

L'obsessió virginal: el jutge, el matrimoni i la religió



Vincente Fortier

*Directora de recerca al CNRS,
Universitat de Montpellier I-UMR 5815*

A partir de la situació creada pel rebuig d'un marit a la seva dona l'any 2006 i la posterior polèmica política i judicial, en la qual es confrontaren el dret al matrimoni, l'ordre públic, la religió i els sentiments, el text analitza els diferents punts de vista sorgits arran la polèmica en la qual es plantejà quina capacitat té un sistema de dret per interpretar i satisfer la diferència cultural i religiosa reivindicada a títol personal o per una comunitat de ciutadans concreta.

After the situation which arose from the rejection by a husband of his wife in 2006 and the subsequent political and legal controversy, in which law within marriage, public order, religion and feelings were all involved, the text analyses the various points of view emerging from the controversy. It considers a legal system's ability to interpret and fulfil the cultural and religious differences demanded at a personal or community level by a specific group of citizens.

Durant l'estiu de 2008, es va produir un cas polèmic que va aixecar una gran polseguera a França. El 8 de juliol de 2006, un enginyer francès de confessió musulmana es va casar amb una estudiant d'infermeria de la mateixa religió a França. La vetlla de la nit de noces, l'esposa va confessar al seu marit haver tingut una relació anterior, quan en realitat la dona "havia estat presentada com a soltera i casta". Aleshores, la noia va ser retornada a casa dels seus pares.

El 26 de juliol de 2006, el marit va sol·licitar l'anul·lació del matrimoni emparant-se en el paràgraf 2 de l'article 180 del codi civil, amb l'argument que havia estat enganyat en relació amb les qualitats essencials de la seva cònjuge. En efecte, el paràgraf 2 d'aquest article disposa que: "Si es detecta un error en la persona o en les seves qualitats essencials, el cònjuge pot demanar la nul·litat del matrimoni".

En la cèdula de citació que iniciava el procediment, el marit argumentava que "la vida matrimonial havia començat amb una mentida que contradiu la confiança recíproca entre els esposos, essencial en el marc de la unió conjugal". A més a més, recordava que ambdós pertanyien a una comunitat que estableix que la dona ha de mantenir la virginitat fins que es casa.

La noia es va avenir a la demanda de nul·litat fonamentada en una mentida relativa a la seva virginitat. I l'1 d'abril de 2008, el Tribunal de Primera Instància de Lilla va estimar la demanda del marit i va anul·lar el matrimoni.¹

Aquesta sentència va desencadenar una tempesta mediàtica i política i va suscitar un debat apassionat d'indignació i a voltes irracional: revelava una deriva comunitarista de la nostra justícia; representava un atac a la intimitat i a la dignitat de la dona; constituïa una fàtua contra la llibertat de les dones i una amenaça contra la seva emancipació futura; comportava una regressió discriminatòria de l'estatus de la dona i una violació dels drets fonamentals dels individus; consagrava el repudi en el nostre dret²...

La ministra de Justícia, Rachida Dati, després d'haver aprovat la sentència, en un primer moment, amb el propòsit (assegurava ella) de protegir la noia,

finalment va cedir davant l'allau de crítiques dels mitjans de comunicació i davant la crispació popular, i va demanar al Fiscal General del Tribunal d'Apel·lació de Douai de recórrer la sentència.

El 17 de novembre de 2008, el Tribunal d'Apel·lació va emetre un veredictes,³ en el qual s'impugnava la decisió dels primers jutges i, per tant, es desestimava la demanda d'anul·lació del matrimoni. De passada, obligava els dos esposos, mediàtics a contracor, a restar units per mitjà del vincle d'un matrimoni,⁴ del qual tant l'un com l'altra volien obtenir l'anul·lament retroactiu.

Ens trobem, doncs, davant de dues decisions contradictòries respecte a la qüestió de saber si la virginitat d'una esposa pot ser considerada com una qualitat essencial. Dues decisions les motivacions respectives de les quals es poden qüestionar, de la mateixa manera que les solucions que se'n deriven.

Ens ha de sorprendre aquesta contradicció? En opinió nostra, no del tot: en aquest assumpte, com en d'altres, en què es confronten el dret al matrimoni, l'ordre públic, la religió (que si bé no s'esmenta en el veredictes de Lilla, constitueix el rerefons indiscutible de l'afer) i els sentiments (ja que es tracta del matrimoni), cal evitar les respostes maniquees. És sobrer reduir de manera caricaturesca la solució dels primers jutges així com interpretar-la amb la idea simplista segons la qual "l'Alcorà ha d'estar al marge del dret francès". A més, reprotxar que aquesta decisió judicial mena al comunitarisme representa despertar fantasmes, ja que significaria admetre que el matrimoni dels francesos musulmans es regeix pel dret musulmà (cosa que evidentment la sentència no afirma de cap manera).

Després de la resolució del Tribunal de Primera Instància de Lilla, la passió despertada va arribar a tal extrem que fins i tot es va arribar a reclamar una reforma legislativa que eradiqués les anul·lacions de matrimoni. Perquè en un sistema de dret que es consideri "modern" únicament haurien d'existir dues causes de trencament del matrimoni: el divorci i el decés.⁵

I com que a França convé legislar cada vegada que apareix una dificultat social, el 4 d'agost de

2008, es va presentar una proposta de llei al Congrés dels Diputats (*Assemblée Nationale*) que complementava l'article 180 de la manera següent: "Tot element la revelació del qual atempti contra la dignitat d'un dels cònjuges no es considerarà una qualitat essencial de la persona".

En aquest context eminentment convuls, és obvi que la resolució del Tribunal d'Apel·lació de Douai respon a raons evidents de conveniència. El veredictes està en consonància amb l'opinió majoritària, però no es limita solament a això. Convida, de la mateixa manera que ho fa la sentència anterior, a preguntar-se sobre la singularitat del matrimoni, a reflexionar respecte a la seva dimensió política, la qual dóna autoritat als jutges per exercir un control sobre un acte que pertany a una institució, malgrat el caràcter eminentment privat que posseeix; ja que, a través de l'examen de la qüestió de dret que es va posar als diferents

1. TGI (*Tribunal de Grande Instance*) Lilla, 1 d'abril de 2008, *JCP G (Juris-Classeur Périodique, édition Générale)* 2008, II, 10122, nota crít. RAOUL-CORMEIL, G.; *JCP G* 2008, act. 439, "Libres propos" TERRÉ, F.; *JCP G* 2008, act. 440, "Libres propos" crit. MALAURIE, PH.; D. 2008, pàg. 1389, nota LABBÉE, L.; *RJPF (Revue Juridique Personnes et Familles)* 2008, 7-8/10, crònica crítica DEKEUWER-DEFOSSEZ, F.; *Dr. famille* 2008, referència 7, MURAT, P.; *Dr. famille* 2008, com. 98, nota V. LARRIBAU-TEMEYRE.

2. Vegeu especialment *Le Monde*, 30 i 31 de maig de 2008.

3. Tribunal d'Apel·lació de Douai, 17 de novembre de 2008, *JCP G*, 2009, II, 10005; *Gaz. Pal. (Gazette du Palais)* 9 de desembre de 2008, núm. 344, pàg. 7, nota PIERROUX, E.; "Nullité pour erreur sur les qualités essentielles du conjoint : la leçon de droit de la cour de Douai", *Lamy Droit des personnes et de la famille*, 02-2009, crònica DEKEUWER-DEFOSSEZ.

