NOUVELLE REVUE THÉOLOGIQUE

93 Nº 1 1971

Le problème de la dissolution du mariage par l'Église. Réflexion d'un juriste

Louis DE NAUROIS

p. 50 - 77

https://www.nrt.be/it/articoli/le-probleme-de-la-dissolution-du-mariage-par-l-eglise-reflexion-d-un-juriste-1297

Tous droits réservés. © Nouvelle revue théologique 2026

Le problème de la dissolution du mariage par l'Eglise

RÉFLEXIONS D'UN JURISTE

En l'état actuel du droit et de la théologie, les « portes de sortie » offertes aux couples désunis sont étroites. Les cas de nullité du mariage sont peu nombreux, rarement vérifiés et souvent sans relation avec les causes de la mésentente. Le mariage non consommé peut être dissous à certaines conditions par le Souverain Pontife, mais les cas de non-consommation, plus fréquents qu'on ne serait porté à le penser, sont cependant rares dans l'absolu ; ne parlons que pour mémoire de la dissolution de plein droit du mariage non consommé si l'un des époux fait profession solennelle. Restent deux hypothèses proches parentes : mariage conclu entre deux non baptisés, l'un d'eux reçoit ensuite le baptême, tandis que l'autre refuse de le recevoir lui-même et de « cohabiter pacifiquement » avec le néophyte ; le mariage est dissous de plein droit par le second mariage du néophyte (privilège « paulin »). Mariage entre deux conjoints dont l'un au moins n'est pas baptisé (au moment du mariage ni par la suite) ; ce mariage peut être dissous à certaines conditions par le Souverain Pontife (privilège « pétrin »). Le premier cas peut être plus fréquent si les conversions d'adultes se multiplient, le second avec l'augmentation du nombre des mariages « dispars ». Mais cette multiplication de cas ne sera sans doute jamais très considérable, et de tels mariages n'ont pas le monopole de la désunion. Pour les cas « normaux » intéressant l'Eglise, les mariages valides entre baptisés, et consommés, il n'y a pas d'issue.

Bon gré, mal gré, les catholiques se sont longtemps accommodés de cette situation ; il n'en va plus de même aujourd'hui, parce qu'ils n'échappent pas totalement à un processus général (dû à des causes diverses, d'ordre psychologique et sociologique) qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici pour lui-même [1] : moindre stabilité des ménages, d'où

1. Nombreuses études de sociologie, psychologie, sur le divorce. Voir notamment, pour la France : Jacques DESFORGES, *Le divorce en France, étude démographique,* Paris, Ed. familiales de France, 1947 (les chiffres indiqués ne sont évidemment plus rigoureusement exacts aujourd'hui) ; Céline ROLIN, *La femme devant le divorce,* Paris, Casterman, 1968 (nombreux témoignages intéressants) ; Jeanne DELAIS, *Le dossier des enfants du divorce,* Paris, Gallimard, 1967 (très émouvant). Je me permets de renvoyer aussi à mon article

séparations plus nombreuses ; acceptation plus difficile de la solitude et théoriquement de la chasteté ; d'où divorce plutôt que séparation légale, et remariage (dans les Etats qui admettent le divorce sans discrimination selon l'appartenance religieuse). Les catholiques qui se résignent ainsi, bien que, souvent, profondément croyants, au remariage purement civil sont par là-même privés des sacrements de pénitence et d'eucharistie [2]. Il est difficile de chiffrer exactement le nombre des cas, soit de solitude acceptée ou subie par obéissance à l'Eglise, soit de ménages canoniquement « irréguliers » [3]. Fussent-elles l'exception (mais à partir de quelle proportion peut-on parler d'« exception » ?), ces situations méritent que l'on se penche sur le problème en se demandant s'il est possible d'élargir les « portes de sortie ».

Canonistes, théologiens le font effectivement et depuis quelques années les études dans ce sens sont nombreuses. Je ne parlerai que des suggestions tendant à élargir le pouvoir de dissolution du Souverain Pontife [4]. Je présenterai certaines d'entre elles, en les classant

---

Le problème du divorce en France, dans *Revue de droit canonique,* t. XV (sept. 1965), où j'ai tenté une rapide synthèse de ce que juristes et sociologues ont dit de suggestif sur la question.

2. Il faut noter aujourd'hui une tendance pastorale et aussi doctrinale à admettre ces divorcés civilement remariés aux sacrements de pénitence et d'eucharistie, au moins *privatim.* Attitude qui n'a rien de « classique ». Pour la justifier il ne suffit pas d'invoquer la « miséricorde », et de dire que « la charité passe avant le droit » ; il faut modifier le droit : qui a droit à ces sacrements ? Tous ceux qui sont exempts de péché actuel formel, et ont la contrition de leurs fautes passées avec résolution de n'y plus tomber, tout le monde l'admet ; cela suffit-il ? Faut-il en outre qu'ils soient dans une situation objectivement régulière ? Si l'on maintient cette dernière exigence, il faut continuer de refuser les sacrements aux divorcés remariés civilement. Au cas contraire, on doit admettre aux sacrements les divorcés remariés civilement, dans les hypothèses, nullement chimériques, où se séparer, vivre comme frère et sœur, ne sont plus choses possibles. Le danger de cette solution est d'en arriver de fait à une sorte de mariage par « prescription », *per usum.* La question mériterait une étude approfondie.

3. Il y a une dizaine d'années, on comptait en France à peu près un divorce pour douze ménages ; aujourd'hui la proportion est un peu plus forte. On ne peut cependant pas parler de « débandade », et en bien d'autres pays qui admettent le divorce il n'y a pas non plus de « débandade ». Les divorcés qui se remarient sont moins nombreux qu'on ne le penserait : un sur deux à peu près il y a une dizaine d'années, un peu plus aujourd'hui, semble-t-il ; un peu plus d'hommes que de femmes. Combien de catholiques convaincus se remarient après divorce ? Tout le monde en rencontre, mais je n'ai pas connaissance de statistique précise.

4. On peut évidemment songer à élargir les cas de nullité ; il ne faut le faire que pour les causes de nullité qui sont en relation avec celles de la mésentente, sous peine d'aboutir à une solution fictive. Encore cela comporte-t-il des limites ; j'approuve l'élargissement des cas de nullité pour erreur sur la personne ; on parle volontiers aussi de nullité pour manque de maturité affective, mais cela me semble très dangereux, au-delà des hypothèses de psychopathologie caractérisée : danger d'arbitraire dans le discernement de cette immaturité, et surtout atteinte au « droit à l'amour et au mariage » ; l'homme et la femme se marient, et ont le droit de le faire, tels qu'ils sont, avec leurs défi-

non selon les auteurs (certains de ceux-ci proposent parfois plusieurs solutions) mais selon les arguments mis en avant [5], en espérant ne

---

ciences affectives ; or si le mariage est nul *post factum*, on devrait logiquement le refuser *ante factum*.

5. Bibliographie sommaire sur l'ensemble des études traitant de la question, sous un aspect ou sous un autre, et sur certains des points qu'elles mettent en cause (je ne ferai pas de nouveaux renvois dans la suite des développements) :

Présentation d'ensemble de divers systèmes dans *Concilium*, n° 38 (1968), par le P. HUIZING, et dans Michel LECLERCQ, *Le divorce et l'Eglise*, Paris, Fayard, 1969.

R. CHARLAND, *Le pouvoir de l'Eglise sur les liens du mariage*, dans *Revue de droit canonique*, t. XVI (1966), n° 1 et t. XVII (1967), n° 1 (le « pouvoir vicaire » permettrait au Souverain Pontife, et à lui seul, de dissoudre tous les mariages, même sacramentels consommés) renvoie à divers travaux antérieurs.

J. BERHNARD, *A propos de l'indissolubilité du mariage chrétien*, dans *Université de Strasbourg, Faculté de théologie, Mémorial du cinquantenaire (1919-1969)*, Strasbourg, Palais universitaire, 1970, reproduit dans *Revue des sciences religieuses*, t. 44 (1970), fasc. 1-2, p. 49 ; complément de cette étude, du même auteur : *A propos de l'hypothèse concernant la notion de consommation « existentielle » du mariage*, dans *Revue de droit canonique*, t. XX (1970) n° 2, et *Réinterprétation (existentielle et dans la foi) de la législation canonique concernant l'indissolubilité du mariage chrétien*, même revue, t. XXI (1971) n° 1-4 [paru dès septembre 1970], p. 243. Thèse défendue : la dissolution du mariage sacramentel ne doit pas être limitée à la non-consommation physique, mais étendue à la non-consommation « existentielle ».

J. POSPISHIL, *Divorce et remariage*, Paris, Casterman, 1969 : principales thèses : il est impossible d'établir une tradition patristique ferme dans le sens de l'indissolubilité (*contra* : H. CROUZEL, *Séparation ou remariage selon les Pères anciens*, dans *Gregorianum*, 1966, p. 472 ; *Les Pères de l'Eglise ont-ils permis le remariage après séparation ?*, dans *Bulletin de littérature ecclésiastique*, 1969, p. 3 ; *L'Eglise primitive face au divorce, du I^er^ au V^e^ siècles*, en préparation. Voir en outre, dans le même sens que J. Pospishil, J. MOINGT, *Le divorce pour motif d'impudicité*, dans *Recherches de science religieuse*, 1968, p. 337) ; l'interdiction du divorce par Jésus-Christ ne vise que la répudiation unilatérale, etc.

V. STEININGER, *Peut-on dissoudre le mariage ?*, Paris, Cerf, 1970 (traduction de l'allemand *Auflösbarkeit unauflöslicher Ehe*, Graz-Wien-Köln, 1968). Principales thèses : Jésus-Christ n'a donné qu'une directive morale en matière de dissolution du mariage ; de soi, le mariage est indissoluble, même après la mort de l'un des conjoints ; mais de même que l'Eglise admet le remariage après la mort de l'un des conjoints, elle pourrait l'admettre du vivant des deux conjoints, au cas non seulement de non-consommation spirituelle (cfr la thèse de la non-consommation « existentielle ») mais pour d'autres causes encore entraînant l'impossibilité de fait de la vie conjugale ; critique de la distinction classique entre mariages sacramentel et non sacramentel ; nécessité de s'attacher à la « foi vivante » et non à l'« extrait de baptême », etc.

