NOUVELLE REVUE THÉOLOGIQUE

72 Nº 8 1950

Les conditions d'application de la « Sanatio in radice »

Jean BERNHARD

p. 794 - 810

https://www.nrt.be/es/articulos/les-conditions-d-application-de-la-sanatio-in-radice-2703

Tous droits réservés. © Nouvelle revue théologique 2026

LES CONDITIONS D'APPLICATION DE LA « SANATIO IN RADICE »

L'expression « conditions d'application » est prise ici au sens large : elle désigne notamment : 1) *les conditions d'application proprement dites*; 2) *les lois de compétence* et 3) *la théorie de la cause.* Il suffira d'ailleurs de rappeler les principes fondamentaux des solutions établies avec certitude, pour traiter ensuite plus amplement les questions controversées (1).

I. *Les conditions d'application proprement dites*

Les conditions d'application concernent, d'une part, la nature du consentement matrimonial, objet de la validation, et, d'autre part, la qualité de la loi irritante, qui s'oppose à l'efficacité juridique de ce même consentement.

Au point de vue du consentement matrimonial à valider, la concession de la « sanatio in radice » requiert :

l'existence d'un vrai consentement matrimonial (2), manifesté comme tel de quelque manière (3) : can. 1139, § 1;

la persistance, au moins virtuelle, de ce consentement, au moment où la grâce de la sanatio est accordée (4) : can. 1139, § 1 et 1140, § 1.

Aucune autorité humaine ne saurait suppléer à l'absence de ces deux conditions essentielles imposées par le droit naturel : c'est, en effet, le consentement qui fait le mariage, et la validation d'un consentement qui a cessé d'exister est inconcevable.

Ainsi, tout consentement « mere fornicarius » ou vicié intrinsèquement par un défaut de droit naturel affectant ce consentement ne peut constituer matière à « sanatio in radice »; au contraire la mauvaise foi des contractants (4bis) et l'absence de forme légitime (au sens canonique du terme) (5) n'excluent pas nécessairement, dans la discipline ac-

(1) Pour le détail des questions résolues définitivement, nous renvoyons, une fois pour toutes, aux manuels de droit canonique.

(2) Le can. 1081, § 2, précise la nature du vrai consentement matrimonial.

(3) Le signe doit exprimer le caractère vrai du consentement : la « copula animo coniugali consummata » n'est pas exclue comme signe.

(4) Le vrai consentement ne doit pas nécessairement exister « ab initio matrimonii »; il suffit qu'il ait existé à un moment quelconque avant la « sanatio » et n'ait pas été révoqué (can. 1140, § 2). Sur la nécessité de la persistance du consentement, cfr J. Bernhard, *Propos sur la nature juridique de la sanatio in radice,* dans les *Ephemerides iuris canonici,* Rome. 1948, n° 3, p. 389-406.

(4bis) Le vrai consentement n'est pas incompatible avec la connaissance qu'ont les contractants de l'empêchement dirimant, qui s'oppose à l'efficacité juridique de leur consentement; cfr can. 1085.

(5) Cfr can. 1139, § 1. Il importe, avant de recourir à la « sanatio in radice »,

tuelle, la formation d'un vrai consentement matrimonial : les présomptions en vigueur à ce sujet, dans le droit canonique plus ancien (6), sont désormais abandonnées en faveur de la vérité objective des faits. D'où la possibilité de valider par « sanatio in radice » le mariage civil

---

de s'assurer que le mariage en question relevait effectivement de la forme ordinaire et que la forme extraordinaire ne suffisait pas à assurer sa validité ; cfr spécialement les réponses de la Commission d'interprétation du code des 10 mars 1928, 25 juillet 1931, 3 mai 1945 et celle de la S. Congrégation des Sacrements du 24 avril 1935 (Regatillo, *Interpretatio et iurisprudentia codicis i.c.*, Santander, 1949, p. 379) ; cfr aussi le *Motu proprio* de S.S. Pie XII du 1er août 1948, relatif au can. 1099 (Regatillo, *o.c.*, p. 384).

(6) D'après Esmein (*Le mariage en droit canonique*, Paris, 1935, vol. II, p. 398 ss.), la « sanatio in radice » n'était, dans le droit classique, qu'une annulation rétroactive de l'illégitimité des enfants, « respectu matrimonii » ; bien qu'agissant directement sur le mariage, le pape visait indirectement surtout l'état de filiation des enfants. Ce principe impliquait en lui-même les conditions de son application : il fallait une apparence de mariage, c'est-à-dire un mariage de fait, existant dans la forme, quoique nul au fond (sans quoi, l'action du pape n'aurait pas eu de point d'appui légitime). Qu'adviendra-t-il de la nécessité de l'apparence de mariage, dans le droit moderne ?

Dès le début du XVII^e siècle, deux courants se dessinent : la doctrine commune des canonistes formule la nécessité d'une « figura matrimonii » (Sanchez, *De matrimonio*, L. VIII, disp. VII, n° 12 ; G. Tellez, *Commentaria perpetua*, L. IV, t. XVII, c. 13, n^os 22 et 23 ; P. Corradus, *Praxis dispensationum*, L. VIII, cap. 3, n° 7), tandis que Barbosa se contente de l'« affectus maritalis ».

L'argumentation est simple : à défaut de « figura matrimonii », disent les auteurs de la première école, la légitimation opérée par le pape se réduit à une intervention directe du pape en matière temporelle (Sanchez, *o.c.*, L. VIII, disp. VII, n° 7) ; la « figura matrimonii » est le seul objet susceptible d'être atteint directement par le pape. Précisons que Sanchez n'exige pas explicitement la bonne foi des contractants ; P. Corradus déclare formellement : la bonne foi n'est pas requise (*o.c.*, L. VIII, cap. III, n° 53).

Quant à Barbosa, l'« affectus maritalis », même sans « figura matrimonii », suffit (*Vota decisiva et consultativa canonica*, L. II, votum XXVII, n° 16). Cette solution découle d'ailleurs de la doctrine générale de Barbosa, d'après laquelle la « sanatio in radice » soumet le premier consentement au régime du droit naturel ; la « figura matrimonii » n'avait ainsi plus de raison d'être ; le consentement, qui existe dans l'« affectus maritalis », est la racine suffisante de la « sanatio » : la « figura matrimonii » ne peut que mettre en évidence l'existence du consentement (*o.c.*, L. II, vot. 27, n° 17). On ne peut cependant dissimuler son étonnement, quand Barbosa affirme que son opinion relève de la doctrine traditionnelle ; et, pour le prouver, l'auteur allègue l'autorité des canonistes que Sanchez citait pour étayer la thèse de la nécessité de la « figura matrimonii », à savoir Joannes Andreae et Panormitanus (l'étude approfondie de la « sanatio in radice » dans le droit canonique classique reste à faire).

Le XVIII^e siècle n'apportera pas d'élément nouveau : le principe de la « figura matrimonii » est communément admis : Riganti, Schmalzgrueber et Benoît XIV paraissent être les seuls canonistes à traiter explicitement du problème ; Reiffenstuel, Ubaldus Giraldi et saint Alphonse de Liguori n'en parlent pas.