4. Cal remarcar que el Tribunal d'Apel·lació no els va tornar a casar, tal com s'ha pogut dir a la premsa. En realitat, en constatar l'aquiescència de l'esposa a l'acció de nul·litat, el tribunal de Lilla va ordenar l'execució provisional de la sentència (demanada per la pròpia esposa) i d'aquí l'anotació al marge de l'estat civil en la resolució. El primer president del Tribunal d'Apel·lació va acceptar el recurs d'urgència interposat pel Fiscal General de la República, en què se sol·licitava la suspensió de l'execució provisional (CA Douai, 19 de juny de 2008).

5. Tal com observa MALAURIE, PH. "Mensonge sur la virginité et nullité du mariage", *Libres propos, precitat*.

La creixent complexitat sociocultural a Europa sorgida arran dels moviments de població ha impulsat el creixent interès pel coneixement dels sistemes legals que conviuen en el vell continent.



magistrats i els motius que en confeccionen la solució, es dibuixen els límits del matrimoni.

Més enllà d'aquesta discussió, aquest afer "de virginitat" qüestiona la legitimitat d'una demanda, interposada als tribunals estatals, fonamentada en una religió, una cultura i unes tradicions en virtut de les quals s'exigeix l'exempció dels valors comunament admesos en una societat i el reconeixement dels valors que reivindica una minoria. En altres paraules, quina capacitat té el sistema de dret per a interpretar i satisfer la diferència cultural i religiosa reivindicada a títol personal o per una comunitat de ciutadans concreta?

El debat obert arran de les dues resolucions esmentades il·lustra de manera exemplar els conflictes de valors que poden sorgir a la societat contemporània, on coexisteixen concepcions oposades respecte al bé comú i la justícia, al si d'un mateix espai en el qual cohabitaven sense trobar-se pas sempre diversos sistemes de valors. En aquest context, el jutge ha de concebre un món plural i fer els ajustaments que garanteixin "l'ésser-conjunt", sense renunciar als principis i als valors als quals s'adhereixen la majoria de ciutadans.

Certament, la reflexió suscitada al voltant de l'afer estudiat s'inscriu en primer lloc al sistema jurídic, però també i de manera inseparable en un altre sistema de referències normatives les solucions de les quals pretenen ressaltar-ne la legitimitat. François Ost i Michel van de Kerchove han determinat que la validesa d'una norma o d'un acte jurídic s'estableix en relació amb tres criteris diferenciats que representen tres categories transcendents per a comprendre l'experiència jurídica: la validesa formal (relativa a un ordre jurídic concret), la validesa empírica (relativa als comportaments de les autoritats i de les persones de dret) i

la validesa axiològica (relativa a valors meta positivistes).⁶

Seguint l'esquema que proposen F. Ost i M. van de Kerchove, ens proposem analitzar les resolucions de l'afer sobre la virginitat des de la perspectiva de la validesa formal associada a la legalitat, la validesa empírica associada a l'efectivitat i la validesa axiològica associada a la legitimitat, sense perdre de vista que "aquestes tres dimensions de la validesa (legalitat, efectivitat i legitimitat) interaccionen entre elles i que és impossible parlar de l'una sense tenir en compte el paper que juguen les altres dues".⁷

I. La validesa formal associada a la legalitat

Tal com indiquen F. Ost i M. van de Kerchove, la validesa, en aquest cas, deriva de la pertinença d'una norma jurídica a un sistema jurídic; es tracta de la conformitat d'una norma jurídica als criteris imposats pel sistema en qüestió.⁸

En el nostre estudi, convé examinar principalment dos fonaments jurídics: d'una banda, el paràgraf 2 de l'article 180 del codi civil, del qual el jutge ha de fer una interpretació per determinar quines són les qualitats essencials del cònjuge. De l'altra, l'ordre públic, ja que el matrimoni, aquesta unió legítima d'un home i una dona amb el propòsit de viure en comú i fundar una llar, és sens dubte un acte privat, però al mateix temps una institució.

1. El paràgraf 2 de l'article 180 del codi civil

El primer fonament jurídic que cal prendre en consideració és òbviament el paràgraf 2 de l'article 180 del codi civil, el qual determina l'error sobre les qualitats essencials del cònjuge com a causa per a la nul·litat del matrimoni. La interpretació que se'n va fer amb relació a l'assumpte que tractem esdevé primordial.

Una primera qüestió incideix naturalment en la determinació de les qualitats essencials que s'esperen d'un dels cònjuges, a propòsit de les quals l'altre al·lega haver estat enganyat. Seguint el fil d'aquesta primera qüestió, una segona pregunta



La Revolució Francesa significà l'inici dels canvis en el sistema legal francès, el qual esdevingué referent per a altres reformes legislatives a l'Europa dels segles XIX i XX.

ens porta a plantejar-nos si la religió d'un dels cònjuges pot constituir un criteri determinant en el consentiment del matrimoni i, si s'escau, permetre d'acceptar un error respecte a les qualitats essencials.

a) La determinació de les qualitats essencials

La primera versió de l'article 180 (1804) només contemplava l'error en la persona. Des d'aleshores, han sorgit tres interpretacions possibles d'aquest article, almenys en teoria.

D'acord amb la primera, molt restrictiva, l'error només es concebia en relació amb la identitat física de la persona. Hipotèticament, no costaria posar-s'hi d'acord.

La segona interpretació permetia admetre l'error des del moment en què estava relacionat amb la identitat civil del cònjuge; en altres paraules, quan no pertanyia a la família de la qual hom el suposava membre, malgrat que físicament fos la persona adequada.

Finalment, es va concebre una interpretació més extensa que permetia acceptar la nul·litat del matrimoni des del moment que es detectava un error en les qualitats substancials de la persona, com per exemple l'honorabilitat, la fortuna o la religió. Entre aquestes tres interpretacions possibles, el Tribunal Suprem, en una sentència cèlebre del con-

junt de les sales el 1862,¹⁰ va optar per considerar únicament un error respecte a la identitat física o civil de la persona. En el context del segle XIX, es va haver de modificar la resolució d'aquesta sentència. En aquell moment, el divorci estava prohibit i l'únic mitjà de trencar els vincles conjugals era l'anul·lació del matrimoni. Aquest fet explicava la postura força restrictiva del Tribunal Suprem. Amb tot, els jutges d'instrucció van anar elaborant una jurisprudència dissident segons la qual s'admetia, per exemple, l'error respecte al passat criminal del cònjuge, als problemes mentals o a la incapacitat en les relacions sexuals. Finalment, aquesta jurisprudència va ser inclosa a la legislació. La Llei de l'11 de juliol de 1975, que derogava la jurisprudència Berthon de 1862, va permetre de prendre en consideració els errors referents a les qualitats essencials de la persona.

Però, en absència de tota enumeració legal, el debat va reaparèixer: quines han de ser les famoses qualitats essencials? A propòsit d'això, el degà Carbonnier va escriure "les dificultats es remeten a allò que és essencial. En el marc d'una interpretació objectiva, cal buscar els elements *in abstracto* de l'essència del matrimoni. Hi ha un mínim psicològic que la impotència sexual destrueix, però no pas l'esterilitat; un mínim psicològic que ha d'incloure la integritat de les facultats mentals. Dubtarem més a l'hora d'exigir un mínim moral o social, condicions d'honestedat o d'honorabilitat que són essencials en tot matrimoni". Considerant la possible influència del dret contractual, favorable a una interpretació més subjectiva, afegeix "des d'aquesta òptica, es podrien examinar, per cada cas, les circumstàncies de la unió, la personalitat dels cònjuges i, a voltes, considerar com a

6. OST, VAN DE KERCHOVE, M. *Jalons pour une théorie critique du droit*. Brussel·les: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pàg. 270 i seg.