Le lien matrimonial (colloque de Strasbourg, mai 1970). Les travaux de ce colloque, qui intéressent à bien des égards mon sujet (statistiques sur le divorce en France, histoire de la formation du lien matrimonial, etc.) ont été publiés dans la *Revue de droit canonique*, t. XXI (1971), n° 1-4 et aussi comme premier volume de la Collection Hommes et Eglise, Strasbourg, CERDIC, 1970.

Die öffentlichen Sünder oder Soll die Kirche Ehen scheiden ? Contributions de onze spécialistes, élaborées en vue du synode de l'Eglise catholique d'Allemagne Fédérale, présentées par Norbert WETZEL, Mainz, Grünewald, 1970.

Sur l'exégèse des textes scripturaires, voir notamment J. DUPONT, *Mariage et divorce selon l'Evangile*, Bruges, Desclée D.B., 1959. Sur l'interdiction des mariages entre juifs et païens dans l'Ancien Testament, voir J. DUPONT, *La question des mariages mixtes à la lumière de l'Ecriture*, dans *Le problème des mariages mixtes* (collectif, colloque de Nemi), Paris, Cerf, 1969.

pas trop les caricaturer. Je soulignerai ce qu'à mon sens elles peuvent présenter de solide ou au contraire d'artificiel, notamment du point de vue méthodologique et sans prétendre aucunement apporter « ma solution » au problème, ni trancher les questions dogmatiques ou théologiques, patristiques, exégétiques qui sont en cause : elles dépassent très largement ma compétence. Mais auparavant je pense indispensable de « cerner le problème ».

Il faut en effet partir d'une définition du mariage. On peut en donner deux, et le danger est de passer de l'une à l'autre, ou de récuser l'une d'elles, peut-être sans s'en rendre compte ou sans le dire.

On doit se placer d'abord dans une perspective psychologique et « existentielle », et dire que le mariage est l'union d'amour de l'homme et de la femme, comportant normalement relations sexuelles, procréation, communauté de vie, prise en charge mutuelle, etc. Une telle définition, qui est à peu près celle donnée par *Gaudium et spes*, me semble irrécusable. Mais le mariage est aussi un statut légal, institutionnel, fait de droits et de devoirs réciproques entre les époux, entre eux et leurs enfants et entre le couple et la société (civile et religieuse). C'est la société qui élabore ce statut en définissant et sanctionnant les droits et devoirs entre époux, entre eux et leurs enfants, entre eux et elle. Elle dit aussi, et ne peut pas ne pas dire, à quelles conditions l'homme et la femme peuvent adhérer à ce statut, quant au fond et quant à la forme (empêchements, etc.).

Ces deux définitions du mariage sont distinctes, mais aussi solidaires. Le statut légal du mariage est, ou est supposé être, un cadre institutionnel propre à assurer à l'union d'amour de l'homme et de la femme les meilleures conditions d'épanouissement, en même temps qu'à garantir à la société, dans les meilleures conditions encore, qu'elle sera perpétuée par la fécondité des couples. De fait, on voit mal comment un homme et une femme qui s'aiment et veulent vivre de cet amour pourraient faire l'économie de ce statut. L'expérience prouve que l'« union libre » (celle, très exactement, qui prétend faire cette économie) réussit le plus souvent mal [6]. On pourrait résumer cette interdépendance des deux définitions en disant que le mariage

6. Ici encore je me permets de renvoyer à mon article *Les problèmes de l'amour libre*, dans *Revue de droit canonique*, t. XVII (1967), n° 3. Inutile d'insister sur les inconvénients de l'union libre pour les enfants ; il est remarquable que les amants, quand surviennent les difficultés, ont tendance à se prévaloir, l'un en face de l'autre, ou ensemble en face de la société, d'avantages réservés en principe aux époux. Le législateur et les tribunaux sont dans l'embarras : il est souvent difficile de refuser ces avantages sans nuire aux enfants, ou à l'un des amants au profit de l'autre qui n'est pas toujours le plus « intéressant », mais il est difficile, en donnant satisfaction à ces demandes, de ne pas instaurer un « mariage de seconde zone », qui ne donne aucune garantie à la société, au détriment du mariage véritable, qui donne seul les garanties nécessaires.

comme statut légal tend à la prise en charge par la société du mariage comme union d'amour et lui donne une investiture sociale. Les conditions posées par la société à l'accès de l'homme et de la femme qui s'aiment au statut légal d'époux sont la contre-partie de cette prise en charge et de cette investiture [7].

On admet communément que, de soi, l'union d'amour ne devrait pas être brisée, du vivant des époux, ceci pour de multiples raisons qu'il n'y a pas lieu de détailler ici [8]. Mais, de fait, elle dure ou ne dure pas, pour de multiples raisons toujours, d'ordre psychologique, sociologique, moral [9] et souvent, passé du moins un certain délai, rien ni personne ne peut grand-chose pour la restaurer quand elle a été brisée (que ce soit ou non par la faute de l'un des conjoints). La rupture est irréversible. Quand on parle de l'indissolubilité du mariage, ce n'est pas (ou ce ne devrait pas être) cet idéal de per-

---

7. Dans cette perspective de la dépendance du mariage-statut envers le mariage-union d'amour, on peut se demander si la définition canonique du mariage telle qu'elle résulte du code de droit canonique actuel ne sera pas à revoir dans le code en préparation, à la lumière de la définition du mariage comme union d'amour donnée par *Gaudium et spes*.

8. L'amour, par lui-même, tend à la permanence, et les traumatismes causés par la désunion le montrent. Par ailleurs, la perspective des enfants est d'une importance capitale, et c'est pour eux que les inconvénients du divorce sont le plus nets ; or l'amour contient en lui-même, le plus souvent, le vœu de la fécondité (« Je voudrais un enfant de toi »). Il ne faut cependant pas « absolutiser » ces remarques. Il est en effet difficile de faire une ventilation précise entre les effets néfastes de la désunion, leur aggravation par la séparation, et une seconde aggravation (pour les enfants surtout) par le remariage des anciens époux. Il n'est pas douteux non plus que parfois (pour les époux et même pour les enfants), la séparation, voire le remariage, apportent un remède partiel à la situation créée par la mésentente des époux. Voir la bibliographie citée note 1.

Cette affirmation de la vocation de l'amour à la permanence ne sera contredite que par les partisans d'une certaine forme d'union libre. Il y a des unions libres plus stables que bien des mariages (mais « nous n'avons besoin ni du maire ni du curé », pense-t-on, à tort) ; d'autres unions libres ne sont telles, précisément, que parce que les amants veulent pouvoir se séparer quand bon leur semblera (ce qui n'empêche pas que ces séparations ne soient l'occasion de bien des difficultés). Les unions libres avec vie commune sont très peu nombreuses en France. Voir mon article précité note 6 sur les problèmes de l'amour libre.

9. J'ai analysé les causes (sociologiques, psychologiques, morales) du divorce, et plus largement de la désunion des ménages, dans mon article (cité dans la note 1) sur le problème du divorce en France : manque d'enracinement, de maturité, accoutumance au divorce dans une « civilisation du divorce », individualisme, etc. La sauvegarde de la famille commence par la lutte contre ces causes. Ce serait une grave illusion de ne voir, parmi elles, que le phénomène d'accoutumance au divorce, en vertu duquel certains époux ne font pas suffisamment d'efforts pour maintenir leur union, se disant : « si on ne s'entend pas, on divorcera, le divorce n'est pas fait pour les chiens » ; certains, effectivement, font dès le départ ce raisonnement ; mais combien ne se résignent au divorce qu'en « désespoir de cause », espérant longtemps une réconciliation qui se révèle ensuite impossible, ou attendant que les enfants aient atteint leur majorité, etc. L'expérience prouve aussi, du reste, que parfois la réconciliation vient, qu'un divorce précipité eût évidemment rendue impossible. Gardons-nous des « généralisations hâtives », dans un sens ou dans l'autre.

manence de l'union d'amour qu'on a en vue. Le problème est celui-ci : lorsque l'union d'amour n'existe plus en fait et ne peut pas être restaurée, le mariage comme statut juridique peut-il être dissous, chacun des époux retrouvant ainsi la liberté de conclure une nouvelle union légale ? Il ne me paraît pas possible de poser autrement la question, sous peine de confondre les deux définitions du mariage et de rester dans l'équivoque. On le fait parfois, notamment lorsque l'on dit qu'il n'y a pas à « prononcer » la dissolution du mariage, mais à « constater » qu'il est en fait dissous ; en langage juridique, on dirait que la décision de l'autorité compétente (on admet bien qu'une telle décision est nécessaire) devrait être « déclarative » d'une situation préexistante et non « constitutive » d'une situation nouvelle et, à la limite, cette décision de dissolution ne différerait guère d'un constat de nullité, lui aussi déclaratif et non constitutif. S'exprimer ainsi, c'est répondre à la question par une simple affirmation, posée comme allant de soi, alors que précisément (à tort ou à raison, et c'est ce dont il faut discuter) elle est récusée ; c'est bien en effet l'indissolubilité du mariage comme statut juridique qui est affirmée par l'Eglise. D'autres suggestions ne vont pas aussi loin (ou aussi vite) et prennent pour point de départ le système actuellement admis par l'Eglise, pour l'élargir plus ou moins, sans le remettre en cause dans sa justification doctrinale ; la confusion entre les deux définitions y est néanmoins parfois sous-jacente, plus ou moins nettement.