Les deux premiers auteurs reproduisent simplement l'argumentation de Sanchez (Riganti, *Commentaria in regulas... cancellariae apostolicae*, in regulam 50, n° 118 ; Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum*, L. IV, t. XVII, n° 114) ; Benoît XIV ne procède pas différemment dans la « Quaestio canonica 174 ». La citation reproduite par Wernz-Vidal (*Ius matrimoniale*, 1946, p. 870, note 30) traduit la pensée des adversaires de Benoît XIV et non la sienne, qu'il développe dans le *De Synodo dioecesana* (L. XIII, cap.

ou contracté devant un ministre non catholique; quant au consentement, qui n'a été émis devant aucune autorité qualifiée, ni religieuse ni civile, son caractère de vrai consentement matrimonial peut être établi par le genre de vie « more coniugum » des contractants.

Il faut néanmoins maintenir que la bonne foi des contractants et l'emploi de la forme canonique entraînent aujourd'hui encore la présomption la plus forte de l'existence d'un vrai consentement matrimonial.

Quant à la persistance du consentement, on peut s'en tenir aux principes suivants :

a) la persistance du consentement est présumée jusqu'à preuve certaine de sa révocation;

b) la révocation résulte d'un nouvel acte positif de volonté contraire au premier consentement; c'est ainsi que le consentement matri-

---

21, n° 7), dans la « Quaestio canonica 527 » et la Bulle « Redditae nobis » (*Bullarium* de Benoît XIV, 1778, t. I, § 40, p. 202-207). Il semble se dégager du texte du pape que la « sanatio » requiert une « extrinseca species matrimonii iusti » : cette apparence de mariage, selon Benoît XIV, comporte au minimum, semble-t-il, la célébration du mariage devant un prêtre (qu'il soit ou non le « parochus proprius »).

Au XIX^e^ siècle l'évolution se précipite, sous l'influence de l'apparition du mariage civil; le principe de la « figura matrimonii », encore momentanément maintenu, perd progressivement son contenu traditionnel.

Dans sa dissertation sur la réhabilitation des mariages nuls (1828), Carrière reprend la thèse traditionnelle : « Il est nécessaire que l'union des parties ait eu au moins les apparences d'un légitime mariage... » (N° 23). Le mariage purement civil satisfait cependant, d'après l'auteur, aux conditions requises; c'est déjà là, ajoute-t-il, l'opinion de Bouvier (*De matrimonio*, p. 270).

Cette première brèche ouverte en faveur du mariage civil devait en amener une autre; il n'y eut plus de raison de ne pas étendre l'exception à tout mariage clandestin. Carrière cependant hésite : il restreint cette extension au seul cas où l'Indult autoriserait lui-même l'assimilation générale de l'empêchement de clandestinité aux autres empêchements de droit ecclésiastique. Gury-Ballerini (*Compendium theologiae moralis*, t. II, p. 879, n° 903) et Bouvier (*Institutiones theologicae*, t. IV, p. 420, n° 4) sont approximativement du même avis. Ajoutons cependant que Bouvier exige la bonne foi des contractants.

En 1860, Caillaud, alors vicaire général de Bourges, affirme que le mariage civil ne pourra que rarement être validé par « sanatio in radice », pour défaut de vrai consentement (*Manuel des dispenses*, n° 141). Cet auteur est suivi par Brillaud (*Traité pratique des empêchements et des dispenses de mariage*, 1871, p. 274), Téphany (*Dispenses matrimoniales*, 1875, p. 234, n° 356 et suiv.) et Joder (*Formulaire matrimonial*, 1891, p. 133). Cette sévérité accrue semble d'ailleurs résulter de l'expansion de l'enseignement de l'Eglise dans la seconde moitié du XIX^e^ siècle, d'après lequel le mariage civil n'est qu'une formalité.

D'après Feye (*De impedimentis et dispensationibus matrimonii*, Louvain, 1893, n^os^ 767, 768 et 774), la condition « sine qua non » de la « sanatio in radice » réside dans le vrai consentement matrimonial; la « figura matrimonii » ne ressortit pas à l'essence de l'institution, mais relève uniquement de la volonté du pape.

La dernière étape de l'évolution est réalisée par Gasparri (*De matrimonio*, 1892, t. II, p. 327), Ballerini-Palmieri (*Opus theologicum morale*, vol. VI, p. 770, § 9, n^os^ 1420 et suiv.), Genicot-Salsmans (*Institutiones Theologiae moralis*, 1912, t. II, p. 543, n° 541)... : la « figura matrimonii » est désormais passée sous silence.

monial est révoqué par l'un des conjoints, lorsque, conscient de la nullité de son mariage, il reprend sa liberté.

Les attitudes suivantes, au contraire, ne constituent pas des critères certains et absolus de la révocation du consentement (7) : 1) le refus de renouveler le consentement ; 2) la volonté de révocation qu'auraient les conjoints, s'ils connaissaient la nullité de leur mariage ; seule importe, en effet, la volonté réelle ; la volonté purement interprétative n'a pas d'existence juridique ; 3) la séparation de corps, le divorce civil : les pseudo-conjoints peuvent cependant se considérer comme mariés devant Dieu ; 4) l'action en nullité de mariage ; dans ce cas, la révocation est présumée subordonnée à la deuxième sentence de nullité, qui rend absolue la révocation considérée comme conditionnelle, « lite pendente ».

c) la présomption de la persistance du consentement suffit, en principe, pour concéder la sanatio in radice ; la valeur de cette dernière sera cependant fonction de l'existence réelle du consentement (8).

---

(7) Cfr surtout Wernz-Vidal, *Ius matrimoniale*, 1946, p. 873, n° 666, note 34.

(8) Cfr Wernz-Vidal, *Ius matrimoniale*, 1946, p. 871, note 31. Nous ajoutons à cette note historique les compléments suivants : Le premier texte qui exige explicitement la persistance du consentement semble être l'Instruction du cardinal Caprara, « circa revalidationem matrimoniorum nulliter initorum » du 25 avril 1803 (Migne, *Theologiae Cursus completus*, t. XXV, p. 704-707, cfr l'introduction de la « Tertia pars »). Il ne s'agit certainement pas là d'un texte législatif de portée générale, qui entende mettre au point la nature de la « sanatio in radice ». Ce texte autorise certainement encore les deux notions de « sanatio in radice », à savoir la « sanatio »-validation de consentement matrimonial et la « sanatio »-légitimation d'enfants. L'instruction de Caprara ne vise que la première catégorie. Il est d'autre part certain que la persistance du consentement est requise, dans l'Instruction de Caprara, à peine de nullité. Cette condition devait-elle s'appliquer à toute « sanatio »-validation de consentement ou au contraire n'affecter que les cas précis de « sanatio in radice » prévus par l'Instruction ? Tel fut l'objet d'une intéressante controverse entre les canonistes du XIX^e siècle.