7. *Ibidem*, pàg. 277.

8. *Ibidem*, pàg. 272.

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

10. Tribunal d'Apel·lació, totes les sales, 24 d'abril de 1862, DP (*Daloz Périodique*) 1862, 1, 153.

essencial en el projecte concret de matrimoni alguna qualitat que en la majoria dels casos no hauria pas estat: per exemple, la pertinença religiosa, l'absència d'un divorci anterior o l'absència de descendència natural. Però cal ser conscients de les limitacions d'aquesta via".¹¹

Per tant, hi ha dues interpretacions possibles de les qualitats essencials: la primera, **objectiva**, porta a la recerca in *abstracto* d'allò que pertany a l'*essència del matrimoni*.¹² La sentència del Tribunal d'Apel·lació de Douai s'inscriu en aquesta perspectiva. En efecte, segons els jutges, "en cap cas una mentida que no afecta una qualitat essencial pot ésser un fonament vàlid per a anul·lar un matrimoni. Tal és particularment el cas, si tenim en compte que la mentida pretesa afecta la vida sentimental passada de la futura esposa i la seva virginitat, la qual no és pas una qualitat essencial, ja que la seva absència no té cap incidència sobre la vida matrimonial".

Amb la frase "la virginitat no és pas una qualitat essencial", el tribunal exclou no solament que la virginitat pugui ésser considerada una qualitat objectivament essencial des de la perspectiva del matrimoni (aspecte sobre el qual és fàcil posar-se d'acord), sinó també que es pugui considerar una qualitat subjectivament essencial (tal com la podrien concebre el cònjuge o la religió que professa). De fet, des de la perspectiva de la validesa del matrimoni, la virginitat dels cònjuges no té cap pes perquè, al cap i a la fi, no correspon pas als cònjuges determinar allò que és essencial o no en un matrimoni.¹³

Per justificar la seva decisió, els jutges del Tribunal d'Apel·lació de Douai no es refereixen pas al caràcter no objectivament essencial d'aquesta qualitat, sinó que subratllen que l'absència de virginitat "no té cap incidència sobre la vida matrimonial". Ens orientem, doncs, cap a un criteri derivat del concepte legal del matrimoni que determinen els articles 212 i següents del codi civil. Tenint en compte, doncs, que l'objecte del matrimoni és instaurar una vida comuna que inclogui el compromís de complir els deures de respecte (a partir de la Llei de 4 d'abril de 2006), fidelitat, auxili i suport, s'han de considerar qualitats es-

sencials aquelles qualitats necessàries per acomplir aquest objectiu i sense les quals no es pugui concebre una vida comuna.

La segona interpretació possible del paràgraf 2 de l'article 180 del codi civil és **subjectiva**, per referència a la causa impulsiva i determinant en els contractes, i ens porta a considerar, aquesta vegada in *concreto*, les qualitats que han determinat una de les parts a formalitzar una unió, atès que sembla difícil de cenyir-se només a una apreciació objectiva, purament abstracta, basada únicament en allò que es considera una qualitat essencial, amb independència de qui sigui el futur cònjuge. Però, com se'n pot elaborar la llista? En realitat, en la immensa majoria de casos, els tribunals combinen una apreciació objectiva (l'essència del matrimoni en l'opinió comuna) amb una apreciació més subjectiva (cal que el cònjuge demandant demostrï que si hagués conegut l'error no s'hauria casat).

Amb l'argument que "l'error respecte de les qualitats essencials del cònjuge no només suposa demostrar que el demandant va acceptar el matrimoni **sota l'engany d'un error objectiu** sinó que aquest error era **determinant a l'hora de donar el seu consentiment**", els jutges del Tribunal de Primera Instància de Lilla se subscriuen al corrent d'interpretació de les qualitats essencials que mescla, almenys en principi, els aspectes objectius i els subjectius. Ara bé, en realitat, el tribunal relega a un segon pla l'apreciació objectiva de les qualitats essencials i en privilegia un enfocament exclusivament subjectiu. En efecte, segons els jutges, la conformitat de la dona amb la sol·licitud de nul·litat demostra que ella concebia la virginitat com una qualitat essencial determinant en la decisió del marit a l'hora de consentir el casament.

b) La incidència de la religió en l'apreciació de les qualitats essencials

Si bé en les resolucions dictades no apareix cap referència explícita a la religió, no passa desapercebut que justifica la demanda interposada per l'espos. Cal, doncs, preguntar-se si les conviccions religioses poden constituir un criteri determinant per al consentiment del matrimoni i, en conseqüèn-



cia, si poden originar una interpretació subjectiva de l'error respecte a les qualitats essencials.

Fou el Tribunal de Colmar que, per primera vegada el 1811,¹⁴ va incloure el criteri religiós com a qualitat essencial de la persona del cònjuge per anul·lar un matrimoni: es tractava d'un home que havia amagat a la seva dona la seva qualitat de religiós no sacerdot. Certament, es tracta d'una resolució antiga, però en cap cas aïllada.

El Tribunal Civil de Bordeus, el 1924,¹⁵ el Tribunal Civil del Sena, el 1951,¹⁶ o el Tribunal de Primera Instància de Baixa-Terra, el 1973,¹⁷ van considerar que el fet que un dels contraents ignorés que el cònjuge es trobava sota el vincle d'un matrimoni religiós abans de casar-se era un error respecte a les qualitats substancials de la personalitat civil del cònjuge i implicava la nul·litat del matrimoni, sobretot si la víctima de l'error albergava sentiments religiosos profunds. Aquestes resolucions posen de manifest que "aquestes unions representen als ulls del cònjuge catòlic 'un adulteri continu' i que la dona no pot viure en estat d'adulteri ni ésser la concubina d'un home que viu sota els vincles d'una unió precedent".

El 1981, el Tribunal de Primera Instància de Le Mans¹⁸ va estimar que una dona de conviccions profundament religioses, quan es casava considerava essencial de trobar en el seu cònjuge la mateixa voluntat d'una unió seriosa i duradora, tal com la defineix l'església catòlica. Ara bé, la dona havia esposat un home que mantenia un vincle al qual mai no va tenir la intenció de posar fi. Per altra banda, l'home se n'havia anat amb la seva amant, tres mesos després de casar-se.

Més curiós és el cas d'una esposa que va presentar una demanda d'anul·lació de matrimoni, disset anys després d'haver-se casat. Va prendre la decisió després d'assabentar-se per la cunyada que el seu marit no era vidu sinó divorciat. Segons el criteri dels jutges del Tribunal de Primera Instàn-

Els sistemes legals europeus, com el francès, han anat fent modificacions al llarg del temps per tal d'anar-se adaptant a algunes de les noves realitats socials que cada cop tenen més incidència en la vida col·lectiva. Dones magribines a Barcelona.

cia de París, "no hi ha cap dubte que, considerant les seves profundes conviccions religioses, la futura esposa no hauria acceptat de casar-se amb S. si l'hagués informada del seu passat conjugal; que, en efecte, ella no ignorava pas que, d'acord amb l'ensenyament tradicional encara en vigor dins l'església catòlica, el matrimoni religiós és indissoluble i que, catòlica convençuda com és, s'hauria abstingut d'esposar un home que, als ulls de la fe que ella professa, encara era casat". I d'aquesta manera, com que per a aquella esposa la qualitat de no divorciat del seu futur cònjuge era una condició determinant per haver consentit casar-se disset anys abans, el Tribunal de Primera Instància va estimar la demanda d'anul·lació.²⁰

11. CARBONNIER, J. *Droit civil, La famille*. PUF, Quadrige. Vol. 1. 1a ed., 2004, pàg. 1172-1173.

12. Segons l'expressió de LEVENEUR, L. *Leçons de droit civil, La famille*. Montchrestien: 7a edició, 1995, núm. 736.

13. LARRIBAU-TEMEYRE, V. "Le mariage décidément toujours institution d'ordre public et la virginité jamais une qualité essentielle", *Dr. famille*, núm. 12, desembre 2008, com. 167.