Je pense, et je m'efforcerai de montrer, que cette voie conduit à une impasse. Cela m'amènera à mettre en cause cette justification doctrinale elle-même du « dispositif » en vigueur aujourd'hui dans la législation de l'Eglise, puis à esquisser les jalons de la recherche que je crois indispensable pour l'élaboration d'un système cohérent (en son dispositif et en sa justification doctrinale). En tout cela, je m'efforcerai de rester autant que faire se pourra sur un plan méthodologique, de présenter les difficultés plus que de les résoudre.

I. — Elargissement des cas de dissolution actuellement admis

J'ai rappelé au début de cette étude les cas de dissolution admis actuellement par l'Eglise : non-consommation du mariage, absence de baptême chez l'un au moins des conjoints (ce qui englobe les privilèges paulin et pétrin). N'est donc indissoluble que le mariage existant entre deux baptisés, et consommé. Il est admis communément aujourd'hui que le mariage conclu entre un baptisé et un non-baptisé n'est pas sacramentel, pour la raison qu'un non-baptisé ne peut pas recevoir le sacrement de mariage, et que *matrimonium non*

claudicat [10]. Ainsi peut-on dire que l'indissolubilité ne concerne que le mariage sacramentel consommé. Trois suggestions, à partir de là, sont présentées.

1. *Elargissement du privilège pétrin*

Pour l'essentiel, l'argumentation est celle-ci : Ce n'est pas à l'« extrait de baptême » qu'il faut s'attacher pour savoir si la dissolution est possible, mais à la « foi vivante ». Dès là que celle-ci n'existe pas chez l'un au moins des conjoints, fût-il baptisé, au moment du mariage et par la suite, ce mariage peut être dissous en application du privilège pétrin, car il n'est pas sacramentel [11]. Diverses objections viennent à l'esprit en présence d'un tel système. Je n'entends pas y répondre ; je me contenterai de les souligner.

Cette thèse se rattache à un courant de pensée plus vaste, à l'intérieur duquel il faut la situer. On sait la légitime tristesse de nombreux prêtres ayant charge d'âmes qui ont à célébrer des mariages où le conformisme a plus de place que la foi. D'où la suggestion que mieux vaudrait conseiller en ce cas aux fiancés une union purement civile ; pourquoi se soumettraient-ils à une cérémonie religieuse qui pour eux ne représente rien et, à la limite, n'y a-t-il pas dans cette démarche religieuse quelque chose qui ressemble à un sacrilège ? L'épiscopat français s'est saisi de la question lors de son assemblée plénière de 1969 à Lourdes, et une lecture superficielle du document publié sur le problème [12] pouvait donner à penser qu'à certaines conditions il était en effet légitime d'inciter les fiancés, au cours de la préparation pastorale, à renoncer à la célébration religieuse de leur mariage. Mais une conférence de presse de Mgr Boillon, président de la commission épiscopale française de la famille [13], a montré

10. Par la formule *matrimonium non claudicat* les théologiens entendent ceci : le mariage ne peut pas être sacramentel pour l'un des conjoints (celui qui est baptisé) s'il ne l'est pas aussi pour l'autre (or il ne peut pas l'être pour celui qui n'est pas baptisé). Cette opinion a été longtemps controversée entre théologiens. Elle ne l'est plus depuis que le Souverain Pontife accepte de dissoudre les mariages entre un baptisé et un non-baptisé. D'où ce qui ressemble un peu à une pétition de principes : le mariage entre un baptisé et un non-baptisé n'est pas sacramentel puisque le Pape accepte de le dissoudre, et il le fait parce qu'il n'est pas sacramentel. Il faut, pour échapper à l'objection, admettre que le Souverain Pontife a implicitement tranché le débat entre théologiens, précisément, en acceptant de dissoudre ces mariages.

11. Inutile de développer ici les implications logiques de ce système. Le mariage entre deux baptisés dont au moins un n'a pas la foi au moment de la célébration n'est pas sacramentel, mais il le devient (et la dispense n'est plus possible) si la foi vient (ou revient, quand elle a existé avant le mariage) avant la dissolution par le Pape. Le mariage entre fiancés qui ont ou acquièrent la foi est-il indissoluble, même si aucun d'eux (à plus forte raison un seul d'entre eux) n'est baptisé ? etc.

12. *Documentation catholique*, 7 décembre 1969.

13. *Doc. cath.*, 19 avril 1970.

que cette interprétation était erronée : si les fiancés se présentent à l'Eglise en vue du mariage, c'est qu'ils ne renient par leur appartenance canonique à celle-ci et désirent une union conjugale valide au regard de l'Eglise, dont on n'a pas le droit de les priver. Or une union purement civile serait nulle selon le droit canonique, pour vice de forme. Faut-il conclure de là que cette union conclue selon le rite canonique est par là-même, dans la pensée de l'épiscopat français, sacramentelle ? Il n'est pas évident que la question soit tranchée par le document et son commentaire.

Mais la réponse affirmative semble traditionnelle. Le canon 1012 dit que le Christ a élevé à la dignité de sacrement le contrat matrimonial conclu entre baptisés, en sorte qu'entre baptisés il ne peut pas y avoir de contrat matrimonial qui ne soit pas sacrement (la Rote, en conséquence, déclare nul le mariage conclu avec exclusion du sacrement par un acte positif de volonté). Reste à savoir si le mariage reste sacramentel quand au moins l'un des conjoints n'a pas la foi ; autrement dit, si la clause « sous réserve de l'absence de foi » n'est pas sous-entendue dans le canon 1012. Il faut, pour éclairer le problème, envisager d'abord les circonstances historiques qui ont amené l'Eglise à affirmer la sacramentalité de tout mariage entre baptisés. Jusqu'au Concile de Trente, le mariage était consensuel et non solennel [14], donc valide par le seul accord des fiancés, sans que la célébration *in facie Ecclesiae* fût requise sinon pour la licéité. C'est ce mariage consensuel, le seul qui existât, qui a été dit sacramentel. Les fiancés, en le concluant, se demandaient-ils s'ils avaient la foi, et les théologiens se posaient-ils beaucoup de questions sur la possibilité qu'il ne fût pas sacramentel au cas d'absence de foi chez l'un des partenaires ? Puis les « légistes » du prince ont émis la prétention pour le droit civil (étatique) de réglementer à lui seul le mariage comme institution naturelle, ce qui impliquait la dissociation du mariage comme « contrat » et du sacrement. L'Eglise a rejeté cette prétention et affirmé la solidarité du mariage et du sacrement. Ce contexte très particulier laisse-t-il hors de cause la non-sacramentalité du mariage en l'absence de foi chez l'un des conjoints ?

Il faut aussi analyser le lien entre les sacrements en général et la foi. Les données classiques ont été élaborées progressivement et à propos de difficultés diverses. Avant la systématisation complète de la doctrine, on s'est demandé si le baptême devait être réitéré au cas d'apostasie ou d'hérésie d'un chrétien revenant ensuite à la

14. J'emploie ici la terminologie du droit français : contrats consensuels, qui se forment par le seul accord de volonté ; contrats solennels, qui exigent l'accomplissement d'une certaine formalité publique, acte notarié, intervention de l'officier de l'état civil, etc. ; en outre, contrats « réels », qui se forment par l'accomplissement d'un certain acte d'exécution tel que remise de la chose vendue.

foi de l'Eglise, et la réponse fut négative. On en a déduit l'existence d'un « caractère indélébile » conféré par le baptême. Si ce caractère ne disparaît pas avec la perte de la foi, s'ensuit-il qu'il est acquis même si le sujet n'a pas la foi au moment de la réception du baptême ? On l'a admis, quand on a spéculé sur les conditions de validité du sacrement. Le baptême reçu sans foi ne confère pas la grâce de la justification, n'opère pas le salut, mais incorpore, et définitivement, au Christ. Si d'autre part la foi n'est pas requise pour la validité du baptême, elle ne saurait l'être non plus pour la validité des autres sacrements, sous réserve des difficultés que l'on sait pour la pénitence.

Solution qui ne soulève aucune difficulté en ce qui concerne la confirmation et l'ordre ; ils confèrent comme le baptême un caractère indélébile. Mais que reste-t-il pour les autres sacrements, donc notamment pour le mariage, administrés à un sujet qui n'a pas la foi et donc ne reçoit pas la grâce sacramentelle ? Le rite confère-t-il le sacrement ? Sans aucun doute il reste la possibilité de « reviviscence » de cette grâce sacramentelle si la foi vient ou revient au sujet à qui le rite a été administré. C'est assurément « peu », mais ce peu n'est pas « rien ». Ce peu est-il suffisant ou au contraire insuffisant, pour que le mariage conclu sans foi chez au moins l'un des deux partenaires soit sacramentel, et ne relève pas de la dispense au titre du privilège pétrin ? Sans doute pour admettre que la dispense peut être accordée faut-il poser la question sur le seul terrain de la foi sans se préoccuper du sacrement, et dire ceci : Peu importe que l'on admette ou non que le mariage conclu sans foi soit ou non sacramentel, l'essentiel est de savoir s'il a été conclu dans la foi vivante ; dans l'affirmative, il est indissoluble ; dans la négative, il relève de la dispense. C'est là sans doute une manière assez « révolutionnaire » de raisonner, et le théologien « classique » formulera probablement quelques objections ; je lui en laisse le soin ; pour ma part, je présente celle-ci, qui est celle du juriste.

Qu'est-ce que cette « foi vivante » ? On ne peut pas n'être pas frappé, en lisant la déclaration de l'épiscopat français de 1969, de la difficulté qu'il y a à définir la foi requise pour que le mariage soit célébré *in facie Ecclesiae* : Foi en Jésus-Christ et en l'Eglise ? En Jésus-Christ sans l'Eglise ? En « le Dieu d'Abraham, d'Isaac et de Jacob » (le Dieu révélé) ? Simple « déisme » (le Dieu de la raison) ? A la limite, simple conscience, chez les fiancés, que leur union est placée sous un signe « qui les dépasse » ? On est en droit de se demander où marquer le point d'arrêt dans ce dégradé où l'on ne discerne guère de discontinuité. Il ne s'agissait dans le document que de choisir entre la célébration religieuse ou la célébration purement civile, **mais la difficulté est la même ici ; elle est même plus**

grande peut-être puisqu'il s'agit de « foi vivante » et tout choix semble arbitraire.