Carrière (*Dissertation sur la réhabilitation des mariages nuls*, n° 26) enseigne la nécessité de la persévérance du consentement ; c'est également l'avis de Gury (*Compendium Theol. moralis*, t. II, p. 879, n^os 903 et suiv.), Caillaud (*o.c.*, n^os 141 ss.), Feye (*o.c.*, n^os 767 et suiv.), Joder (*o.c.*, p. 133), Sägmüller (*Lehrbuch des kath. Kirchenrechts*, Fribourg, 1914, t. II, p. 219), Ballerini-Palmieri (*Opus theol. morale*, vol. VI, p. 770), Gasparri (*De matrimonio*, 1892, t. II, p. 327), Génicot-Salsmans (*Institutiones theol. moralis*, 1912, vol. II, p. 543)...

Un second groupe de canonistes renonce à dirimer le débat au point de vue théorique ; pratiquement, ils adoptent la solution précédente : Téphany (*o.c.*, p. 234-235), Brillaud (*o.c.*, p. 276-277), Vecchioti (*Institutiones canonicae*, vol. III, p. 278-279) et Rosset (*De sacramento matrimonii*, 1895, t. IV, sectio II, p. 260-275).

Une troisième catégorie d'auteurs rejette la nécessité de la persévérance du consentement : cette théorie est déjà réfutée par Carrière au n° 1447 de son « De matrimonio ». Citons comme représentants de cette doctrine : Perone (*De matrimonio*, t. II, p. 164, note 35) réfuté par Braun (*Archiv für KKR*, t. XLIII, p. 3 et suiv.), Scavini (*Theologia moralis universa*, 1853)... Cette théorie n'a rallié que très peu de suffrages.

Prenant ensuite en considération la qualité de la loi irritante, le canon 1139 énonce un principe et tranche une question de fait.

Voici le principe : tout vrai consentement matrimonial, juridiquement inefficace sous l'effet d'un empêchement dirimant de droit ecclésiastique, est susceptible de sanatio in radice. Néanmoins cette dernière est pratiquement toujours refusée, quand l'empêchement dirimant provient du caractère épiscopal; la même réserve s'applique, à un moindre degré, au caractère sacerdotal, à l'affinité en ligne directe provenant d'un mariage consommé et au défaut d'âge (moins de 14 ans pour l'homme et moins de 12 ans pour la femme) (9).

De la solution donnée dans ces dernières hypothèses, on rapprochera celle du can. 1139, § 2 : la sanatio in radice n'est pas accordée au cas de cessation de l'empêchement de droit divin, qui s'était opposé à l'efficacité juridique du consentement (10). C'est en vertu de cette prescription que la sanatio est, en principe, refusée, après le décès de l'époux légitime, aux divorcés remariés civilement (11).

---

(9) Cfr les pouvoirs accordés par la S. Congrégation de Propaganda Fide : Formula maior n° 23; Formula minor, n° 22.

(10) Le P. Cappello a spécialement étudié ce problème : *De matrimonio*, 1939, P. II, p. 393 ss.

(11) Malgré le can. 1139, § 2, la « sanatio in radice » est parfois accordée « ad momentum cessationis impedimenti iuris divini » : cfr Gasparri, *De matrimonio*, 1932, vol. II, p. 266, n° 1219.

Dès le début de l'époque moderne (= du concile de Trente au code de droit canonique) Sanchez affirme que la « sanatio in radice » ne s'applique qu'au cas où la nullité du mariage provient d'un empêchement de droit ecclésiastique (*De matrimonio*, L. VIII, disp. VII, n°s 8, 9, 10). Hurtado en 1623 (*Tractatus de sacramentis et censuris*, 1623, t. III, Disp. XXVI, Difficultas 1, n° 5), Barbosa en 1635 (*Vota decisiva*, L. II, votum XXVII, § 29), P. Corradus en 1656 (*Praxis dispensationum apostolicarum*, L. VIII, cap. V, n° 46) et Riganti vers 1730 (*Commentaria in regulas*, L. VIII, cap. V, n° 48) exigent invariablement que la cause de nullité de mariage soit un empêchement de droit ecclésiastique. Benoît XIV énonce le même principe (*Quaestio canonica 174* et *De synodo dioecesana*, L. XIII, cap. XXI, n° 7). Cette doctrine a été constante pendant toute la période (cfr Gennari-Boudinhon, *Consultations de morale*, P. I, t. II, p. 380, consultation 128).

La pensée juridique se précisa au sujet de l'hypothèse particulière de la cessation de l'empêchement de droit divin.

Le premier auteur, à notre connaissance, qui ait explicitement envisagé ce problème est Carrière, au début du XIX° siècle : il conclut d'ailleurs à l'impossibilité de la « sanatio in radice » (*Dissertation sur la réhabilitation des mariages nuls*, 1828, ch. I, art. 2, VI et *De matrimonio*, vol. II, p. 562). Caillaud (*o.c.*, p. 301) et J. P. Martin (*De matrimonio*, 1875, vol. I, p. 443) appartiennent, cinquante ans plus tard, à la même école.

Le mérite du premier revirement doctrinal semble revenir à Lehmkuhl : « in impedimentis iuris divini vel naturalis non certo possibilis est sanatio in radice » (*Theologia moralis*, 1888, vol. II, p. 593-595). Ce n'était là qu'une timide tentative d'autant plus surprenante d'ailleurs que l'auteur admettait lui-même la théorie du consentement intrinsèquement vicié par l'empêchement de droit divin.

Gasparri introduit une phase nouvelle de cette évolution : la « sanatio » est possible, dit-il, en cas de cessation de l'empêchement de droit divin et le « terminus ad quem » des effets juridiques est précisément le moment de la disparition de l'empêchement (*De matrimonio*, 1892, vol. II, p. 319-320). La solution

Supposons maintenant un empêchement de droit divin, survenu après la célébration du mariage déjà nul par suite d'un empêchement de droit ecclésiastique et s'opposant à la validité « ex nunc » du mariage; dans ce cas, il est certain que la sanatio in radice est impossible : celle-ci affecte, en effet, le consentement tel qu'il existe au moment de la concession de la grâce c'est-à-dire, en l'espèce, un vrai consentement matrimonial dont l'efficacité juridique est cependant paralysée et par un empêchement de droit ecclésiastique et par un empêchement de droit divin, dont l'Église ne saurait dispenser. Cette hypothèse est réalisée dans le cas pratique suivant : mariage nul pour défaut de forme et impuissance perpétuelle de l'un des conjoints survenue après le pseudo-mariage ([12]).

On arrive, en dernière analyse, à examiner le problème des cautions dans la sanatio in radice des mariages mixtes (au sens large du terme). Il convient d'abord de préciser la nature juridique des cautions envisagées.

Une première distinction s'impose : tout mariage mixte peut, en effet, rencontrer un obstacle de droit divin, à savoir le danger pro-

---

de Gasparri est le corollaire nécessaire de son attitude prise dans le célèbre conflit : l'empêchement de droit divin exclut-il la formation d'un vrai consentement matrimonial ? Comme Gasparri résolvait ce problème négativement, il était logiquement amené à admettre la possibilité de la « sanatio », dans le cas envisagé. Scherer adopte en 1898 la thèse de Gasparri sans la justifier grandement (*Handbuch des Kirchenrechts,* 1898, vol. II, p. 510, note 41 et p. 523, note 37). Aertnys (*Nouvelle Revue Théologique,* t. 27, 1895, p. 222) et Gennari-Boudinhon (*Consultations de morale,* t. II, p. 380 et suiv.) n'en jugent pas différemment.