14. Tribunal Imperial Colmar, 6 de desembre de 1811, *Journal du Palais*, 1811, pàg. 759.

15. Tribunal del Civil de Bordeus, 9 de juny de 1924, *Gaz. Pal.*, 2, pàg. 201.

16. Tribunal Civil del Sena, 4 d'abril de 1951, *JCP* 1953, nota J. M.; *RTD Civ. (Revue Trimestrielle de Droit Civil)*, 1953, pàg. 317, obs. LAGARDE, G.

17. TGI Baixa-Terra, 25 d'octubre de 1973, D. (*Recueil Dalloz*) 1974, resum comentat, pàg. 44.

18. TGI Le Mans, 7 de desembre de 1981, *JCP G*, 1986, II, 20573, nota LEMOULAND, J.J.

19. TJI París, 5 de gener de 1982, *RTD Civ.*, 1983, pàg. 523.

20. Cal precisar que l'article 181 del codi civil en la part aplicable al cas disposava: "La demanda de nul·litat no serà procedent en els casos en què hi hagi hagut cohabitació continuada durant sis mesos des que l'espòs adquirís plena llibertat o que reconegués l'error".

A partir d'ara, l'article 181 quedava redactat així: "La demanda de nul·litat no serà procedent transcorregut un termini de cinc anys a partir del casament". Aquest article va patir dues modificacions en poc temps. La Llei d'abril de 2006 va suprimir la condició de cohabitació, però va mantenir "o durant sis mesos des que l'espòs adquirís plena llibertat o que reconegués l'error". Aquesta darrera part de la frase es va suprimir mitjançant la Llei del 17 de juny de 2008.

Al llarg del segle xx, l'Europa Occidental ha desenvolupat un model de creixement que ha significat la concentració de la població en grans àrees urbanes, la qual cosa ha significat, entre altres coses, posar en contacte cosmovisions socials, culturals i legals ben diverses. Densitat de població a Europa a principis del segle XXI.



En el mateix sentit es va pronunciar el Tribunal d'Apel·lació d'Angers, el 5 de desembre de 1994,²¹ davant la demanda de nul·litat d'una dona després d'anys d'estar casada, en considerar que el fet que l'espòs "hagués amagat a la seva muller que havia contret un primer matrimoni religiós i que estava divorciat suposava per al cònjuge un error respecte a les qualitats substancials de la persona, ja que el fet de voler contreure un matrimoni religiós implicava casar-se amb algú no divorciat, i aquesta circumstància era determinant a l'hora de donar el consentiment".

Aquesta resolució va ser revocada per un recurs de cassació interposat pel marit, el qual recriminava al Tribunal d'Apel·lació de no haver fet una apreciació *in abstracto* de les qualitats essencials. En altres paraules, segons l'home hauria estat necessari preguntar-se si la qualitat pretesa (a saber, la de no divorciat) era determinant per a la majoria dels esposos. El 2 de desembre de 1997,²² el Tribunal Suprem (*Cour de Cassation*) va desestimar el recurs.

En una resolució recent,²³ el Tribunal Suprem admet la possibilitat de recórrer a una anàlisi més subjectiva de les qualitats essencials. Considerem que es tracta d'un cas equiparable al de la virginitat. Es tracta d'una casada que, la mateixa nit de noces, va rebre per telèfon les confidències d'una dona que afirmava haver mantingut una relació amb el seu marit, durant set anys, i que l'home s'havia compromès amb ella. L'esposa va sol·licitar l'anul·lació del matrimoni per considerar que havia estat enganyada respecte a les qualitats essencials del seu marit, amb el qual no s'hauria casat si hagués sabut que havia tingut una relació amb una altra persona (relació que per altra banda tampoc tenia la certesa que s'hagués acabat) i si no li hagués fet creure que tenia conviccions religioses profundes.

El Tribunal d'Apel·lació de París²⁴ (així com prèviament el Tribunal de Primera Instància) va resoldre que "tenint en compte l'estat actual dels costums, el fet que l'espòs hagi mantingut relacions íntimes abans del seu casament no comporta pas una falta de sinceritat dels seus sentiments vers la seva esposa; que la falta de confidència del futur

espòs en aquest sentit no es pot interpretar com la voluntat d'enganyar Nathalie respecte a les seves qualitats essencials; que, siguin quines siguin les conviccions religioses i l'educació moral estricta que hagi rebut, ella no aporta cap prova que no hauria contret matrimoni si hagués tingut coneixement de la relació passada del seu marit, en la mesura que les seves aspiracions a una unió duradora no estaven en absolut deteriorades per aquesta circumstància".

El recurs que va interposar la dona contra aquesta resolució defensava que l'error respecte a les qualitats essencials de la persona no podia interpretar-se de manera purament abstracta sense tenir en compte les conviccions religioses o filosòfiques que haurien pogut determinar el consentiment de l'altra part. D'acord amb el recurs, calia analitzar si, des de la perspectiva de les conviccions religioses profundament arrelades en l'esposa i aparentment compartides pel seu marit i comunes en tot el seu entorn social, aquesta relació adúltera que li havia estat amagada podia caracteritzar un error.

Tot i que desestima el recurs, el Tribunal Suprem no nega pas que l'error respecte a les qualitats essencials de la persona s'interpreta subjectivament. Admet que el Tribunal d'Apel·lació s'ha entregat a la recerca pretesament omesa. Amb tot, assenyalava que el fet que l'espòs reconegués haver tingut relacions amb una dona abans de casar-se no implicava pas que hagués tingut la intenció de continuar aquesta relació després de casar-se. Pel Tribunal Suprem, el Tribunal d'Apel·lació va poder "determinar sobiranament" que les conviccions religioses de l'esposa no permetien pas establir que ella no hauria contret matrimoni si hagués tingut coneixement d'aquesta relació passada, des del moment en què aquesta circumstància no deteriorava pas les aspiracions del marit a una unió duradora.

Per acabar, afegirem a aquest ventall de resolucions la que va dictar el Tribunal d'Ais de Provença, el 15 de novembre de 2005,²⁵ i que va passar totalment desapercibuda. Els dos cònjuges eren musulmans i, d'acord amb la seva religió, el matrimoni civil ha d'anar obligatòriament seguit del

matrimoni religiós, el qual marca el moment en què els esposos podran cohabitar i el matrimoni podrà ésser consumat. L'esposa va demanar l'anul·lació del matrimoni perquè el marit refusava de sotmetre's al matrimoni religiós. El Tribunal d'Apel·lació, a l'igual dels primers jutges, va considerar que "el consentiment del matrimoni deriva del consentiment donat per a la totalitat de cerimònies, tant civils com religioses, i que el rebuig d'un dels cònjuges a sotmetre's al casament religiós constitueix per a l'altre un error respecte a les qualitats essencials".²⁶ Cal remarcar que el Tribunal d'Apel·lació va concedir a la dona 5.000 € en concepte de danys i perjudicis, ja que estimava que el rebuig del marit per completar les cerimònies de matrimoni creava innegablement un perjudici moral a l'esposa.