D'autre part, s'agissant de « peser » la foi en vue de l'obtention de la dispense au titre du privilège pétrin, nous ne sommes plus sur un plan purement pastoral. Comment apprécier juridiquement la présence ou l'absence chez l'un des époux du degré de foi choisi comme limite dans l'abstrait ? Je sais bien que de plus en plus les tribunaux ecclésiastiques acceptent de tenir compte comme moyen de preuve des dires des parties elles-mêmes, sous la foi du serment. Mais un tel mode d'investigation ne ferait que déplacer la difficulté, il ne la résoudrait pas. Qui peut se faire juge de sa propre foi ? Tel, loyalement, dira l'avoir eue au moment du mariage, qui ne l'a et ne l'avait pas, et inversement. J'en viens ainsi à me demander si une telle recherche, au for interne, est justifiée ; ne constitue-t-elle pas une « inquisition » difficilement tolérable ? Paradoxe surprenant : on reproche à l'Eglise, non sans raison parfois, de sombrer dans le « juridisme », et voici que l'on érige la grâce sacramentelle et la foi en catégories juridiques ; on en fait la base d'une discrimination entre les baptisés quant à leur statut. Ne faut-il pas dire que, les rites sacramentels ayant été observés, les questions de savoir quelle est leur efficacité au point de vue de la grâce et quel est le degré de foi du sujet ne « regardent que Dieu », et restent étrangères au for externe, seul en cause quand il s'agit de savoir si un mariage relève ou non de la dispense au titre du privilège pétrin ? Si l'on ajoute que l'extension du privilège aux mariages conclus entre baptisés dont l'un n'a pas la foi n'intéresse quand même pas tous les ménages désunis, et que l'absence de foi peut être sans aucun lien avec la cause de la désunion, on voit que le problème essentiel est loin d'être résolu [15].

2. *Elargissement de la notion de non-consommation*

On sait les débats qui ont opposé les écoles de Pierre Lombard et de Jean Gratien au sujet du rôle de la *copula carnalis* dans la

15. Différente mais connexe est la question, posée par certains, de savoir si les fiancés pourraient exclure volontairement la sacramentalité du mariage, bien qu'ayant la foi. Admettre cela conduirait à donner aux fiancés le choix entre un mariage indissoluble et un mariage relevant du privilège pétrin (cette dernière solution « à toutes fins utiles », car « qui sait ce que l'avenir réserve? »). C'est très exactement cette possibilité de choix qu'écarte la Rote en déclarant nul le mariage conclu avec exclusion du sacrement par un acte positif de volonté de l'un des époux. C'est ce dédoublement du mariage en deux parties, l'une sacramentelle et l'autre naturelle, que l'Eglise a condamné contre les prétentions des légistes royaux. Il n'y a pas, « en soi », deux mariages, il n'y en a qu'un, et c'est cet unique mariage que le Christ a élevé à la dignité de sacrement. C'est du moins ainsi, me semble-t-il, que raisonnera le théologien pour écarter cette possibilité de choix.

formation du mariage : c'est de la théorie, pourtant rejetée, de la *copula* que l'Eglise a tiré la justification de la dissolution du mariage non consommé, ce qui est assez occasionnel. A partir de là, on suggère aujourd'hui que la dissolution du mariage soit possible sur la base d'une autre définition de la non-consommation, non plus physique, mais « existentielle ». Ce qui importe, surtout depuis *Gaudium et spes,* dans le mariage, c'est l'union d'amour, et la communion des époux dans la charité surnaturelle. Or cela ne se réalise pas « en une nuit ». Il y a un certain parallélisme entre cette suggestion et celle qui vient d'être examinée : de même qu'on substitue la foi à l'« extrait de baptême », de même, au certificat médical (si l'on peut dire, car ce mode de preuve est aujourd'hui rarement disponible) on substitue les dispositions affectives et spirituelles des époux. Seulement on se trouve ici, en apparence, en présence d'une suggestion autrement réaliste ; les hypothèses où elle serait applicable seraient plus nombreuses, elles se situeraient très exactement au cœur même des causes de la désunion des époux, on aurait donc là « le remède » à ces situations dramatiques en présence desquelles jusqu'à présent pasteurs et juges se sentaient impuissants. Suggestion fort séduisante par conséquent. Elle résiste cependant encore moins que la précédente à l'analyse, si on la soumet à un plus strict examen.

On prend pour point de départ le droit actuel, qui admet la dissolution du mariage non consommé physiquement ; passer, dira-t-on, de la non-consommation physique à la non-consommation « existentielle », est-ce un très grand pas ? En dépit des apparences, c'est un véritable « saut », on change de plan. Il est indubitable en effet que l'union physique est à la fois le témoignage et l'aliment, par ailleurs *spécifiques, même si non exclusifs,* de *l'union d'amour* des époux. Dès lors, passer de la non-consommation physique à la non-consommation existentielle, n'est-ce pas confondre la fin (l'union d'amour) et le moyen (l'union physique), le point de départ et le point d'arrivée ? Cela, quoi qu'il en soit des circonstances historiques qui ont conduit l'Eglise à admettre la dissolution du mariage non consommé physiquement.

Pour expliquer cette attitude de l'Eglise, je prendrai une comparaison : Les époux, en concluant leur mariage, ont pris leur billet de chemin de fer, et après la cérémonie ils sont montés dans le train (pour partir en voyage de noces !). Tant qu'ils n'ont pas consommé physiquement leur mariage, le train est toujours en gare, et l'Eglise les autorise à descendre du train et à se faire rembourser leur billet. Une fois, au contraire, le train parti (le mariage consommé physiquement), elle estime qu'il est trop tard pour faire faire marche arrière au train et rembourser le billet, même s'il s'avère en cours de route qu'il y a eu, au départ, erreur d'aiguillage et qu'en conséquence le

train ne parviendra pas à destination. Qu'il y ait quelque artifice à faire de la consommation physique le seul signe que le train est parti, je n'en disconviens pas ; mais quel autre critère proposer ? La vie commune ne serait pas moins arbitraire, et elle est moins spécifique que la consommation physique de l'union d'amour [16]. Est-il inconcevable de faire faire marche arrière au train une fois qu'il est parti ? C'est toute la question à débattre ; ce que je dis, c'est que ce n'est pas du tout la même chose que d'autoriser les époux à descendre du train et à se faire rembourser leur billet tant que ce train est encore en gare.

Faire faire marche arrière au train s'il y a eu erreur d'aiguillage, qu'est-ce d'autre, en fin de compte, que d'admettre le divorce tel que le conçoivent la plupart des législations contemporaines, et tel que l'Eglise refuse de l'admettre ? Si en effet les époux demandent le divorce, c'est qu'ils ne s'entendent pas ; et s'ils ne s'entendent pas, c'est qu'ils ne sont pas parvenus à la communion d'amour par quoi se définit le mariage du point de vue existentiel. On a soin parfois, quand on préconise cette substitution de la consommation existentielle à la consommation physique, de préciser ceci : la désunion actuelle des époux ferait présumer que, malgré peut-être les apparences (il y a bien d'ordinaire, en effet, quelques mois ou quelques jours de « lune de miel »), il n'y a jamais eu en réalité de véritable communion d'amour entre les époux. Cette présomption est assez largement justifiée. L'union d'amour est un « devenir » constant, elle s'enrichit, chaque jour, quand elle est authentique. Mais alors, en fin de compte, on ne trouvera pas, ou très difficilement, de critère pour déclarer irrecevable la demande de dispense ; il faudra attendre le décès de l'un des époux pour savoir si le mariage a été consommé existentiellement, et jusque-là, si la mésentente survient, la dissolution sera possible. Toutes les nuances que l'on introduira dans la présentation de la thèse, toutes les précautions que l'on exigera pour l'admission de la demande seront sans effet autre que la limitation (plus ou moins arbitraire) des cas de dissolution, l'essentiel restera cette possibilité de dissolution du mariage entre conjoints désunis. Cela ne peut paraître que paradoxal quand par ailleurs on dit maintenir fermement le principe de l'indissolubilité du mariage. La con-

16. J'admettrais en revanche très volontiers la dispense au cas de consommation physique qui ne serait pas, de la part de l'un des conjoints, un « acte humain », notamment au cas de viol de la femme par le mari. Mais cette solution ne résoudrait pas beaucoup de cas (heureusement), l'hypothèse ne devant pas se rencontrer très fréquemment. Autre type de cas : un premier rapport physique laisse à l'épouse, par ex., un souvenir si pénible que dorénavant elle se refuse à renouveler l'expérience, de sorte que, de la part du mari toute nouvelle tentative apparaîtrait comme un viol. Après un certain temps, pourrait-on assimiler ce cas à celui de non-consommation, et sous quelles conditions ?

fusion entre les deux définitions du mariage (union d'amour, statut légal) me semble patente.

Paradoxes surprenants, ici encore : on reproche à l'Eglise de faire du juridisme, et on érige l'amour conjugal, comme tout à l'heure la foi, en catégorie juridique ; on fait grief à l'Eglise de ne pas prêter assez attention, en matière de contraception par exemple, à l'amour physique comme témoignage et aliment de l'amour comme union des cœurs et communion spirituelle, et l'on traite avec quelque dédain cette même union physique lorsqu'il s'agit de savoir si « le train est en marche ». Encore une solution inadéquate.