C'est alors qu'intervient le décret du Saint-Office du 2 mars 1904 : « matrimonium contractum cum impedimento iuris naturalis vel divini non posse sanari in radice » (*Collectanea S.C. de propaganda Fide,* vol. II, p. 453), dont Gasparri relate tout l'historique (*De matrimonio,* 1932, nos 1217-1218). Les théologiens et les canonistes n'en continuent pas moins à soutenir la théorie de Gasparri : de Ridder dès 1905 (*Nouvelle Revue Théologique,* 1905, p. 242 suiv.), de Smet en 1912 (*Les fiançailles et le mariage,* p. 654, note 1). Relevons d'ailleurs que les Congrégations romaines, y compris le Saint-Office, ont appliqué la doctrine de Gasparri, malgré le décret de 1904 (cfr Gasparri, *De matrimonio,* 1932, n° 1219).

Génicot-Salsmans, en 1912, enseigne qu'au cas de cessation de l'empêchement de droit divin, la « sanatio in radice » n'est possible que « renovato consensu » (*Institutiones Theologiae moralis,* 1912, vol. II, p. 543); cette opinion n'a pas eu de plus ample répercussion et le code de droit canonique a indirectement désavoué le décret de 1904, en abandonnant tout jugement de droit et en se contentant de la solution de fait, que nous avons indiquée.

(12) Il faut rejeter la théorie de Feye (*De impedimentis et dispensationibus,* 1874, p. 777, n° 769) d'après laquelle la « sanatio in radice » serait possible dans le cas envisagé; l'auteur ajoute cependant que les conjoints ne pourraient user du mariage. Or, le texte de Pie IX, de 1848, sur lequel Feye se base, concède une légitimation d'enfants et non une « sanatio in radice ». De plus, parler de « sanatio in radice » et refuser en même temps aux conjoints l'usage du mariage constitue une contradiction dans les termes. Scherer reprend cette même solution (*Handbuch des Kirchenrechtes,* 1898, p. 510-511, note 43) avec les modifications qui résultent de sa conception de la « sanatio in radice » (l'auteur admet la validation « ex tunc »).

chain de perversion de la partie catholique et de l'enfant; le mariage ne devient licite (13) que par la disparition ou l'éloignement de cet empêchement; il s'agit là d'une « conditio » de droit divin, qui ne saurait faire l'objet d'une dispense ecclésiastique. Mais, dès à présent, il faut soigneusement distinguer ces conditions de droit divin et les cautions, bien qu'une regrettable confusion terminologique ait parfois obscurci cette distinction.

Or, en plus de cet empêchement prohibitif de droit divin, il existe une interdiction positive de l'Eglise, qui, sauf dispense, rend illicites les mariages mixtes (au sens strict) et nuls les mariages avec disparité de culte. L'Eglise peut certainement dispenser de cette interdiction positive, mais elle ne le fait que sous certaines conditions énumérées dans le canon 1061, § 1. Parmi ces conditions, on rencontre les « cautiones » c'est-à-dire la promesse (14) de la partie non-catholique d'éloigner le danger de perversion de la partie catholique et la promesse des deux conjoints d'assurer le baptême et l'éducation catholiques des enfants (15). En d'autres termes, les « cautiones » sont des moyens de droit ecclésiastique (donc susceptibles de dispenses), requis ad validitatem (16), pour la dispense de l'interdiction positive de l'Eglise.

S'il est vrai que, matériellement, les cautions permettent à l'Eglise de s'assurer de la réalisation des « conditiones » de droit divin, formellement, elles sont, avant tout, destinées à obtenir la dispense de l'empêchement de droit ecclésiastique. Il s'ensuit que l'obligation des « cautiones » ne disparaît pas avec la cessation de l'empêchement de droit divin.

Conséquence : toute dispense de religion mixte ou de disparité de culte, accordée sans les cautions, est nulle; il suffit, cependant, ad validitatem, que ces cautions soient implicites (Saint-Office, 10 mai 1941) (17).

Telles sont, à propos des cautions, les dispositions qu'il convient maintenant d'appliquer à la sanatio in radice. Soulignons d'abord une modification importante : le Saint-Office a notifié à la S. Congrégation Orientale et à la S. Congrégation de la Propagande que les mariages mixtes peuvent être validés par sanatio in radice, « dummodo moraliter certum sit partem acatholicam universae prolis tam natae quam

(13) L'empêchement de droit divin est seulement prohibitif; cfr Gasparri, *De matrimonio*, 1932.

(14) Sur la différence entre la promesse et le « propositum » (suffisant « ad validitatem » d'après le décret du Saint-Office du 10 mai 1941. cfr P. Creusen, dans les *Periodica de re mor. can. lit.*, 1941, p. 319 ss.; Regatillo, *Interpretatio et iurisprudentia c.i.c.*, Santander, 1949, p. 349.

(15) Les cautions ne visent que « prolem nascituram » : cfr Saint-Office, 16 janvier 1942.

(16) Cfr Saint-Office, 14 janvier 1932, 10 mai 1941; cfr P. Creusen, *l.c.*; P. Cappello, dans les *Periodica de re morali, canonica et liturgica*, 1932, p. 103-104.

(17) Cfr Sartori, *Enchiridion canonicum*, Rome, 1947, p. 206-207.

nasciturae catholicam educationem non esse impedituram » (18). Cette condition requise ad validitatem (dummodo) est encore à rectifier, d'après le décret du Saint-Office du 16 janvier 1942, en supprimant les termes « tam natae quam » (19). A notre avis, il n'y a donc pas de changement dans la situation de la partie catholique, toujours soumise aux cautiones, tandis qu'il existe un régime spécial pour la partie non-catholique, qui peut être dispensée de ces mêmes cautions.

Pour plus de clarté, envisageons séparément la validation par sanatio in radice d'un mariage mixte (au sens technique) et celle d'un mariage avec disparité de culte :

1) *La sanatio in radice d'un mariage mixte* : cela suppose, par définition, qu'il y ait eu, en plus de l'empêchement de religion mixte, une cause de nullité. La solution de ce problème ne présente pas de difficulté technique pour une autorité inférieure au Saint-Siège compétente, si les conditions mentionnées ci-dessus sont réalisées : à savoir la partie catholique disposée dans le sens du canon 1061, et, pour la partie non-catholique, au moins la réalisation de la condition « dummodo ». Au cas où l'une de ces conditions ferait défaut, il n'y aurait qu'un espoir de solution dans le recours au Saint-Siège (20).

Dans l'hypothèse où un mariage mixte aurait été validé illicitement par une autorité inférieure au Saint-Siège, sans que ces conditions fussent remplies, la sanatio in radice serait-elle néanmoins valide ? Mettons les choses au pire et supposons même que l'empêchement de droit divin n'ait pas cessé d'exister.