Cal, però, precisar que els tribunals exigeixen que el sol·licitant d'una acció de nul·litat demostrï que per a ell els preceptes religiosos són essencials i que les conviccions religioses han estat determinants a l'hora de consentir el matrimoni.

Des d'aleshores, l'apreciació subjectiva de les qualitats essencials, que va prevaldre en el judici de Lilla de l'1 d'abril de 2008, sembla inscriure's en un corrent jurisprudencial bastant ben establert. Hi ha qui pensa que aquesta interpretació exclusivament subjectiva a la qual es lliuren els jutges de primera instància té com a objecte no generalitzar la solució en circumscriure-la a cada cas concret.²⁷ A més a més, tal com ens n'hem pogut adonar, és palès que el criteri religiós, pel que fa a la determinació de les qualitats essencials de l'espòs, queda lluny d'ésser exclòs de la jurisprudència civil. Per tant, des del punt de vista de la validesa formal, la solució que privilegien els primers jutges queda justificada.

2. L'ordre públic i el matrimoni

Segons el Tribunal d'Apel·lació de Douai, "la demanda tal com s'ha presentat i la sentència que n'ha resultat, les quals són susceptibles de posar en joc els principis de respecte a la vida privada, de llibertat de matrimoni i de prohibició de tota discriminació entre homes i dones, estan subjectes

al dret de les persones, de les quals les parts no tenen lliure disposició, i a l'ordre públic; l'apreciació de les qualitats essencials d'acord amb el paràgraf 2 de l'article 181 del codi civil també està subjecta al control de l'ordre públic i, en conseqüència, no es pot deixar a la lliure disposició de les parts".

El Tribunal d'Apel·lació estima que, malgrat el caràcter privat del cas, el poder públic està legitimat per opinar sobre les qualitats essencials que estan en litigi.

És la consideració de l'ordre públic que justifica-rà, d'una banda, l'admissibilitat del recurs de la fiscalia i, de l'altra, la desestimació del Tribunal d'Apel·lació quant a l'anul·lació del matrimoni per error del marit sobre la virginitat de la seva esposa.

Si bé la motivació dels jutges és mitjanament convincent,²⁸ allò que importa és l'esment del fet que el jutge ha d'exercir un control sobre la institució del matrimoni, inclòs el vici de consentiment.

21. Tribunal d'Apel·lació d'Angers, 2 de desembre de 1994, *Jurisdata* núm. 055583.

22. Tribunal Suprem, 1a Sala del Civil, 2 de desembre de 1997, *Dr. famille*, 1998.35, nota H. L.; RTD Civ. 1998, pàg. 659, nota HAUSER, J.

23. Tribunal Suprem, 13 de desembre de 2005, *Dr. famille*, 2006, com. 22, LARRIBAU-TEMEYRE, V..

24. Tribunal d'Apel·lació de París, 20 de desembre de 2001,

25. Tribunal d'Apel·lació d'Ais de Provença, 15 de novembre de 2005, *Dr. famille*, 2006, com. 80, LARRIBAU-TEMEYRE, V.

26. TGI Ais de Provença, 11 d'octubre de 2004.

27. BERNARD-XEMARD, CL. "L'hymen jeté sur la place publique", *Lamy Droit des personnes et de la famille*, crònica, juliol 2008.

28. "L'argument segons el qual la virginitat no és una qualitat essencial 'perquè no té cap incidència en la vida matrimonial' deixa perplex. Per començar, és un argument decebedor, ja que el Tribunal de Douai havia brandat l'estendard de l'ordre públic i hom esperava una demostració de la raó per la qual era precisament contrari a l'ordre públic, que considerava la virginitat com una qualitat subjectivament essencial. Ara bé, aquesta explicació es va eludir. Es tracta d'un argument ambigu, d'entrada perquè hom es pot preguntar què significa 'incidència sobre la vida matrimonial'". (LARRIBAU-TEMEYRE, V. "Le mariage décidément toujours une situation d'ordre public [...] ", *precit.*).

Això ens porta a qüestionar-nos la singularitat del matrimoni. “Heus ací un contracte que hom proclamava, després de passar pel sedàs de les reformes legislatives i l’evolució dels costums, entement consensuat, però que, en realitat, encara i sempre està subjecte a l’ordre públic!”.²⁹ Durant molt temps, els juristes s’han qüestionat si el matrimoni representa un contracte o una institució. El caràcter institucional del matrimoni mena a una situació jurídica que queda fora de l’abast de les voluntats particulars, les regles de la qual són fixades per la legislació. Avui dia, per a la majoria d’autors, el matrimoni és un acte jurídic de naturalesa complexa, a la vegada contracte i institució: contracte pel fet que s’estableix un acord de les voluntats que el creen (Pothier afirmava que és el més antic i més refinat de tots els contractes);³⁰ institució quan considerem el règim jurídic que en resulta.

Ara bé, “del matrimoni a tres bandes (el marit, la muller i l’Estat) es va passar al matrimoni a dues (que es dissol per consentiment mutu i, fins i tot, per separació de fet d’una durada de dos anys, des que va entrar en vigor la Llei de 26 de maig de 2004), mentre que la Llei de 2002 de l’autoritat parental semblava haver assignat definitivament tot allò que es considerava sagrat en el matrimoni (la protecció d’una família en interès dels fills) a l’autoritat parental (imposava les obligacions respectives dels pares, independentment de l’estatus conjugal i, fins i tot, després de la separació, i instaurava una nova forma d’indissolubilitat: la parella parental)”.³¹ Per altra banda, la sentència de Lilla s’inscriu en el corrent de contractualització del matrimoni, de la qual diversos autors han denunciat *els efectes devastadors*.³²

Amb tot, malgrat el consens imperant, el Tribunal de Douai ens recorda que el matrimoni encara es regeix per normes d’ordre públic. Aquest ordre públic es compon pel conjunt dels principis, escrits o no, els quals, en el moment de raonar-los, són considerats dins d’un ordre jurídic com a fonamentals i, conseqüentment, tenen la capacitat d’anul·lar, dins d’aquest ordre jurídic, l’efecte no tan sols de la voluntat privada, sinó també de les lleis estrangeres i dels actes de les autoritats es-

trangeres.³³ En el marc d’aquests principis generals, s’hi engloben els que governen les relacions entre homes i dones: el dret de matrimoni, la igualtat dels cònjuges i la dignitat de les persones. Tal com assenyala encertadament el magistrat Bardout, les normes generals que regeixen l’anul·lació dels contractes i, en particular, les estipulades en l’article 180 del codi civil pel que fa al matrimoni han d’ésser interpretades des de la perspectiva de l’evolució dels costums. Aquests costums són constitutius de l’ordre públic, al qual ni el matrimoni ni la seva dissolució poden contravenir, malgrat l’evolució consensualista. A l’hora de valorar si un compromís contractual de virginitat pot rebre la sanció del dret, sorgeixen tres respostes possibles: “alguns defensen que la virginitat és una condició legítima, atorgada per la fe o les conviccions personals, determinant per a la validesa d’un matrimoni; de manera inversa, es pot considerar que la condició de virginitat atempta contra la dignitat de les dones i és contrària al dret de matrimoni. Com a solució de compromís, també es pot considerar que una condició tal formulada en la intimitat d’una parella només té legitimitat en el marc d’aquesta intimitat i des de la perspectiva de les creences o conviccions personals, però que només pot rebre una sanció privada o religiosa; que la condició de virginitat mai no podrà rebre ni força de llei ni tenir valor jurídic i, encara menys, propiciar una sanció com l’anul·lació del matrimoni davant d’un tribunal”.