3. *Extension du pouvoir de dissolution à tous les mariages*

La méthode de raisonnement sur laquelle repose cette suggestion est différente des méthodes sur lesquelles sont établies les suggestions qui viennent d'être analysées. Le point de départ se trouve dans la justification doctrinale du pouvoir de dissolution du Souverain Pontife. Le moment est donc venu d'exposer cette justification, dont l'élaboration complète est relativement récente. On peut la ramener aux *points suivants :*

De droit divin, exprimé par la Genèse, les Evangiles, saint Paul, tout mariage est « intrinsèquement » indissoluble. On entend par ce terme (dont la signification est toute différente de celle que lui donnent les moralistes quand ils parlent d'actes « intrinsèquement » mauvais) que le mariage ne peut pas être dissous par la volonté des époux eux-mêmes (ceci concerne donc la répudiation unilatérale, et aussi le divorce par consentement mutuel, du moins sans intervention de quelque autorité publique).

Parce que le mariage (tout mariage, même non sacramentel) est chose sainte (*res sacra*), en dépendance directe de Dieu, et de droit divin toujours (« ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare pas »), le mariage est aussi « extrinsèquement » indissoluble, en ce sens qu'aucune autorité publique des institutions humaines ne peut le dissoudre, qu'il s'agisse de l'autorité étatique ou même de l'autorité de l'Eglise envisagée sous son aspect d'institution juridique. Mais Dieu, en revanche, peut, lui, dissoudre le mariage, soit (selon les auteurs) en sa qualité d'auteur de la loi (le législateur peut dispenser ses sujets de l'exécution des lois), soit en sa qualité de partie au contrat qu'est le mariage (« Ce que Dieu a uni ... », Dieu est donc partie au contrat ; or le créancier d'une obligation peut dispenser le débiteur de l'exécuter). Ce pouvoir de dispense, Dieu l'a exercé directement, et de manière générale, en autorisant la répudiation pratiquée par le peuple juif (révélation à Moïse). De nos jours, Dieu

n'exerce plus personnellement et directement son pouvoir de dissolution ; il en délègue l'exercice à l'Eglise : « tout ce que vous délierez sur la terre sera délié dans les cieux ». C'est une application du « pouvoir vicaire » (ou « ministériel » ou « instrumental ») de l'Eglise, ainsi distingué de son pouvoir propre. (Elle l'exerce par le Pape, en ce qui concerne les dispenses de mariage.)

Telle est donc la justification doctrinale du pouvoir de dispense qui est utilisé par le Souverain Pontife. Actuellement il n'en use que pour les mariages non sacramentels ou non consommés ; la question est de savoir s'il pourrait l'utiliser de même en faveur des mariages sacramentels consommés. La réponse affirmative de certains théologiens ou canonistes (les uns pensant que pratiquement il est très improbable, voire non souhaitable qu'il le fasse, ce qui ici importe peu) est fondée sur divers arguments. L'essentiel se ramène à ceci : l'Eglise ne se trompe pas quand elle dissout les mariages sacramentels non consommés, et les mariages non sacramentels. Or la consommation ni la sacramentalité n'ajoutent rien à ce qui fait l'essence du mariage ; la consommation, puisque le mariage consommé mais non sacramentel peut être dissous ; la sacramentalité, puisque le mariage sacramentel non consommé peut être dissous. Enfin, ajoute-t-on, le symbolisme du mariage, savoir la figuration par l'union des époux de l'union du Christ et de l'Eglise (saint Paul), symbolisme qui, selon saint Thomas, n'atteint sa plénitude que dans le mariage sacramentel consommé, n'apporte lui non plus aucune limitation au pouvoir vicarial de l'Eglise. Ainsi l'Eglise qui ne se trompe pas en n'acceptant de ne dissoudre que les mariages non sacramentels et les mariages sacramentels non consommés, et en « liant » les autres, ne se tromperait pas non plus en acceptant de dissoudre également les mariages sacramentels consommés, en les « déliant » (d'autres auteurs disent que l'Eglise aurait pu ne pas les lier, mais que maintenant qu'elle les a liés, elle ne peut plus se dédire).

Cette argumentation a l'avantage fort appréciable de nous épargner les difficultés que j'ai cru pouvoir relever à propos des précédentes suggestions. Est-elle exempte de toute critique du point de vue théologique où elle se situe ? J'en doute un peu (ce serait trop commode !) mais je n'ai pas compétence pour en discuter. Deux petites remarques seulement : que ni la sacramentalité seule, ni la consommation seule n'ajoutent rien à la perfection du mariage prouve-t-il que les deux réunies n'y ajoutent rien, du moins au point de vue de l'indissolubilité ? On est d'autre part bien peu explicite sur la raison pour laquelle le symbolisme du mariage par référence à l'union du Christ et de l'Eglise ne limite pas le pouvoir vicarial de l'Eglise.

Sous réserve de ces deux observations, sommes-nous au bout de **nos peines ? Oui, assurément, si l'on accepte la justification doctrinale**

du système actuel de l'Eglise, avec la distinction entre indissolubilité intrinsèque et indissolubilité extrinsèque, et à l'intérieur de celle-ci la distinction entre dissolution par Dieu et dissolution par une autorité humaine, la première seule étant admise, avec enfin la délégation donnée par Dieu à l'Eglise, et à elle seule, pour exercer ce pouvoir de dissolution. Mais, quelle que soit l'autorité de ceux (Pie XII notamment) qui ont élaboré et développé cette argumentation, je ne puis pas m'y rallier sans de graves réserves.

II. — Réflexions critiques sur cette argumentation

Je souscris sans difficulté (j'y reviendrai plus loin) à l'affirmation de ce qu'on appelle l'indissolubilité « intrinsèque » du mariage, c'est-à-dire au rejet du divorce par répudiation unilatérale et par consentement mutuel. C'est pour l'indissolubilité « extrinsèque » que je me sens mal à l'aise avec l'argumentation proposée à l'appui du système actuel de l'Eglise (ou de l'extension qu'on suggère de lui donner). Il s'agit en somme de concilier deux affirmations qui semblent contradictoires : d'une part tout mariage est indissoluble, d'autre part l'Eglise dissout certains mariages (peu importe maintenant la question de savoir si elle pourrait les dissoudre tous). Tout se présente pour un profane comme si, pour aboutir à cette conciliation, on avait raisonné comme le fait un savant, un juriste en particulier, qui se livre à ce que les juristes appellent une « construction ». Le propre de la science est de chercher des explications « englobantes », qui rendent raison du plus grand nombre possible de faits, de règles juridiques concrètes. Alors, si de nouveaux faits, de nouvelles règles concrètes ne rentrent pas dans une explication commune déjà existante, on en cherche une autre, plus englobante, plus générale, qui résorbera la contradiction. Mais il y a là une grande part non seulement d'hypothèse, mais aussi parfois d'abstraction ; l'explication englobante n'est souvent qu'une pure création de l'esprit, une fiction ne correspondant à rien dans la réalité : « tout se passe comme si... ».

« Tout se passe comme si aucune autorité humaine ne pouvait dissoudre le mariage, mais que Dieu puisse le faire et délègue l'Eglise à cette fin », dira le « profane ». Il ajoutera : en réalité, vous restez en face d'un dilemme : ou le mariage est indissoluble, et alors Dieu ne peut pas le dissoudre ; ou il ne l'est pas, et alors pourquoi Dieu aurait-il le monopole de la dissolution ? La « construction » est ingénieuse, mais elle repose sur une fiction.

Il ne s'agit nullement d'une fiction, répondra-t-on, mais d'une réalité révélée par Dieu lui-même. Le mariage est sacré, et donc de l'unique compétence de Dieu, parce qu'il a été institué par Dieu lui-même

(Genèse, confirmé par « ce que Dieu a uni ... »), et Dieu lui-même est l'auteur de la loi d'indissolubilité, intrinsèque et extrinsèque (« ... que l'homme », c'est-à-dire non seulement les époux eux-mêmes, mais quelque autorité humaine que ce soit, « ne le sépare pas »); nous ne pouvons donc pas aller contre cette loi sans désobéir à Dieu lui-même. Par ailleurs, qui pourrait contester que le législateur ne puisse délier ses sujets du devoir d'obéissance, ou que l'une des parties à un contrat ne puisse délier l'autre partie de son obligation ? Cette réponse ne convaincra sans doute pas le profane ; profane ou pas, je ne suis en tout cas pas pleinement convaincu.

Institution du mariage par Dieu, oui, certes ; mais s'agit-il d'une institution séparée du reste de l'œuvre créatrice et « instituante » de Dieu, surajoutée à elle, détachable d'elle ? Je ne le pense pas. Le mariage institution dotée par Dieu d'une dignité particulière et éminente, sans aucun doute, à raison de sa finalité : procréation, épanouissement de l'amour que l'homme et la femme se portent. La procréation est d'une certaine manière une participation à l'œuvre créatrice de Dieu ; l'amour (y compris mais non exclusivement l'amour conjugal) est ce par quoi l'homme reproduit éminemment l'image de Dieu qui est amour ; l'amour conjugal a vocation à symboliser l'union d'amour du Christ et de son Eglise. Le mariage, institution « sacrée », pour toutes ces raisons, et en un certain sens, je veux bien ; mais non pourtant institution coupée de l'humain (une place éminente, bien entendu, est à faire au mariage sacramentel). De tout cela, je dirai plus loin les conséquences que l'on doit, à mon sens, tirer ; ce ne sont pas celles qu'on en tire dans la doctrine que j'analyse ; cela malgré l'appui qu'elle prend sur divers passages de l'Ecriture et notamment, pour ce qui est de la « délégation » donnée par Dieu, sur le verset de Matthieu « c'est à cause de la dureté de votre cœur que Moïse vous a permis de répudier vos femmes ».

