La revanche, ou Un jeune Suisse au Conservatoire de Milan (avril 1878) : second opuscule pour obtenir l'abrogation de la nouvelle loi fédérale contre le mariage chrétien*, Milan, Impr. Angelo Zanaboni, 1878, 16 p.

<sup>143</sup> W. MUNZINGER, *Motifs du projet de Code de commerce suisse*, Zurich, Zurcher und Furrer, 1865, p. 14.

facultatif, sans régler sa forme ni à plus forte raison ses conditions de fond et sa dissolution. Les députés libéraux et certains radicaux romands soutiennent quant à eux une position médiane. Ils acceptent un mariage civil obligatoire, mais pas une réglementation fédérale du droit de fond sur le mariage et le divorce. Les radicaux les plus déterminés de la majorité alémanique font cependant prévaloir leur point de vue. Le projet du Conseil fédéral est considérablement remanié, les Chambres introduisant par exemple des causes de divorce multiples alors que le projet initial connaissait une cause déterminée unique, sur le modèle de la loi de 1862, mais conserve sa ligne progressiste et anticatholique. La loi sur l'état-civil, la tenue des registres s'y rapportant et le divorce est ainsi votée en dernier débat le 24 décembre 1874<sup>144</sup>. Certes, la possibilité étant désormais ouverte par la Constitution, les milieux catholiques présentèrent une demande de référendum. La votation eu lieu le 23 mai 1875. On compte alors en réponse 273 000 « oui » contre 205 000 « non », avec neuf cantons et demi (tous protestants) acceptants, et 12 cantons et demi refusants (soit tous les cantons de l'ancien Sonderbund, Soleure, le Tessin, Saint-Gall, Appenzell Rhodes-Intérieures, les Grisons et Vaud). Vaud est le seul canton à population entièrement protestante à voter pour le « non », sous l'influence de ses leaders fédéralistes<sup>145</sup>.

Remportant l'approbation de la majorité du peuple, la loi sur l'état-civil, le mariage, et la tenue des registres s'y rapportant entre en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 1876. La Confédération inaugure ainsi ses nouvelles compétences en matière de droit civil<sup>146</sup>. En tout cas, le premier référendum législatif de l'histoire de la Confédération suisse aboutit à ce résultat paradoxal, d'une loi probablement inconstitutionnelle, approuvée par la majorité du peuple, mais refusée par la majorité des cantons. Revenons sur les principaux apports de ce dispositif en matière de mariage, et plus particulièrement de mariage mixte<sup>147</sup>. La loi fédérale du 24 décembre 1874 laisse d'abord les fiançailles au droit cantonal, de même que les effets généraux du mariage et des régimes matrimoniaux. Elle entraîne toutefois l'abrogation des dispositions cantonales sur la conclusion du mariage, les empêchements et la dissolution<sup>148</sup>. À la place, la législation

<sup>144</sup> *Recueil officiel de législation fédérale (ROLF)*, 1874-1875, II, p. 480 s.

<sup>145</sup> C. SEEGER, « Étapes de l'unification... », *op. cit.*, p. 70.

<sup>146</sup> Entre 1874 et 1896, la Confédération inaugure ses nouvelles compétences en matière de droit civil. Trois grandes lois fédérales sont ainsi votées : la loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage, puis la loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile, en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1882, et la loi fédérale du 23 avril 1883 sur la propriété littéraire et artistique, entrée en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 1884. Voir : D. BERBERAT, D. PERDRIZAT, « L'attribution progressive à la Confédération suisse... », *op. cit.*, p. 23.

<sup>147</sup> Pour l'analyse détaillée de la loi fédérale du 24 décembre 1874, consulter : A. MARTIN, *Commentaire de la loi fédérale concernant l'état-civil...*, *op. cit.*, 250p (l'ouvrage contient également le texte de la loi fédérale votée). Et aussi : CH. KNAPP, « Cent ans de mariage devant la Constitution fédérale... », *op. cit.*, p. 275-303.