Écartons d'abord l'objection de l'empêchement de droit divin : il est certain que l'Eglise n'accordera jamais la dispense de l'empêchement ecclésiastique sans que l'empêchement de droit divin ne soit éloigné ; on accordera cependant qu'il puisse arriver que l'Eglise, croyant à tort cet empêchement supprimé, procède à la dispense de l'empêchement de droit ecclésiastique. Dans cette hypothèse, nous estimons que l'empêchement de droit divin, qui n'est que prohibitif, ne s'oppose pas à la validité du mariage validé par sanatio in radice. Toute la difficulté du problème gravite donc autour de la validité de la dispense de la loi ecclésiastique.

A première vue, le texte du Saint-Office communiqué à la S. Congrégation Orientale et à la Congrégation de la Propagande semble rattacher la condition « dummodo... » à la validité de la sanatio in radice dans son ensemble. Cette interprétation toutefois nous paraît inexacte : il est incontestable que cette note du Saint-Office constitue une

(18) Cfr Gasparri, *De matrimonio*, 1932, vol. II, n° 1224, p. 269 ; cfr aussi la réponse de la S.C. de prop. Fide du 4 septembre 1931 (dans Gasparri, *l.c.*).

(19) Cfr la notification de la S.C. de prop. Fide du 15 août 1947 à tous ses Ordinaires (dans Sartori, *Iuris missionarii Elementa*, Rome, 1947, p. 114).

(20) Cfr Payen, *De matrimonio*, Zi-ka-wei, 1935, vol. I, p. 671-672.

exception au principe de l'obligation des cautions; or, il est certain que les cautions sont requises pour la validité de la dispense de l'empêchement de droit ecclésiastique, sans l'être nécessairement pour la validité du mariage; c'est ainsi qu'un mariage mixte contracté dans la forme canonique (c'est un cas purement théorique) mais sans dispense de l'empêchement de religion mixte (donc sans les cautions) est certainement valide.

Appliquons ce principe à la sanatio in radice : le défaut de cautions ou de réalisation de la condition « dummodo... » entraînerait certes la nullité de la dispense de religion mixte, mais cette dernière n'aurait pas toujours pour conséquence la nullité du mariage ainsi validé.

En effet, si, dans l'espèce envisagée, la sanatio in radice n'implique en plus de la dispense de religion mixte que la dispense du renouvellement du consentement, la nullité de la première dispense ne paraît pas entraîner la nullité de la seconde dispense, et le mariage validé illicitement devrait être considéré comme valide. Le mariage serait nul, au contraire, au cas où la sanatio impliquerait, en plus de ces deux dispenses, une dispense d'un empêchement majeur dirimant. En vertu de la loi de l'unité des dispenses (lex de omnibus impedimentis simul exponendis et dispensandis) ([21]), la nullité de la dispense de l'empêchement de religion mixte (résultant du défaut des cautions) entraînerait la nullité de la dispense du troisième empêchement et donc la nullité du mariage.

Il est évident que ces conclusions ne s'appliquent aux sanationes in radice accordées par des autorités inférieures au Saint-Siège, que si d'autres conditions ne sont pas requises ad validitatem par les Indults accordés à ces autorités.

2) *La sanatio in radice d'un mariage avec disparité de culte* : les mêmes règles sont à observer, avec la différence que la nullité de l'empêchement de disparité de culte (par défaut des cautions) entraînera toujours la nullité du mariage validé : cela résulte du caractère dirimant de cet empêchement.

* * *

Ces considérations théoriques nous amènent à étudier quelques applications pratiques :

A) Un mariage contracté par deux infidèles ([22]) est-il susceptible de sanatio in radice ?

Ce problème ne peut se poser que dans l'hypothèse du baptême de l'une au moins des deux parties; c'est, en effet, l'État, et non l'Église, qui régit, iure devolutivo, les questions matrimoniales des infidèles, sauf préjudice du droit divin.

(21) Cfr De Smet, *De sponsalibus et matrimonio*, Bruges, 1927, p. 769.
(22) C'est-à-dire par des non-baptisés.

Supposons donc le baptême de l'un des conjoints : à ce moment-là, encore, une sanatio in radice n'est concevable, qu'à condition que le mariage contracté dans l'infidélité ait été illégitime (23) sous l'effet de dispositions de droit civil.

Or, par le fait du baptême, le converti ressortit à la juridiction matrimoniale de l'Eglise ; et aux empêchements dirimants de droit civil se substituent des empêchements de droit ecclésiastique, voire l'obligation du renouvellement du consentement et la disparité de culte.

Voici, en d'autres termes, les nouvelles données du problème, au moment du baptême de l'un des conjoints :

l'existence d'un vrai consentement matrimonial ;

l'existence de deux empêchements de droit ecclésiastique (24).

Il est incontestable que la sanatio in radice est possible dans ces conditions. Deux difficultés restent néanmoins à résoudre :

1) la condition « si dirimens impedimentum sit ex parte coniugis conversi et baptizati » (25) est-elle nécessaire à la concession de la sanatio ?

A première vue cette condition paraît légitime, pour éviter que l'Eglise ne dispense le conjoint resté infidèle d'un empêchement dirimant de droit civil. En réalité cependant, elle nous paraît inutile, car le baptême de la partie convertie transfère à l'Eglise la juridiction exclusive sur le mariage envisagé (26). Les empêchements civils ex parte infidelis sont considérés, pratiquement, comme inexistants.

2) Quel est le terminus ad quem des effets rétroactifs de la sanatio in radice ?

Le P. Cappello ne veut pas prendre position (27) ; le P. Coronata, qui semble rejeter la sanatio in radice d'un mariage contracté dans l'infidélité (28), rapporte cependant que ses tenants ne s'entendent pas sur le terminus ad quem. Il est regrettable que le P. Coronata n'ait pas cité les auteurs auxquels il fait allusion (29). Chelodi-Ciprotti (30) est évidemment amené à éliminer la sanatio in radice, parce qu'il envisage l'hypothèse d'un matrimonium infidelium dissous par privilège

(23) Nous supposons évidemment réalisées les conditions fondamentales de toute « sanatio in radice » : vrai consentement persévérant au moment de la concession de la « sanatio ».

(24) Nous entendons par là l'empêchement de disparité de culte et le défaut de forme canonique.

(25) Il s'agit de l'empêchement dirimant de droit civil. Cfr Cappello (*De matrimonio*, 1939, P. II, p. 396). Coronata (*De sacramentis*, vol. III, 1946, p. 958), Jemolo (*Il matrimonio nel diritto canonico*, Milan, 1941, p. 321) considèrent cette condition comme obligatoire.

(26) Cfr A. Martin, *Le mariage*, 1945, p. 155, qui résume l'état de la discussion théorique existant à ce sujet.

(27) *De matrimonio*, 1939, P. II, p. 396.

(28) *O.c.*, p. 958.

(29) Seul, le P. Cappello est cité.