Nous nous trouvons avec cette théologie en présence d'une application particulière d'une manière plus générale de raisonner à propos des pouvoirs, de la Toute-puissance, de Dieu. Il me paraît y avoir beaucoup d'anthropomorphisme dans cette « bureaucratie divine ». Je n'y retrouve guère Dieu, ni ses relations avec nous, qui sont d'amour et donc avant tout de l'ordre de la grâce, et je m'y sens bien perdu... Dieu légifère, promulgue des lois (on va jusqu'à chercher la date de leur promulgation, aucune loi n'étant obligatoire avant promulgation), conclut des contrats, donne des délégations pour accomplir en son nom ces divers actes (ici, c'est l'Eglise qui est déléguée ; en d'autres cas c'est l'autorité étatique...). Dieu se comporte ainsi comme un souverain temporel. Plus grave peut-être encore, comme un souverain du moyen âge, je veux dire selon les concepts juridiques admis à cette époque. Les lois sont des commandements

adressés par « le prince » à ses sujets, plus que des structures institutionnelles définissant des « compétences » (habilitations à agir), fixant des procédures d'action. Elles sont l'expression de la volonté subjective du législateur plus que l'ordonnancement objectif de la vie sociale en vue du bien commun formulé par l'autorité institutionnelle habilitée à cet effet. Leur autorité repose sur la supériorité de la volonté subjective du législateur sur les volontés des sujets et non sur cette habilitation institutionnelle (et comme, s'agissant du souverain temporel, on n'admet pas que sa volonté soit supérieure à celle des sujets, on dit qu'il est délégué par Dieu). De cette conception volontariste de la règle de droit, prise dans son ensemble, il résulte que l'auteur de la loi, et lui seul, peut dispenser le sujet de son obligation d'obéissance, ou déléguer quiconque pour accorder en son nom cette dispense [17].

Un tel système, fort éloigné à bien des égards, je pense, de ce qu'enseigne saint Thomas, est en tout cas incompatible avec ce que je crois, comme la plupart des juristes contemporains, être l'analyse exacte de la règle de droit. La discussion mettrait en cause quantité de notions de philosophie du droit et de technique juridique ; il ne peut pas être question d'ouvrir ici le débat [18]. Je me contenterai d'indiquer comment, selon cette philosophie du droit et cette technique juridique que je crois saines, je raisonnerais à propos de la règle de l'indissolubilité du mariage et des exceptions qu'elle peut comporter.

Selon les auteurs, je l'ai dit, la dispense accordée par Dieu est celle d'exécuter soit une obligation légale, soit une obligation contractuelle. La première manière de voir est plus importante, plus

17. Mêmes remarques à propos d'autres applications du pouvoir vicaire ou de son équivalent. Par exemple, on justifie la peine de mort de la manière suivante : la vie n'appartient qu'à Dieu, lui seul peut en disposer. « Pour la condamnation à mort, ... l'homme ne tue pas en son nom personnel, mais au nom de Dieu qui donne à l'autorité humaine le droit de condamner à mort le coupable d'un crime grave. Elle exerce donc un droit *sacré*. C'est pourquoi, à notre avis, on ne peut reconnaître à aucune autorité humaine le droit de condamner à mort, si on ne la considère pas comme recevant de Dieu une délégation qui fait d'elle une autorité *sacrée* » (TIBERGHIEN, *Médecine et morale*, Desclée et Cie, Paris-Tournai-Rome, s.d., *Imprimatur* de 1952, p. 154). Bien mieux (ou bien pire !) : « L'innocenticide n'est un acte intrinsèquement mauvais que parce que l'homme qui se donne le droit de tuer, en dehors du cas de crime, s'affirme, du moins implicitement, maître de la vie et de la mort et s'arroge illégitimement un droit réservé à Dieu. Mais on peut très bien admettre que dans certains cas particuliers, abstraitement indéterminables, Dieu, maître de la vie et de la mort, agissant en toute liberté, donne à l'individu, par une intervention spéciale, le droit de tuer » (ID., *ibid.*, p. 155 *in fine* et 156). Tout cela me semble proprement aberrant ! L'analyse du vœu en un contrat avec Dieu est moins angoissante. Je ne prétends pas relever toutes les applications du pouvoir vicaire, qu'il soit délégué par Dieu à l'Eglise ou à l'autorité étatique. Je précise seulement que je ne le mets en cause que dans les cas où il suppose cette « bureaucratie divine ».

18. Cfr mon article *Pour l'aggiornamento du droit canonique. La règle de droit en droit canonique*, dans *Revue de droit canonique*, t. XVIII (1968), n° 4.

souvent présentée, que la seconde. Je ne parlerai donc que de la première, notant simplement, à propos de la seconde, qu'il ne serait que très analogiquement possible de dire Dieu partie à ce contrat qu'est le mariage. Le problème, dans la perspective de l'obligation légale, est de savoir s'il existe une loi inconditionnelle d'indissolubilité, dont cependant Dieu, et lui seul (personnellement ou par délégation) pourrait dispenser.

Cette loi d'indissolubilité, non plus qu'aucune autre « loi » formulée par Dieu, ne saurait être, de sa part, un « caprice », ni une décision « égoïste » ; elle ne peut être détachée de notre bien suprême, la loi étant faite pour ceux qui lui sont soumis et non pour celui qui l'édicte. Elle ne saurait non plus être mal faite, inadéquate à sa fin. Tout ceci, qui est vrai (même si ce n'est pas vérifié toujours concrètement) de la loi humaine, l'est assurément, par définition et de manière transcendante, de la loi formulée par Dieu, qui est amour et sagesse. Nous devons donc être à même, avec notre raison éclairée par la foi, de comprendre le bien-fondé de la loi, d'en saisir la portée, dans la perspective de la finalité du mariage par rapport à notre accomplissement de personnes aimées de Dieu, appelées par Lui à la Béatitude. On est à cet égard frappé du peu de place fait, dans certains exposés, à cette recherche des exigences d'indissolubilité que le mariage comporterait par lui-même (je dirais exigences « intrinsèques » d'indissolubilité, mais ce terme d'« intrinsèque » est pris ici par les canonistes dans un autre sens, déjà indiqué plus haut, et je ne voudrais pas créer d'équivoque à son sujet).

Si dès lors nous jugeons, et puisque l'Eglise juge, en sa qualité d'interprète authentique de la nature et des exigences de ce destin, que certains mariages (d'aucuns voudraient que ce soient tous les mariages, peu importe pour ce que je dis ici) sont susceptibles de dissolution à certaines conditions, c'est que le principe en la matière — la « loi de Dieu » si l'on veut — n'est pas purement et simplement l'indissolubilité. *La possibilité de dissolution n'est pas extérieure à la loi, mais incluse en elle.* A partir de ce point, je poursuivrais mon raisonnement en deux étapes.

D'abord, toute loi est, par essence en quelque sorte (et sauf certaines décisions qui n'ont de loi que le nom, parce que prises par l'autorité législative), générale ; elle s'applique à des sujets non dénombrés ni dénombrables, et non à des individualités. Mais cette généralité n'est pas universalité. Ces sujets de la loi, non dénombrés ni dénombrables, ne sont pas nécessairement la totalité des sujets concevables ; il peut exister d'autres sujets, non dénombrés ni dénombrables eux non plus, auxquels s'appliquera une autre loi, différente (telle loi s'applique aux majeurs, telle autre aux mineurs ; les deux lois sont « générales », aucune des deux n'est « universelle »).

Il faut donc, si tous les mariages ne sont pas susceptibles de dissolution, dire quelles catégories de mariages le sont, et quelles ne le sont pas, donc dire en quoi les mariages sacramentels consommés diffèrent des autres ; question sur laquelle je ne veux pas prendre parti, mais qu'on ne peut pas éluder.

Vient maintenant la seconde étape de mon raisonnement : Pour les catégories de mariages qui sont susceptibles de dissolution (les seuls mariages non sacramentels et sacramentels non consommés, en l'état actuel du droit, tous les mariages selon le vœu de certains), il faut dire par qui, selon quelle procédure, à quelles conditions cette dissolution est possible. La loi, générale de son essence, n'est pas nécessairement universelle, ai-je dit. La formule a la signification que j'ai déjà dite ; elle en a une seconde, que voici : Certaines lois ne comportent pas, mais d'autres comportent des dérogations individuelles. Il en est ainsi lorsque celles-ci n'empêchent pas la loi d'atteindre son but mais au contraire l'aident à le faire plus exactement. Ces dérogations, ce sont les dispenses. La dispense apparaît ainsi comme une technique d'« administration du droit ». *Elle n'est pas quelque chose d'extérieur à l'application de la loi, mais l'une des modalités de celle-ci.* La détermination de l'autorité compétente pour accorder la dispense, des conditions et de la procédure de dispense, fait partie intégrante de la loi.

Tout ceci peut se résumer en peu de mots : Il y a, en matière de mariage, une loi générale, mais non universelle d'indissolubilité ; des dérogations individuelles sont possibles, par la procédure de dispense. Il faut à mon sens partir de là pour aboutir à un système d'ensemble cohérent, dans ses motifs et dans son dispositif. Le dispositif actuel est que seuls les mariages non sacramentels et les mariages sacramentels non consommés sont susceptibles de dispense ; il faut le motiver. D'autre part, certains souhaitent l'élargissement de ce dispositif, qui devrait étendre la possibilité de dispense à tous les mariages ; il faut dire si cela est possible, et pourquoi. Tout cela, sans recourir à la fiction du pouvoir vicaire et par une recherche pluri-disciplinaire, conduite sur plusieurs plans parallèlement. Il faut bien entendu que les conclusions, sur ces divers plans, soient convergentes ; si elles ne l'étaient pas, ce serait le signe que quelque chose dans les raisonnements aurait « cloché ». Je n'entends pas m'attaquer ici à l'ensemble du problème ; je me contenterai, en terminant, de souligner quelques points qui me semblent particulièrement importants.