<sup>148</sup> Dans le canton de Vaud, une loi spéciale du 31 août 1875 abroge les dispositions correspondantes dans le Code civil vaudois de 1819.

fédérale prévoit un mariage civil obligatoire<sup>149</sup>, devant un officier d'état-civil laïc, dont la désignation revient aux cantons. Des bans sont nécessaires, et prennent la forme d'un affichage pendant 14 jours ou d'une publication dans un journal officiel (arts. 29 et 36). L'union est célébrée, après ces publications et à défaut d'opposition, dans les six mois qui suivent, par un échange des consentements devant l'officier d'état-civil, en présence de deux témoins (arts. 38 et s.). Quant au mariage religieux, celui-ci est laissé à la libre appréciation des conjoints et dépourvu de portée civile ; sous peine d'amende, il ne peut avoir lieu avant le mariage civil (art. 40)<sup>150</sup>. Par alignement sur les traditions réformées, l'âge nubile est fixé par l'article 27 de la loi sur l'état-civil à 16 ans pour les femmes et 18 ans pour les garçons. Le consentement parental ou tutélaire est exigé, mais seulement jusqu'à une majorité fixée à 20 ans pour les deux sexes dans toute la Suisse ou pour les interdits<sup>151</sup>. Les autres empêchements éventuels au mariage, figurant aux articles 26 et 28, restent là encore dans la droite ligne de la tradition réformée ; les empêchements inspirés cette fois de la tradition catholique, tels que la parenté spirituelle ou les vœux prononcés, ne figurent tout simplement pas dans la loi.

La loi sur l'état-civil généralise également la possibilité de prononcer le divorce, indépendamment de la religion des époux (arts. 45 et s.). À la lecture du dispositif, l'on ne peut que constater que les causes finalement retenues vont plutôt dans le sens d'une admission large : un divorce sur demande commune, pour lequel il faut que le juge soit convaincu du caractère irrémédiable de la désunion, cinq causes déterminées de divorce inspirées de la tradition zwinglienne<sup>152</sup>, une cause indéterminée unilatérale, laissant beaucoup à l'appréciation du juge. L'orientation quelque peu hostile au catholicisme marquant cette loi se traduit encore dans le fait que la séparation de corps ne constitue pas une alternative au divorce. Une séparation de corps peut être imposée par le juge aux conjoints, mais toujours selon la tradition réformée, uniquement comme moyen d'évaluer dans le temps la gravité de la désunion (art. 47). Dans la ligne réformée mais aussi conformément au modèle français, la loi sur l'état-civil consacre des interdictions temporaires de remariage après divorce (arts. 28 et 48) : un délai de viduité de trois cents jours pour les femmes, et une interdiction de remariage

---

<sup>149</sup> S'agissant du mariage civil, le canton de Vaud est en avance sur son temps. Une loi du 12 décembre 1835 y introduit le mariage civil facultatif. Lire sur ce point : D. TAPPY, « Liberté de conscience et droit privé : l'introduction du mariage civil facultatif dans le canton de Vaud en 1835 », *Les minorités et le droit : mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson*, Genève, Schulthess, 2016, p. 289-306.

<sup>150</sup> Ce système sera d'ailleurs en grande partie repris dans le Code civil suisse unifié de 1907.

<sup>151</sup> En 1876, il s'agit d'une majorité matrimoniale spéciale. La majorité ordinaire ne tardera pas à être fixée aussi à 20 ans pour les deux sexes par la loi fédérale sur la capacité civile de 1881.

<sup>152</sup> Il s'agit de l'article 46 de ladite loi. Le divorce peut être prononcé pour cause d'adultère, pour attentat à la vie, injures ou sévices graves, pour cause de condamnation à une peine infamante, pour cause d'abandon malicieux, pour aliénation mentale du conjoint.

infligée par le juge au conjoint coupable pouvant aller jusqu'à trois ans. Enfin, la nouvelle législation fédérale prévoit des règles sur la nullité de mariage, placées après celles sur le divorce (arts. 43 et s.). Les solutions retenues, proches de celles du Code Napoléon, distinguent des causes absolues ou relatives de nullité ; en cas de mariage putatif, le conjoint de bonne foi se trouve largement protégé, de même que les enfants, et ce y compris dans le cas où les deux époux seraient de mauvaise foi (art. 55).