(30) *De matrimonio*, 1947, p. 216.

paulin ou par dispense du Souverain Pontife. Jemolo ([31]) n'étudie pas cet aspect du problème.

Quoi qu'il en soit, il nous paraît impossible de faire remonter le terminus ad quem au delà du baptême. La rétroactivité des effets de la sanatio n'est, en effet, autre chose que l'abrogation particulière et rétroactive des lois irritantes de droit ecclésiastique; comme, d'autre part, on ne peut évidemment abroger qu'une loi existante, et que les lois irritantes de droit ecclésiastique ne régissent le mariage envisagé que depuis le baptême de la partie convertie, il s'ensuit que le terminus ad quem ne peut être que le moment du baptême.

B) Un mariage peut-il être validé par sanatio in radice, après avoir déjà fait l'objet d'une dispense super rato non consummato ?

Cappello *se contente de poser le problème* ([32]); Coronata ([33]) et Chelodi-Ciprotti ([34]) excluent la possibilité d'une sanatio in radice.

Nous ne pensons pas devoir être aussi catégorique : en effet, au moment où les conjoints, ignorant la nullité initiale de leur mariage, demandent la dispense super rato non consummato, la révocation de leur consentement est présumée subordonnée à une dispense *valide*; or, dans notre hypothèse, la dispense super rato ne peut pas être valide, étant donné la nullité initiale du mariage. A supposer, par exemple, que les conjoints viennent à apprendre la nullité de cette dispense, il est fort possible que ces conjoints continuent à se considérer comme mariés devant Dieu, et que la révocation n'ait toujours été au fond que conditionnelle, c'est-à-dire subordonnée à une condition non remplie. En tout cas, il nous paraît certain qu'il faille, dans ces conjonctures, considérer la révocation comme une question de fait à examiner dans chaque cas particulier. Affirmer en principe que la sanatio in radice est impossible, paraît être une solution trop simpliste.

C) Une sanatio in radice peut-elle être appliquée à un consentement matrimonial, antérieurement déjà validé par validation simple ?

Dans l'état actuel du droit, une telle sanatio in radice est impossible, à notre avis; comment valider, en effet, un consentement valide ([35]) ?

Le but principalement recherché est évidemment la légitimation rétroactive des enfants : or, 1) la sanatio in radice ne crée pas de légitimation, mais bien la légitimité des enfants et 2), si celle-ci est possible dans l'espèce envisagée, elle ne l'est certainement pas par sanatio in radice ([36]).

D) Un mariage validé par sanatio in radice (consommé avant la con-

---

(31) *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milan, 1941, p. 321, n° 172.
(32) *O.c.*, p. 396.
(33) *O.c.*, p. 957.
(34) *O.c.*, p. 215-216.
(35) Cfr J. Bernhard, *Propos sur la nature juridique de la « sanatio in radice »*, dans les *Ephemerides iuris canonici*, 1948, Num. 3, p. 389-406.
(36) Il est regrettable que Chelodi-Ciprotti (*l.c.*) parle à ce sujet de « sanatio in radice » imparfaite.

cession de la grâce, mais non après) peut-il être dissous par le Souverain Pontife, comme n'étant pas consommé ?

La réponse ne peut pas faire de doute : la dispense super rato non consummato est certainement possible. Le matrimonium consummatum présuppose un mariage valide; or, par la sanatio in radice, le mariage n'est validé que « ex nunc », c'est-à-dire au moment de la concession de la sanatio. N'étant pas consommé depuis sa validation, le mariage ne jouit donc pas de l'indissolubilité parfaite (37).

II. *Les lois de compétence*

Nous entendons par compétence le pouvoir légal donné à une autorité de concéder la sanatio in radice.

A) *La compétence ordinaire* : seul le Saint-Siège détient le pouvoir ordinaire d'accorder la sanatio in radice.

1) Le Saint-Siège possède ce pouvoir, parce qu'aucun des éléments constitutifs de l'institution ne dépasse les limites de la juridiction papale. En fait, cette prérogative est exercée par les papes depuis fort longtemps.

2) Seul le Saint-Siège possède ce pouvoir; cela résulte : a) du can. 81, qui réserve, en principe, la dispense des lois universelles de l'Eglise au Saint-Siège; b) du can. 1040, qui applique explicitement cette même réserve aux empêchements prohibitifs et dirimants de mariage; c) du can. 1141; d) de la nature même des choses : la sanatio in radice, requérant la plénitude du pouvoir législatif, ne peut relever que de la compétence du législateur suprême. Certes, le pape peut déléguer le pouvoir d'accorder la sanatio in radice, mais cette délégation doit être spéciale; elle n'est jamais comprise implicitement dans des facultés de dispense d'empêchements (38).

Pratiquement, le Saint-Siège accorde les « sanatio in radice » par l'intermédiaire des Congrégations romaines : 1) En principe, la Congrégation des Sacrements est compétente au for externe, et la S. Pénitencerie, au for interne (39);

2) Mais le Saint-Office est compétent quand l'une des parties est non-catholique et le cas relève de la Congrégation de l'Eglise orientale, au cas où l'une des parties, au moins, est du rite oriental.

B) *La compétence déléguée* :

1) En pays de missions : La S. Congrégation de la Propagande a coutume d'accorder aux Ordinaires les pouvoirs suivants :

« Formula maior. N° 23. Sanandi in radice, iuxta regulas in codice a can. 1138 ad can. 1141 statutas, matrimonia ob aliquod impedimentum, de quo su-

(37) Cfr Chelodi-Ciprotti, *o.c.*, p. 217.
(38) Cfr G. Payen, S. J., *De matrimonio*, Zi-ka-wei, 1936, vol. III, p. 498.
(39) La S. Pénitencerie est toujours compétente au for interne.

pra (n° 22), nulliter contracta. Quod vero attinet ad prolis legitimationem, Ordinarius prae oculis habeat canones 1051, 1138 (40).

Facultas sanandi in radice non extenditur ad casus in quibus supervenerit amentia unius vel utriusque partis. In singulis hisce casibus igitur ad S. Sedem recurrendum erit.

N° 24. Sanandi pariter in radice matrimonia mixta attentata coram magistratu civili vel ministro acatholico, dummodo moraliter certum sit partem acatholicam universae prolis nasciturae catholicam educationem non esse impedituram. »

La Formula minor (N^os 22 et 23) reproduit littéralement le même texte. Ces pouvoirs sont habituellement accordés pour dix ans.

2) Pour les pouvoirs habituellement transmis aux légats apostoliques et aux Ordinaires des lieux, nous renvoyons à l'*Epitome iuris canonici* de Vermeersch-Creusen (App. I du vol. I, 1949, p. 662, n° 33 ; p. 674 n° 4 ; p. 675 n° 4).

Reste une assez grande difficulté, dont la solution n'apparaît pas clairement dans la doctrine contemporaine. La sanatio in radice peut-elle être accordée, en cas d'extrême nécessité, par l'évêque qui n'en aurait pas reçu délégation ?