III. — Jalons pour une recherche

On sera facilement d'accord, je pense, pour admettre que le « droit naturel » **ne s'oppose pas aux dérogations individuelles à la règle**

générale de l'indissolubilité ; l'Eglise l'admet, puisqu'elle accorde des dispenses ; encore l'analyse, je l'ai déjà souligné, est-elle parfois un peu sommaire, dans un sens ou dans l'autre [19].

Un second point est déjà plus délicat. Le dispositif actuel n'est-il pas immuablement fixé par le Magistère ? On pense avant tout au concile de Trente : canons 5 et 7 de la session XXIV, qui traitent de l'indissolubilité. Il est facile d'admettre que les condamnations ne visent pas les exceptions à l'indissolubilité déjà acquises (mariage sacramentel non consommé, privilège paulin) ; par la suite d'autres exceptions ont été progressivement admises, couvrant désormais tous les mariages non sacramentels : on y voit une extension du privilège paulin ; ce n'est sans doute pas inadmissible. Mais l'extension aux mariages sacramentels consommés, en sorte que tous les mariages

19. Il n'entre pas dans la perspective de cet article d'étudier pour elle-même cette question de l'indissolubilité du mariage au point de vue du droit naturel. J'ai souligné au texte que la plupart des auteurs admettaient la non-exigence de l'indissolubilité du mariage au point de vue du droit naturel, et que l'Eglise l'admettait aussi puisqu'elle dissout les mariages non consommés (ce qui ne prouve pas encore grand-chose, car on peut difficilement les équiparer rigoureusement aux mariages consommés, encore que des législations comme la législation française ne fassent de la non-consommation une cause de divorce que si elle est imputable à faute à l'un des époux) et les mariages non sacramentels (ce qui est beaucoup plus déterminant car, du point de vue du droit naturel, ils sont à équiparer aux mariages sacramentels). Une précision s'impose pourtant. On serait tenté de dire ceci : Le droit naturel n'impose pas l'indissolubilité du mariage, soit ; mais ne la conseille-t-il pas, au nom du bien commun ? Poser ainsi la question, c'est s'engager dans une recherche fort délicate ; est-il démontré que « si on entrouvre la porte celle-ci s'ouvre toute grande par la force des choses » ? (je ne pense pas que cette démonstration soit faite). Quels sont les effets néfastes spécifiques du remariage par rapport à ceux de la séparation des conjoints et à ceux de leur désunion même quand ils continuent à vivre ensemble? (je crois que toute réponse générale est impossible à apporter et qu'il ne saurait guère y avoir que des cas d'espèce). Cfr notamment les notes 3, 8, 9, *supra*.

Resterait aussi à se demander ceci : Quoi qu'il en soit du bien commun de la société « naturelle », le bien commun de l'Eglise (le bien commun spirituel des chrétiens) ne commande-t-il pas, ou ne conseille-t-il pas l'indissolubilité du mariage (sacramentel consommé)? N'est-ce pas là la raison fondamentale de l'attitude de l'Eglise ? Certains auteurs tendent à l'admettre ou du moins à le suggérer (cfr notamment J.-G. GERHARTZ, « L'indissolubilité du mariage et la dissolution du mariage dans la problématique actuelle », dans *Le lien matrimonial* (colloque de Strasbourg, travaux publiés par la *Revue de droit canonique*, 1971, fasc. 1-4, cité note 5, *supra*). Ce n'est en tout cas pas l'argument invoqué par les partisans du système actuel, ni discuté par ceux qui demandent l'extension de la dissolution à tous les mariages. Ce ne pourrait donc être qu'un ultime moyen de « sauver » le système actuel tout en écartant les arguments invoqués à son appui (« pouvoir vicaire », arguments d'ordre théologique, patristique ou scripturaire, etc.). Il n'est pas dans la perspective de mon article de discuter à mon tour de la question ; je me contenterai de cette remarque : Il semblera dur à un homme ou une femme jeunes, de qui le foyer est irrémédiablement brisé, de se voir voués au célibat et (théoriquement) à la chasteté perpétuels en holocauste au bien commun de l'Eglise. Sans doute faudrait-il que le bien commun fût engagé d'une manière particulièrement grave dans un cas déterminé. Telle est bien l'attitude de l'Eglise pour les mariages qu'elle **accepte de dissoudre.**

seraient désormais susceptibles de dispense ? On fait valoir la portée limitée de ces canons, qui ne viseraient que les erreurs des protestants, à savoir essentiellement, ici, l'incompétence de l'Eglise en matière de dissolution du mariage. Le canon 5 est formulé en termes généraux (« le lien du mariage peut être dissous... »), ce qui ne viserait que la dissolution par la volonté des époux ou de l'un d'eux, à l'exclusion de la dispense. Le canon 7 affirme simplement que l'Eglise ne se trompe pas en affirmant que le lien du mariage ne peut pas être dissous au cas d'adultère ; ceci encore ne viserait que la répudiation et en outre n'impliquerait pas que l'Eglise se tromperait en disant le contraire ; elle aurait la liberté de choisir sa discipline. Je laisse aux spécialistes le soin de trancher le débat. En juriste, je rappellerai simplement que *odiosa sunt restringenda,* et que d'autre part les textes doivent être, pour être interprétés sainement, replacés dans leur contexte ; ici, le contexte est ambigu, hélas : d'une part, souci de ne pas condamner des pratiques antérieures de l'Eglise, perspective orientée vers la condamnation des doctrines protestantes, mais d'autre part, sans nul doute semble-t-il, « climat » défavorable à la dissolution du mariage, c'est le moins que l'on puisse dire.

Ces difficultés soulignées, il me semble que les points suivants doivent être examinés séparément et successivement.

1. *Les mariages susceptibles de dispense*

L'Eglise accorde dispense pour les mariages, même sacramentels, non consommés, et pour les mariages non sacramentels, entre non-baptisés ou entre baptisé et non-baptisé, même consommés. *Facit, ergo potest.* Le dispositif n'est pas en cause. Mais il faut le motiver, si l'on écarte l'application du pouvoir vicaire. Une confrontation s'impose de ces solutions avec les textes du Nouveau Testament visant le divorce (Evangile, saint Paul). Qu'ils contiennent une directive morale de stabilité de l'union conjugale, personne n'en disconvient. Si l'on admet qu'ils formulent en outre une règle précise d'indissolubilité inconditionnelle du mariage (sur quoi je reviendrai plus loin), il faut se demander si cette règle couvre les hypothèses où l'Eglise accorde dispense. La réponse négative ne doit pas faire grande difficulté pour les mariages non consommés. Pas grande difficulté non plus, peut-être, pour les mariages conclus entre païens restant tels par la suite. Jésus-Christ et saint Paul parlent et écrivent pour... leurs auditeurs ou destinataires qui, par hypothèse, sont donc juifs ou chrétiens. Il est à remarquer que saint Paul n'envisage l'hypothèse de mariage entre deux païens que pour le cas où l'un d'eux se convertit par la suite au christianisme (*1 Co 7,* 12-16) et, selon l'interprétation, discutée du reste par certains exégètes, que donne l'Eglise de ce texte, pour autoriser la dissolution aux condi-

tions que l'on sait. Faut-il de ce texte induire que sauf conversion le mariage est indissoluble ? Je penserais plutôt que Paul ne se prononce pas en dehors de ce cas de conversion. Pourquoi légiférer pour ceux avec qui l'on n'a pas affaire ?

Le problème est plus complexe pour les mariages mixtes, entre juif ou chrétien et païen. Paul vise clairement l'hypothèse (*1 Co 7*, 12-16). Mais le domaine d'application de ce texte est discuté. Il vise certainement, selon l'interprétation qu'en donne l'Eglise, le cas de conversion au christianisme d'un conjoint païen au moment du mariage, et il permet le remariage du néophyte aux conditions que l'on sait ; pas de difficulté donc en ce cas. Mais vise-t-il aussi, certains paraissent l'admettre comme allant de soi, les mariages mixtes dès leur conclusion ? Diverses questions se posent : ces mariages sont-ils autorisés par Paul ? « Ne formez pas d'attelages disparates avec les incroyants » (*2 Co 6*, 14) : simple conseil, ou interdiction formelle ? En ce cas, vise-t-elle les mariages mixtes ? Les exégètes en discutent. Permis ou non, il devait bien y en avoir quelques-uns. Paul les passe-t-il simplement sous silence, parce qu'on ne lui a pas posé de questions à leur sujet, ou les traite-t-il de la même manière que les mariages devenant mixtes après leur conclusion, parce qu'il ne voit pas de raison de les traiter plus sévèrement ? En ce dernier cas, pas de difficulté non plus pour eux.

Jésus-Christ a-t-il visé les mariages mixtes dès leur conclusion ? Il semble bien qu'ils étaient interdits par la législation juive de son temps, encore que les textes de l'Ancien Testament manquent parfois de cohésion ou de précision à ce sujet (l'interdiction figure dans le droit du Talmud). Ils devaient exister en fait, mais sans être très nombreux. Paul, quand il parle de tels mariages (s'il les a visés, selon ce qui est dit plus haut) dit le faire en son nom personnel, sans ordre du Seigneur. Tout cela incite à penser que ces mariages étaient hors de la perspective de Jésus-Christ (à moins d'admettre qu'il a parlé pour d'autres que ses auditeurs, et que Paul ait eu conscience d'user de ce pouvoir vicaire formulé bien des siècles après lui, hypothèses assez peu vraisemblables à mon sens).