Prenent l’ordre públic com a eina que dóna la validesa formal a la seva resolució, el Tribunal d’Apel·lació de Douai va dictaminar (així ho va fer constar el magistrat Bardout) que l’Estat no pot donar força de llei a un compromís contrari als principis generals que governen les relacions entre homes i dones, a la nostra societat i en els nostres temps.

Mesurem, doncs, les dimensions indissociables d’aquestes dues resolucions: d’una banda, una dimensió jurídica producte dels canvis radicals del dret de la família i que oposa els defensors d’una privatització més gran de la família i els partidaris d’un dret que garanteixi el caràcter institucional del dret familiar. De l’altra, una dimensió social lli-



gada a la qüestió religiosa o comunitarista present en l'afer estudiat, que obliga a anar més enllà de l'àmbit del dret positiu.

II. La validesa empírica associada a l'efectivitat

“En aquest cas, s'entén per validesa la correspondència entre la norma i el comportament de les seves dues categories de destinataris: les autoritats encarregades de garantir-ne l'aplicació (els destinataris 'secundaris') i aquells el comportament dels quals s'hi ha d'adequar (els destinataris 'primaris'). En aquest segon sentit, una norma vàlida és una norma que orienta la pràctica de les persones de dret.”³⁴

En altres paraules, es considera just allò que aprova la majoria de l'opinió pública.

En relació amb el nostre cas, el criteri de validesa empírica pot significar que la qualitat essencial, sense ser necessàriament del tot objectiva, és la qualitat “sociològicament” essencial.³⁵ En un moment determinat, aquesta qualitat rep l'apreciació de la societat i es crea una correspondència amb allò que representa la institució del matrimoni. En aquest punt, per poder ser essencial, la qualitat ha de ser-ho, sens dubte, a ulls del cònjuge enganyat (qualitat, per tant, subjectivament essencial), però també i sobretot als ulls de la societat. Fa tot l'efecte que les reaccions suscidades arran de la sentència de Lilla confirmen una anàlisi com aquesta: si bé la llibertat de la dona respecte al seu cos és un argument avançat contra aquesta decisió, no és pas l'únic; la virginitat de la dona ja no apareix com una qualitat essencial dins de l'opinió col·lectiva; de fet, actualment no és vista com una qualitat objectivament essencial des de la perspectiva del matrimoni republicà laic, malgrat que ho sigui per a l'espòs, en nom de la seva religió.

Això no obstant, aquesta anàlisi pot ésser demolida pel precedent jurisprudencial en relació amb la qualitat de no divorciat al·legada pels practicants catòlics a favor d'una demanda d'anul·lació de matrimoni. En efecte, des de ja fa bastants anys, ningú no pot defensar que el fet d'estar divorciat provoqui l'oprobri en una societat francesa

Arran la sentència del Tribunal d'Apel·lació de Douai (França) del novembre de 2008, es posà de manifest que l'Estat, en aquest cas francès, no pot donar força de llei a un compromís contrari als principis generals que governen les relacions entre homes i dones, a la nostra societat i en els nostres temps.

en què gairebé una parella de cada dues es divorcia. Així doncs, “sociològicament”, la qualitat de no divorciat no és pas una qualitat essencial (queda fora de l'essència del matrimoni). Algunes de les resolucions que han admès l'error respecte a la qualitat de divorciat posen de manifest que “el caràcter determinant de l'error és més creïble en la mesura que l'afecció al principi de la indissolubilitat del matrimoni consagrat religiosament encara és compartit comunament per molts catòlics practicants”.

És aquesta referència a una comunitat de creients practicants la que fa la qualitat de no divorciat “sociològicament” essencial? L'examen dels últims estudis de l'INSEE³⁶ ens aporta elements per posar-ho en dubte: la probabilitat que els integrants de la comunitat catòlica, àmpliament majoritària a França, assisteixin dues vegades al mes als actes religiosos i, en conseqüència, la probabilitat d'ésser practicant és del 4% pel que fa als homes i del 8% pel que fa a les dones.

En paraules de Jacques Lenoble i de Philippe Coppens,³⁷ “les cultures existents defineixen les singularitats de les nostres societats i es caracterit-

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

30. *Œuvres de Pothier*, Setè volum, nova edició publicada per M. Siffrein, Pothier Robert Joseph (1699-1772), París (Videcoq), 1821-1824, especialment pàg. 188 i 194.

31. BARDOUT, J.-CL., “De la persistance de l'ordre public en matière d'annulation du mariage...”, *precit.*

32. LEMOULAND, J.-J. i VIGNEAU, D. D. 2008, pàg. 1786.

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

34. OST, FR., VAN DE KERCHOVE, M. *Jalons pour une théorie critique du droit*, *precit.* pàg. 272.

35. MALAURIE, PH., FULCHIRON, H. *La famille*, Deffrénois, núm. 183.

36. RÉGNIER, A. i PRIOUX, F. “La pratique religieuse influence-t-elle les comportements familiaux?”, *Population et sociétés*, núm. 447, juliol/agost 2008.

37. “Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'Etat, théorie de la norme et procéduralisation contextuelle”, dins LENOBLE, J. i COPPENS, PH. (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, 2000, pàg.19.

La Declaració de Drets de l'Home sorgida en el marc de la Revolució Francesa significà l'inici de la construcció d'un sistema legal en què els drets i els deures dels individus són la base de l'ordre jurídic, la qual cosa comporta, entre altres aspectes, que les seves institucions, com el matrimoni, es regeixen per normes d'ordre públic, com és el cas analitzat arran la sentència del Tribunal d'Apel·lació de Douai de novembre de 2008.

zen principalment per les diferents representacions que tenen de les exigències d'organització de la vida col·lectiva i de la naturalesa de les relacions socials. La norma en si mateixa no dicta pas quina d'aquestes representacions culturals en conflicte en el si de la comunitat serà seleccionada en el moment de l'aplicació efectiva de la norma. Cal, doncs, insistir en el fet que tota aplicació d'una norma no pressuposa només un moment formal d'elecció dels límits normatius considerats acceptables, sinó també una operació de selecció dels possibles efectius en funció d'una percepció de la forma de vida efectivament acceptada en el si de la comunitat concernida". Ara bé, segons la consciència popular, la virginitat de la dona no és una qualitat essencial, ja que es té la idea que no és gens difícil de viure feliçment amb una dona que no fos verge en el moment de casar-se, contràriament a la idea d'aconseguir una convivència feliç amb un marit impotent³⁸ o un espòs aliè.³⁹ Els elements que constitueixen les qualitats essencials de la persona en un matrimoni, aquelles qualitats necessàries per a tenir una vida matrimonial, depenen de la consciència popular de la nació, la qual està arrelada a la història i evoluciona amb ella.⁴⁰

De la mateixa manera, ens adonem que "el moment del dret no esgota pas les condicions de la seva pròpia aplicació i pressuposa sempre, en el marc d'aquestes condicions, un "abans" i un "després" de la norma. No se'l vincula a preferències individuals, ans al contrari, al moment d'una percepció del nostre esdevenidor comú, a la percepció d'una forma de vida".⁴¹ I és aquest "després" de la norma que l'opinió pública ha jutjat insuportable, ja que ha considerat que "la forma de vida" que proposa la solució dels primers jutges mitjançant la consideració de la virginitat de la dona com a qualitat essencial era del tot inacceptable.