Gasparri (41), Wernz-Vidal (42), A. Martin (43), Heylen (44)... semblent exclure cette possibilité, en s'appuyant sur le can. 1141. Le P. Coronata (45) émet la même opinion tout en rapportant la thèse contraire enseignée par le P. Cappello et Mgr Romani (46). Seuls le P. Cappello (47) cependant et M. Jemolo (48), dans le camp adverse (49), développent les divers arguments en faveur de leur manière de voir.

Dans l'édition de 1939, Cappello invoque l'argument de la supériorité du droit divin sur le droit ecclésiastique : en d'autres termes, l'évêque peut accorder la sanatio in radice, quand celle-ci est nécessaire au salut de l'un des conjoints. Jemolo, au contraire, relève le caractère dangereux de cet argument quand on le généralise. Or, sans aborder la discussion de l'objection de Jemolo, la raison alléguée par Cappello nous paraît faible, car la sanatio in radice n'est pas normale-

(40) Il nous paraît regrettable que ce document parle de légitimation à propos de la « sanatio in radice ». Cfr notre étude déjà citée, dans les *Ephemerides iuris canonici*, 1948, n° 3, p. 389-406.

Pour le commentaire détaillé du texte : cfr Vromant, *Ius missionariorum*, Facultates apostolicae, 1947, p. 73 et suiv.; Sartori, *Iuris missionarii Elementa*, Rome, 1947, p. 112 et suiv.

(41) *De matrimonio*, 1932, vol. II, p. 271.

(42) *Ius matrimoniale*, 1946, p. 866.

(43) *Le mariage*, Rennes, 1945, p. 251.

(44) *Tractatus de matrimonio*, Malines, 1945, p. 715.

(45) *De sacramentis*, vol. III, *De matrimonio*, 1946, p. 959.

(46) *Institutiones iuris canonici*, vol. II, sectio II, *De matrimonio*, Rome, 1945, p. 820.

(47) *De matrimonio*, Pars II, 1939, p. 397.

(48) *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milan, 1941, p. 318-319.

(49) D'après Jemolo, il semble que Harrigan, *The radical sanation of invalid marriages*, Washington, 1938, n'admette pas la théorie de Cappello. Cfr Jemolo, *o.c.*, p. 319.

ment nécessaire au salut de l'homme, et un principe général, tel que la concession de la sanatio par un évêque, ne peut pas s'élaborer sur la base fragile de quelques cas exceptionnels. Peu importe d'ailleurs, parce que, dans l'édition de 1947, Cappello ajoute les termes suivants: « attento can. 81 et principiis generalibus consideratis ».

Or, rétorque Jemolo, le can. 81, qui doit être interprété strictement, ne peut pas être appliqué à la sanatio in radice. Ce canoniste a certes raison de prétendre que la sanatio in radice « è qualcosa di più di una dispensa » (50), mais il n'en reste pas moins vrai qu'au sens large, le terme de dispense (51) peut englober la sanatio in radice, comme le confirme l'expression « dispense extraordinaire » attribuée assez communément à la sanatio. De plus, l'affirmation de Jemolo relative à l'interprétation stricte du can. 81 est certainement à rejeter, car ce texte contient une « generalis dispensandi facultas », qui jouit de l'interprétation large (52). En conséquence, nous estimons avec Cappello que les Ordinaires inférieurs au Saint-Siège peuvent concéder la sanatio in radice dans les conditions prévues dans le can. 81. Affirmer enfin avec Jemolo que le can. 1141, loi particulière, déroge nécessairement à la loi générale exprimée dans le can. 81, c'est méconnaître la nature du can. 1141, qui codifie une loi aussi générale que celle du canon 81 (53); les deux canons sont d'ailleurs parfaitement conciliables (54), l'un énonce la loi commune, l'autre vise des hypothèses spéciales nettement déterminées. Le même rapport existe dans les can. 1040 et 81.

Sylvio Romani (55) pousse la théorie de Cappello plus avant, en déclarant : « Immo, in iisdem rerum adiunctis si ne Ordinarius quidem adiri nequeat, non negaverim eamdem potestatem esse parocho, confessario, sacerdoti qui valide matrimonio e can. 1098 n° 2 adesse possit, uti arguitur e can. 1044 et 1045, § 2-3 ». Mgr Romani est, à notre connaissance, le seul auteur qui ait tiré cette conséquence des can. 1044 et 1045; il est regrettable qu'il ait envisagé ce problème de façon un peu brève, sans lui porter un intérêt particulier.

Il n'est donc pas inutile d'analyser sommairement les canons 1043 à 1045 sous l'angle spécial de la sanatio in radice.

En ce qui concerne le can. 1043, il paraît impossible d'assimiler la sanatio à une dispense de la forme canonique ou d'un empêchement

(50) *O.c.*, p. 319. Cfr J. Bernhard, *l.c.*, dans les *Ephemerides iuris canonici*, 1948, *l.c.*

(51) Précisons que le c. 81 parle de dispense « in genere » et non de dispense matrimoniale au sens strict.

(52) Cfr Vermeersch-Creusen, *Epitome iuris canonici*, 1949, vol. I, p. 183, n° 203.

(53) Le can. 1141 est d'ordre plus spécial (car il ne vise que la « sanatio in radice ») que le can. 81 (qui traite des dispenses « in genere »); il ne faudrait cependant pas pour autant voir dans le can. 1141 une loi particulière.

(54) Cfr le can. 81 et le can. 1045 : réponse de la Commission d'interprétation du code du 27 juillet 1942.

(55) *O.c.*, p. 820, art. 4.

au mariage. La caractéristique essentielle de la sanatio in radice est, en effet, la dispense du renouvellement du consentement; or, cette loi du renouvellement du consentement étant une loi générale de l'Eglise, il est possible tout au plus d'assimiler la sanatio à une dispense d'une loi générale (comme nous avons cru devoir le faire dans l'hypothèse du can. 81), mais non à une dispense matrimoniale déterminée. D'où, l'impossibilité de conclure du can. 1043 à la faculté de concéder la sanatio in radice.

Pour les mêmes raisons, cette conclusion vaut pour le can. 1044. Le can. 1045 enfin n'ouvre pas davantage la voie à la sanatio in radice, parce qu'au point de vue de la nature des dispenses qu'il autorise, il se réfère au can. 1043. Il en résulte que la validation de mariage dont il s'agit au § 2 ne peut viser que la validation simple et non la sanatio in radice.

Telles sont les raisons pour lesquelles nous estimons devoir rejeter la théorie de Romani, tout en admettant celle du P. Cappello.

III. *La théorie de la cause de la sanatio in radice*

Cette théorie, en l'absence de dispositions spéciales (56), se fonde sur le principe général énoncé dans le can. 84.

Toute dispense, dit la loi, requiert une cause juste et raisonnable, proportionnée à la gravité de la dispense, à peine de nullité pour une autorité inférieure au Saint-Siège. Il résulte de ce principe que :

la nature extraordinaire de la sanatio in radice exige une cause particulièrement importante (tous les auteurs en conviennent);

une sanatio in radice accordée sans cause juste par le Saint-Siège est illicite, mais non invalide (57).