## Conclusion

Il est délicat d'émettre une opinion tranchée sur la loi fédérale du 24 décembre 1874, mettant fin à plus de 70 ans de pratique concordataire en matière de mariage, et notamment de mariages mixtes. Certes, il s'agit d'une loi manquant de base constitutionnelle solide, approuvée par la majorité du peuple mais refusée par la majorité des cantons, et restant fortement teintée d'anticléricalisme. Elle s'inscrit dans le contexte du *Kulturkampf*<sup>153</sup>, lancé par le chancelier allemand Bismarck en 1872 et consistant en une « modernisation forcée » des idées conservatrices. En dépit de toutes les controverses évoquées, il faut cependant reconnaître des mérites à cette grande loi fédérale. Elle est d'abord indéniablement progressiste. Le mariage civil obligatoire réduit les clivages religieux, et l'étendue des causes de divorce admises, mêlant traditions napoléoniennes et zwingliennes, fait de la Suisse l'un des pays de la sphère européenne où il est le plus facile de divorcer à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>154</sup>. Enfin, le dernier avantage de la loi fédérale de 1874 est d'avoir préparé le terrain, dans le domaine sensible du mariage mixte, pour une unification complète du droit suisse. En matière de mariage, Eugen Huber pourra même faire quelques concessions aux catholiques, dans son œuvre de préparation du Code civil ; ainsi, le divorce sur requête commune n'est pas retenu, et la séparation de corps est cette fois introduite pour une durée indéterminée. Le climat des années 1890 est largement apaisé. Le Code civil suisse ne fera pas l'objet de batailles doctrinales telles que nous venons de les présenter, entre catholiques et protestants, ou entre fédéralistes et centralisateurs. Le Code civil

<sup>153</sup> S'agissant du Kulturkampf et de son retentissement en Suisse, voir : P. Stadler, *Der Kulturkampf in der Schweiz : Eidgenossenschaft und katholische Kirche im europäischen Umkreis, 1848-1888*, Zurich, Chronos, 1996, 828p. Une loi impériale allemande de 1875, soit à la même époque que législation fédérale suisse en question, remplace la séparation de corps par le divorce ; les Länder gardent toutefois le droit d'en régler les causes, plus ou moins largement admises selon les régions.

<sup>154</sup> Ceci sans pour autant que le nombre de divorces n'explose, comme c'était l'une des craintes des conservateurs. La Suisse de cette époque reste en effet plus attachée à l'indissolubilité que la France révolutionnaire, pour ne citer qu'elle.

suisse sera ainsi voté en dernière lecture, le 10 décembre 1907, à l'unanimité du Conseil national sans que le référendum soit demandé.

S'agissant globalement de l'institution concordataire, cette dernière joue encore un rôle très important en dépit du mouvement de plus en plus grand vers la centralisation et l'unification. L'instruction publique, la sécurité et le domaine pénitentiaire constituent des tâches typiquement cantonales, pour lesquelles la collaboration intercantonale est hautement nécessaire. L'importance de cette institution se traduit déjà tout simplement par le nombre impressionnant de concordats romands en vigueur en 2014<sup>155</sup>. Si les concordats que nous avons étudiés se sont heurtés aux clivages, notamment religieux (désormais aplanis entre catholiques et protestants), il est une autre difficulté que l'institution concordataire aura peut-être à transcender. En effet, il semblerait qu'une sensibilité différente existe de part et d'autre de la fameuse « barrière de rösti », concernant l'utilisation des concordats. Certaines études tendraient à montrer que la volonté de coordination par concordat serait plus forte dans les cantons romands... En outre, l'« intérêt régional » devant présider à la conclusion d'un concordat (art. 48 al. 1<sup>er</sup> Cst), inclut nécessaire une dimension culturelle. Dans ce sens, l'expression renvoie immédiatement à une image de la Suisse découpée en fonction du critère de la langue<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Cette liste est consultable à la référence : J. ANDREY, « Les concordats romands... », *op.cit.*, p. 147 s. Est considéré comme « romand » tout concordat suisse dont au moins un canton romand est signataire.

<sup>156</sup> J. ANDREY, « Les concordats romands... », *op. cit.*, p. 140.