Coincidim, doncs, amb F. Ost i M. van de Kerchove que paral·lelament a l'efectivitat material d'una norma es desenvolupa una efectivitat simbòlica no menys important. D'aquesta manera, el dret es mostra en totes les seves dimensions: humana, social i política. En conseqüència, per poder-les considerar, les decisions del dret s'han d'acarar amb altres imperatius, altres valors diferents



dels preceptes tècnics i les regles abstractes que el modelen, així com amb els resultats concrets que possibiliten la seva aplicació.⁴² Això ens acosta al tercer pol de la validesa de la norma, la validesa axiològica.

III. La validesa axiològica associada a la legitimitat

"En aquest cas, s'entén la validesa com la conformitat de la norma jurídica amb unes regles, valors o ideals metapositius [...] Aquesta legitimitat pot concebre's de manera monista o pluralista; o bé s'eleva la norma a un rang únic i suprem: una teoria del dret natural que privilegia, per exemple, un valor suprem, o també (la legitimitat de la norma s'aprecia de manera difusa) la "borsa dels valors" que forma el conjunt dels altres sistemes normatius presents".⁴³

La relació amb els valors en l'acte de jutjar⁴⁴ és complex i obre la via d'un qüestionament múltiple: quina llibertat té el jutge a l'hora d'escollir els valors que sustenten la decisió? Quan l'adhesió del grup social a certs valors col·lectius és forta, es veu reduït el seu marge de maniobra?

Quan el jutge emet una resolució essencialment de fet (ja que només la interpretació dels fets permet de decidir la iniciació del litigi) o quan la llei només ofereix nocions imprecises (l'interpret del text no hi troba "un patró de reconeixement o mesura dels mèrits o desmèrits dels justiciables"), li cal dirigir-se cap a un sistema de valors, la funció dels quals és precisament regular l'elecció, indicar la bona elecció, decidir. Però els valors són plurals, heterogenis, variables i, en multiplicar-se els sistemes normatius de referència (en aquest cas, el dret, sens dubte, però també les prescripcions religioses o les normes tradicionals), la resposta es torna complexa.



L'accelerat procés de canvi social i cultural comporta canvis radicals en les nostres societats, tot fent que sorgeixin punts de vista ben diversos com és el cas del dret de família, escenari en el qual s'oposen els defensors d'una més gran privatització de la família enfront dels partidaris que consideren que cal mantenir el dret de família en el marc institucional.

“La qüestió essencial que sorgeix quan els jutges es veuen obligats a prendre decisions fonamentades en els valors és la de la determinació del marc de referència que permet identificar aquests valors. En aquest cas, difícilment es pot rebatre que el primer element de referència és naturalment el mateix sistema jurídic, en la mesura que, sigui de manera explícita o implícita, incorpora certs valors [...] La qüestió es complica quan els jutges es veuen obligats a adaptar la interpretació del dret a un nou context en el qual els nous valors han estat consagrats o estan emergint. En quina mesura el jutge ha de vehicular els valors dominants de la societat o afavorir els valors emergents? Quan es contraposen valors contradictoris, quin valor ha d'escollir i com?”⁴⁵

La solució dels primers jutges fou sens dubte legítima (en termes de valors) per al marit. La seva religió o la seva comunitat de pertinença exigia que la dona fos casta fins al dia del casament. Però la solució adoptada no era legítima, sempre en termes de valors, per a la comunitat de ciutadans, en opinió de la qual la igualtat de sexes, la lliure disposició del cos de la dona, la dignitat i la no discriminació (per tant, l'estat dels costums) són avui valors essencials. Pel que fa a la resolució del Tribunal d'Apel·lació de Douai, cal aplicar el raonament invers. D'aquesta manera, una mateixa situació pot ésser tractada de manera radicalment diferent segons el valor que prevalgui. Ningú no s'hauria de sorprendre, ja que els antagonismes de valors convergeixen en una institució (la justícia) naturalment oberta a les exigències socials.⁴⁶

Si avui dia el dret és assetjat per aquests tres elements que són la complexitat, l'alteritat i la interculturalitat, el jutge, com a representat d'aquest dret, també pateix el mateix assetjament, ell que ha d'estar “pendent dels clams de la societat”. Des d'aquesta perspectiva i tenint en compte la percepció comuna de la institució del matrimoni, els objectius que li assignen els principis que regeixen els nostres costums socials i la marcada dimensió social que pren, és possible pretendre que la virginitat de la futura esposa es pugui considerar una qualitat essencial? La commoció que va suscitar la decisió dels jutges de Lilla mostra que hi va haver

una falta de consideració de la realitat social, ja que la qualitat essencial invocada no és compatible amb el sistema de valors de la nostra societat.

Aquests moments de xoc frontal entre els valors d'una minoria i les de la majoria tendeixen a multiplicar-se, en una França marcada per un pluralisme religiós sense precedents. Tal com subratllava l'informe de la Comissió de reflexió jurídica respecte a les relacions dels cultes amb els poders públics,⁴⁷ el 2006, “els quatre cultes reconeguts el 1905 (catolicisme, protestantismes reformista i luterà i judaisme) conviuen avui amb religions geogràficament o històricament noves. Així, l'islam, però també les savieses d'Àsia, començant pels budismes, sense oblidar les altres formes, antigues o modernes, de cristianisme que són l'ortodòxia o les esglésies evangèliques, formen part integrant del paisatge religiós francès. França és el país europeu que compta amb el nombre més gran de musulmans, de jueus i de budistes. Aquesta di-

38. Tribunal d'Apel·lació de París, 26 de març de 1982, *Jurisdata* núm. 1982-600934; *Défrenois* 1982, núm. 54, pàg. 1240, obs. MASSIP, J.

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

40. MALAURIE, PH. “Rejet de l'annulation du mariage pour mensonge sur la virginité”, nota sobre CA Douai, 17 de novembre de 2008, *JCP ed. G.*, 2009, II, 10005; també del mateix autor, “Mensonge sur la virginité et nullité de mariage”, precit.

41. LENOBLE, J. i COPPENS, PH. *precit.*

42. ROME, F. “La mariée avait un vice caché”, *D.* 2008, pàg. 1465.

43. OST, F., VAN DE KERCHOVE, M. *Jalons pour une théorie critique du droit*, precit. pàg. 274.

44. Respecte a aquest tema, vegeu FORTIER, V. (dir.), *Le juge, gardien des valeurs ?*, CNRS éditions: Col. Droit, 2007.

45. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. “Le juge face à lui-même”, a BADINTER, R. i BREYER, S. (dir.), *Les entretiens de Provence, Le juge dans la société contemporaine*. Fayard: Publications de la Sorbonne, 2003, pàg. 336.

46. SALAS, D. *Le Tiers Pouvoir, vers une autre justice*. Hachette littératures: “Pluriel”, 2000, pàg. 201.

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

versitat encara és més significativa a ultramar, com per exemple l'illa de la Reunió, on coexisteixen cristians, hinduistes i musulmans”.