Wernz-Vidal (58) commente cette dernière assertion d'une manière contestable, à notre avis : « At quoniam R. Pontifex non vult illicite

(56) Le code n'en parle pas aux canons 1138-1141.

(57) D'après Sanchez (*De matrimonio*, L. VIII, disp. VII, n° 5) la « sanatio » accordée par le pape sans cause juste est valide; Barbosa (*Vota dec.*, L. II, vot. 27, n° 10) et G. Tellez (*Commentaria...*, L. IV, t. 17, n° 23) expriment la même opinion; G. Tellez ajoute : elle serait valide même au préjudice d'un tiers. Schmalzgrueber (*Ius ecclesiasticum universum*, L. IV, t. XVII, n° 114 ss.) admet la thèse de Sanchez, mais ne précise pas si dans le cas envisagé par G. Tellez, la « sanatio » est nulle ou illicite. Les canonistes français de la 1re moitié du XIXe s. (Carrière, Caillaud, Bouvier...) enseignent la thèse traditionnelle de la validité de la « sanatio », accordée sans cause juste par le pape. L'opinion contraire a été soutenue par Feye (*De impedimentis*, n° 770) vers 1870 : la « sanatio », dit-il, est nulle, parce que le pape ne peut jamais agir de manière illicite. Cette thèse ne semble pas avoir eu de succès immédiat : on en trouve peut-être un écho dans Wernz-Vidal (*l.c.*), Coronata (*l.c.*). Perrone résoud ce problème en affirmant qu'il ne nous appartient pas de juger de la validité d'une « sanatio » accordée par le pape (*De matrimonio*, t. II, p. 328, n° 1160). Gasparri dans son *De matrimonio* (1892, II, p. 328, n° 1160) reprend la doctrine de Sanchez.

(58) *Ius matrimoniale*, 1946, p. 874; Coronata est du même avis que Wernz-Vidal, *De sacramentis*, vol. III, 1946, p. 958.

agere, ideo si in supplicatione falsa causa fuit allegata, etiam sanatio pontificia est irrita ». L'auteur semble confondre deux points de vue différents : d'une part l'irrégularité de l'acte du Saint-Siège, accordant la sanatio sans raison suffisante (sans faute des conjoints), d'autre part l'irrégularité de l'acte des conjoints, déformant dans leur requête la vérité des faits.

Or, dans la première hypothèse, la sanatio est toujours valide, parce que l'existence d'une cause juste ne contribue pas à justifier la compétence du Saint-Siège, contrairement à ce qui se passe pour les autorités inférieures. Dans le second cas, au contraire, la validité ou la nullité de la sanatio résultera des dispositions du droit commun des rescrits (can. 40 et suivants). Mais, quel que soit le résultat, la nullité ne découlera jamais de la considération d'ordre moral que Wernz-Vidal allègue : il y a là une interférence de la morale et du droit qui semble déplacée en matière de validité de dispenses.

Quant à la qualité des causes justes de la sanatio in radice, elle se déduit logiquement de la nature spécifique de la sanatio in radice, validation extraordinaire de mariage caractérisée surtout par la dispense du renouvellement du consentement. On conçoit donc que la sanatio n'est accordée que si le renouvellement du consentement s'avère impossible ou très difficile à obtenir. En d'autres termes, la « sanatio » ne doit être envisagée que dans l'impossibilité de la validation simple.

Ces conditions sont pratiquement réalisées dans les hypothèses suivantes :

— refus de renouveler le consentement de la part de l'un des conjoints ;

— impossibilité d'avertir l'un des conjoints de la nullité du mariage, soit par crainte de rupture scandaleuse des conjoints ou d'infamie du prêtre, responsable par négligence de la nullité du mariage, soit encore par suite du grand nombre de mariages à valider.

Au contraire, dans l'état actuel du droit, la seule légitimité des enfants ne peut plus être considérée comme une cause suffisante de sanatio in radice : elle n'est plus qu'un effet de l'institution [59].

Pour achever d'exposer la théorie de la cause de la sanatio in radice, théorie basée sur la différence de nature qui existe entre la sanatio et la validation simple, il reste à comparer sommairement ces deux institutions.

I. Les points communs :

1) la validation du mariage « ex nunc », c'est-à-dire au moment de la concession de la grâce ;

2) la dispense éventuelle de la loi irritante.

II. Les divergences :

1) la sanatio in radice comporte toujours la dispense du renouvellement du consentement (le mariage est validé « vi prioris consen-

(59) L'exposé de cette évolution pourrait faire l'objet d'un article ultérieur

sus »), tandis que le renouvellement du consentement, en connaissance de la nullité du premier consentement, est toujours requis dans la validation simple : le mariage se fait « vi novi consensus ».

2) au sujet des effets canoniques (spécialement l'état de filiation des enfants) :

a) par la sanatio in radice, les enfants nés du mariage validé (mais avant la validation) deviennent légitimes ; la validation simple ne peut jamais comporter qu'une légitimation (les enfants sont légitimés mais ne deviennent pas légitimes).

b) dans la sanatio, toute clause expresse de légitimité est superflue ; néanmoins, quoi qu'en pense Linneborn ([60]), une clause expresse de légitimation n'est pas toujours requise dans la validation simple. Tel est, en effet, le cas 1) des enfants légitimés ([61]) par la dispense d'empêchement donnée en vertu d'un pouvoir ordinaire ou d'un indult général ; 2) des enfants légitimés par le mariage subséquent (qui en l'occurrence est le mariage validé). En dehors de ces cas précis, la validation simple requiert effectivement un décret spécial de légitimation.

c) dans la sanatio in radice, la légitimité des enfants est un effet, partie intégrante de l'institution, alors que, dans la validation simple, la légitimation est due à une disposition spéciale du législateur indépendante de l'institution proprement dite de la validation.

d) la rétroactivité des effets canoniques de la sanatio in radice découle directement de la nature de l'institution, tandis que la rétroactivité des effets de la validation simple (pour les enfants légitimés par mariage subséquent au moins) ne se rattache qu'indirectement à l'institution elle-même.

La conclusion de cet exposé trop schématique peut s'exprimer en deux propositions : la « racine » de la sanatio in radice est le consentement matrimonial des conjoints ; le droit canonique utilise au maximum les ressources de la technique juridique, quand il s'agit du salut des âmes.

On a dit ([62]) que la sanatio in radice était entièrement l'œuvre du législateur universel ; nous avons essayé, au contraire, de relever l'importance et la nécessité de la persistance du consentement (donc, de la part dévolue aux conjoints) dans le processus de la sanatio ; seule cette conception semble conforme à la théologie du mariage, d'après laquelle les époux sont les ministres du sacrement. D'autre part, l'étude des conditions d'application de la sanatio in radice a montré la technique juridique aux prises avec les rapports de la théologie et du droit. Le mécanisme juridique de la sanatio apparaît comme un moyen destiné à une fin plus haute que ne le serait la construction juridique la plus habile.

Rome, Saint-Louis des Français. Jean BERNHARD.

(60) *Grundriss des Eherechts*, p. 400.
(61) Cfr can. 1051.
(62) S. Romani, *o.c.*, p. 816.