Aquest pluralisme confessional que caracteritza la França actual, però que també ha conegut en altres temps i altres indrets,⁴⁸ és un valor protegit de realització complexa. En efecte, la multiplicació dels fluxos migratoris i l'assentament de comunitats al·lògenes lluny de les seves àrees d'origen pot provocar un xoc de cultures i de religions, un fenomen de difracció identitària. L'aculturació i la contraaculturació esdevenen paràmetres de la integració o del fracàs durant el procés de transplantació de poblacions en una cultura diferent de la del lloc d'on provenen o d'on provenien els seus progenitors. El rebuig o l'adopció subconscient i idealitzada de l'origen són dues formes extremes enmig de les quals caben tots els matisos de la paleta.⁴⁹

Tal com afirma D. Terré, la idea pluralista és un niu de contradiccions potencials i deixa presagiar, debatent-se entre realitat i la consigna, la manera com pot constituir una font de conflicte amb el pretext de pretendre solucionar. En altres paraules, el pluralisme és polèmica no tan sols pacífica.⁵⁰

Ara bé, “no eliminarem pas l'aspecte bel·licós i amenaçant que aquestes reivindicacions d'identitat tenen per a la cohesió social ni la temuda etnificació si no eliminem els comportaments que els engendren; altrament dit, ho aconseguirem donant a la diferència l'espai que es mereix, designant-la i creant les estratègies que haurien de propiciar la seva acceptació i en certa mesura el seu reconeixement”.⁵¹

A més, cal que les pràctiques religioses que observa el creient no entrin en conflicte amb “els valors essencials de la comunitat francesa”, tal com va poder decidir el Consell d'Estat, el 27 de juny de 2008,⁵² per desestimar el recurs d'anul·lació d'un decret que rebutjava l'adquisició de la nacionalitat francesa per defecte d'assimilació. En aquest cas, es tractava d'una dona marroquina que havia esposat un resident francès i que, en expirar el termini de quatre anys, va presentar una declaració adquisitiva de nacionalitat, a la qual el Govern es va oposar per falta d'assimilació. El Consell d'Es-

tat va desestimar el recurs d'anul·lació d'aquesta dona “considerant que els documents del seu dossier evidencien que, si bé la senyora X posseeix un bon domini de la llengua francesa, ha adoptat una pràctica radical de la seva religió, incompatible amb els valors essencials de la comunitat francesa i particularment amb el principi d'igualtat de sexes; que així no compleix la condició d'assimilació [...]”.

Quins són els elements concrets que caracteritzen aquesta pràctica radical de la religió, la musulmana en aquest cas? La premsa s'havia fixat gairebé exclusivament en l'ús del burca, una peça de vestir fosca que arriba fins als peus i dissimula cabells i cara en combinació amb un vel i que les dones han de portar obligatòriament al reialme saudita. De fet, d'acord amb les entrevistes amb els serveis socials i la policia, era evident que la sol·licitant portava una vida de reclusió gairebé absoluta al marge de la societat francesa, la qual descartava una autèntica assimilació [...].

La jurisprudència judicial també pren en consideració les pràctiques integristes, el risc de radicalització i el rebuig de l'estil de vida occidental per protegir l'infant i “prevenir qualsevol adoctrinament dels nens contrari al seu interès dins de la societat en la qual evolucionen”.⁵³ Sense privar el pare d'autoritat parental, “símbol fort de la paternitat”, els comportaments no han d'atemptar contra “la realització de les nenes i crear un conflicte permanent que perjudiqui l'elecció educativa de la mare i creï un dolor constant a l'interior dels infants”.⁵⁴

Conclusió

En definitiva, aquest afer de virginitat, a través de dues resolucions que la prenen com a punt de referència, és prou instructiva almenys des de dos punts de vista.

D'una banda, il·lustra la tensió permanent, al cor de la problemàtica del matrimoni, entre la dimensió d'acte eminentment privat, de compromís personal que envolta en el més alt grau el matrimoni i que crea la reivindicació de l'autonomia dels cònjuges, i la dimensió institucional ineludible que justifica la intervenció de l'Estat. La solu-

ció que va adoptar el Tribunal de Douai sona com una crida a la llei: encara que es tracti de la protecció del consentiment, el matrimoni no està mai a la lliure disposició dels esposos ja que ha d'adequar-se a l'ordre públic.

Per altra banda i més enllà de la dimensió purament jurídica, allò que cal retenir d'aquest maulurat afer és el paper de regulador de la vida social que exerceix el jutge. És més, la seva missió pacificadora surt a la llum, tant en la sentència com en el recurs d'apel·lació. En efecte, encara que cap de les resolucions hi faci al·lusió, el rerefons religiós ha irrigat tot aquest afer. Podem prendre'n com a prova els articles apareguts a la premsa francesa, en què es relacionen directament els preceptes de l'islam amb la virginitat. Davant d'aquesta estigmatització, sempre dolenta per a la cohesió social, la solució dels jutges d'apel·lació és de per si benvinguda. També representa un senyal clar adreçat a les dones que a voltes són víctimes de tradicions que atempten contra la seva llibertat. Quant a la sentència de Lilla, tan desacreditada, la sustentava certament una altra lògica però amb la mateixa voluntat pacificadora: resoldre sense gaire mal aquesta qüestió d'honor ridiculitzat, la qual avui dia, sense la intervenció del jutge, encara pot engendrar crims de sang.

*els individus concernits escollirien efectivament aquestes pràctiques si tinguessin la possibilitat de fer-ne l'examen crític". SEN, A. "Le multiculturalisme doit servir la liberté", *Le Monde*, 30 d'agost 2006.*

50. TERRÉ, D. "Le pluralisme et le droit", a *Le pluralisme*, *op. cit.* pàg. 71.

51. BELORGEY, J.-M. "Communautarisme ou universalisme : quel modèle ?", a CHAMPEIL-DESPLATS, V. i FERRÉ, N. (dir.), *Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak*, L.G.D.J., Droit et société, Recherches et travaux, 14, 2007, pàg. 27.

52. Consell d'Estat, 27 de juny de 2008, Mme M., sol. N. 286798, concl. PRADA-BORDENAVE, E. D. 2009, p. 345, nota VALLAR, CH.; ZEGHBIB, H. "La loi, le juge et les pratiques religieuses", *AJDA (Actualité juridique droit administratif)* 2008, pàg. 1997.

53. Tribunal d'Apel·lació de Nancy, 1 de juliol de 2005, *Jurisdata* núm. 291754.

54. Tribunal d'Apel·lació de Metz, 14 de març de 2006, *Jurisdata* núm. 308006

48. En aquest cas, pensem en les colònies franceses, ja que com va escriure E. Zoller, "els exemples clàssics de les societats autènticament pluralistes en matèria jurídica són les societats colonials o postcolonials en les quals varen sobreviure nombroses regles indígenes de natura costumista, si bé no eren pas contràries a l'ordre públic o a la moral [...]" ("Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'État" a *Le pluralisme*, APD (Archives de philosophie du droit). Dalloz: 2006. Volum 49, p. 109); vegeu també, DURAND, B. "Le juge colonial et les valeurs du jour et de la nuit", a FORTIER, V. (dir.), *Le juge, gardien des valeurs ?*, precit.

49. Ara bé, Amartya Sen va escriure "La llibertat cultural ben entesa és saber resistir a l'aprovació sistemàtica de les tradicions passades quan els individus veuen raons per a canviar el seu mode de vida", i afegeix "ja que cal no confondre, d'una banda, la llibertat cultural, element fonamental de la dignitat de tots els pobles, i de l'altra, la defensa i la celebració de totes les formes d'herència cultural, sense provar d'esbrinar si