S'agissant à présent des mariages sacramentels consommés, la difficulté est assurément plus grande ; le dispositif est en cause. Diverses solutions sont présentées, qui doivent faire l'objet d'un examen sérieux au-delà du problème de la portée des canons de Trente. Certains s'inspirent des traditions des Eglises orientales séparées, qui ouvrent, distinctement ou cumulativement, deux voies. D'une part, on invoque la fameuse « incise de Matthieu » (« hormis le cas d'adultère ») qui comporterait une véritable exception au principe de l'indissolubilité. Je ne pense pas que ce soit là une « porte de sortie » satisfaisante. **Y a-t-il là une exception ? Dieu sait si on en a discuté et en discute**

encore, sur le plan de l'exégèse ; je me garderai d'apporter « mon interprétation » de ce passage. Mais l'exception, si exception il y a, est, à mon sens, et selon l'interprétation que l'on donne au texte, trop étroite ou trop large : l'adultère au sens précis du terme n'est à mon avis, souvent, et quelque importance qu'on lui attribue dans les devoirs entre époux, ni toujours nécessaire, ni toujours suffisant à justifier la dissolution du mariage ; il y a des infidélités qui peuvent et doivent être pardonnées parce qu'accidentelles et, par ailleurs, il y a des causes de brisure de l'union d'amour en dehors de tout adultère. Si au contraire on glisse de l'adultère au sens précis à toutes les fautes que l'un des époux peut commettre envers l'autre, l'exception prend le pas sur la règle et il ne faut plus parler de règle (outre que l'union d'amour peut être brisée sans fautes caractérisées des époux l'un envers l'autre). D'autre part, on fait appel à l'« économie », à la « miséricorde », au nom de laquelle la dissolution devrait être possible malgré le principe de l'indissolubilité. Mais si le mariage peut être dissous par miséricorde, n'est-ce pas qu'il n'est pas inconditionnellement indissoluble ; et s'il l'est, comment y aurait-il place pour la miséricorde ? Je vois mal comment échapper au dilemme.

Une autre solution se présente, plus radicale, plus simple aussi. Elle repose (sans le dire explicitement, ce qui ne clarifie pas son exposé par certains auteurs) sur la distinction que j'ai proposée au début de cette étude entre deux définitions du mariage : définition que j'ai appelée existentielle, le mariage est l'union d'amour entre l'homme et la femme ; définition institutionnelle, juridique, le mariage est un « statut », l'ensemble des droits et devoirs qui lient l'homme et la femme, entre eux, entre eux et la société, entre eux et leurs enfants, quand la société prend en charge leur union d'amour. Je l'ai dit, cette union d'amour a vocation à la permanence, mais elle arrive, ou n'arrive pas, à cette permanence. Il serait équivoque de parler d'« indissolubilité » de cette union d'amour, puisqu'elle peut, de fait, rester stable ou non, et que le terme d'indissolubilité est un terme juridique. Le problème discuté est de savoir si, l'union d'amour n'existant plus, le statut conjugal doit être maintenu ou peut être brisé à certaines conditions. Affirmer l'indissolubilité du mariage, c'est répondre par la négative à cette question et dire que le lien institutionnel ne peut pas être rompu, même si l'union d'amour est de fait brisée. Ceci posé, on a communément admis jusqu'à présent que les paroles de Jésus-Christ rapportées par l'Evangile visaient la rupture du lien institutionnel et condamnaient le divorce, qui se définit comme cette rupture du lien institutionnel, contenaient donc une règle juridique.

C'est cette interprétation traditionnelle que certains mettent aujourd'hui en cause. Fondamentalement (si du moins j'interprète correc-

tement la thèse défendue), Jésus-Christ aurait visé l'union d'amour et non le lien institutionnel : Restez unis par l'amour. Secondairement, en quelque sorte, il aurait donné une directive, mais non plus une règle précise, sur le plan juridique et institutionnel : puisque vous devez faire tous vos efforts pour ne pas briser l'union d'amour, vous devez également ne pas rompre à la légère le lien institutionnel. Cette « paraphrase » des paroles de Jésus-Christ laisserait le champ libre pour une rupture du lien institutionnel lorsque, de fait (et surtout, mais non exclusivement sans doute, par la faute de l'un des époux) l'union d'amour se trouve brisée malgré l'idéal de permanence de cette union formulé par Jésus-Christ. Interprétation, « paraphrase », qui sembleront hardies, notamment sur la base du texte de saint Paul qui, dans le passage cité plus haut, parle d'« ordre » du Seigneur et vise bien nettement le lien institutionnel et non simplement l'union d'amour. Aux exégètes de trancher le débat.

Si l'on récuse cette solution, une dernière voie se présente. Le divorce condamné par Jésus-Christ et saint Paul, ce serait seulement celui connu de leur temps, la répudiation unilatérale pour Jésus-Christ, et, en outre, pour saint Paul le divorce par consentement mutuel. Ainsi l'« homme » qui ne doit pas « séparer ce que Dieu a uni », ce serait, pour Jésus-Christ, le mari, pour Paul ce seraient les deux époux, ensemble ou séparément. Je ne prends pas parti, je laisse ce soin aux exégètes. Ils ne peuvent pas ne pas répondre à cette question, qui est en même temps d'ordre théologique : quand il a parlé, Jésus-Christ a-t-il fait seulement usage de ses connaissances humaines ? En ce cas, comment aurait-il pu avoir en vue le divorce tel que le connaissent la plupart des civilisations contemporaines, avec intervention déterminante de l'autorité publique, et donc fort éloigné de la répudiation unilatérale des juifs de son temps et aussi, du reste, du divorce par consentement mutuel sans guère d'intervention de cette autorité publique, du monde païen méditerranéen ? Ou bien a-t-il fait appel à ses science et prescience divines ? Au premier cas on s'expliquerait encore qu'il ait renvoyé dos à dos les disciples de Shammaï et Hillel, qui « ergotaient » un peu sur des « pointes d'aiguilles ».

Quant aux Pères de l'Eglise, eux aussi auraient disserté uniquement sur la répudiation unilatérale et le divorce par consentement mutuel et, dans ce cadre, sur la portée de l'incise de Matthieu. Certains auteurs émettent cette opinion, tandis que d'autres nient, plus radicalement, que les Pères aient formellement condamné le divorce (de quoi je ne veux pas débattre). Le fait, en tout cas, est bien que le divorce dont les Pères ont discuté n'est pas celui que l'on trouve **aujourd'hui dans la plupart des législations étatiques.**

Si l'on arrivait à résoudre les difficultés que je viens de soulever, un « débloquage » du problème serait réalisé. Sans avoir besoin de recourir à la théorie du pouvoir vicaire, on pourrait admettre le divorce pour les mariages non sacramentels et pour les mariages sacramentels non consommés ; les théologiens auraient le champ libre pour dire si la sacramentalité du mariage conclu entre baptisés et consommé s'oppose par elle-même à leur dissolution. D'autres difficultés restent d'ailleurs à examiner, pour les mariages dont la dissolution est admise.

2. Modalités de la dissolution

On sera volontiers d'accord pour écarter le divorce par répudiation unilatérale, même si Jésus-Christ ne l'a pas explicitement condamné (si donc il n'a donné qu'une directive morale visant la permanence de l'union d'amour), et aussi le divorce par consentement mutuel, du moins « à l'état pur » (sans aucun contrôle de l'autorité publique). Le mariage comme institution ne peut pas laisser la société indifférente ; elle le prend en charge (c'est même comme union d'amour prise en charge par la société que l'on peut peut-être le mieux définir le mariage en tant qu'institution), elle en fixe les conditions, la structure, à raison de son importance sociale. Elle ne saurait donc abandonner sa dissolution (si on en admet le principe) au caprice des époux, à plus forte raison à la volonté de l'un d'eux seulement. Deux questions restent cependant à résoudre.

a) L'autorité compétente pour prononcer la dissolution.

En ce qui concerne les mariages entre catholiques (non consommés, ou consommés si l'on en arrive à admettre leur dissolution), la compétence ne peut appartenir, du point de vue de l'Eglise, qu'à elle-même. Point n'est nécessaire pour justifier cette solution de recourir au pouvoir vicaire. L'Eglise ne peut pas ne pas avoir sa législation sur le mariage pour ceux qui sont ses sujets et la concession de la dispense est une mesure d'administration du droit. La sacramentalité du mariage, dans cette perspective, est une raison supplémentaire de cette solution (je laisse de côté la question de la « juridiction » de l'Eglise sur les baptisés non catholiques).

Sans examiner toutes les hypothèses qui peuvent se présenter au cas de mariage conclu entre d'autres que deux catholiques (notamment le mariage entre un catholique et un non-baptisé), je m'en tiens maintenant à celle d'un mariage entre deux non-baptisés. On sait que la doctrine traditionnelle réserve à l'Eglise la dissolution de tous **les mariages, y compris ces derniers : Dieu a seul juridiction en**

matière de dissolution du mariage et délègue à la seule Eglise l'exercice de son pouvoir. Je ne me rallie évidemment pas à ce point de vue : outre ce que j'ai déjà dit de cette intervention de Dieu en un domaine juridique, comment faire accepter cette doctrine par qui ne croit peut-être pas en Dieu, et en tout cas, par hypothèse, récuse l'Eglise comme déléguée de Dieu ? Pourquoi demanderait-il à l'Eglise la dispense ? Dans ces conditions, on en arrive avec la doctrine classique à ce résultat que ces mariages sont *de fait* rigoureusement indissolubles, sans les exceptions dont peuvent bénéficier ceux qui admettent la juridiction de l'Eglise, et avec les conséquences que cela comporte : toute dissolution du mariage par quelque autorité que ce soit (autre que l'Eglise) sera tenue par l'Eglise pour nulle et non avenue, donc nulle toute nouvelle union conjugale et illégitimes les enfants qui en naîtraient, etc. Ce ne sont là, heureusement, que des conséquences purement canoniques, qui n'auront guère d'importance aux yeux des intéressés, et dont il sera possible, le cas échéant, de ne pas tirer toutes les conséquences pastorales qu'elles devraient normalement comporter. Il reste que, « pour l'honneur... ».

On ne peut échapper à ce paradoxe que de la manière suivante, qui est parfaitement juridique et, me semble-t-il, théologique dans une perspective de liberté religieuse : l'autorité compétente pour prononcer la dissolution du mariage est, pour chaque couple, celle dont se réclament les époux (je laisse de côté l'hypothèse où les deux conjoints ne se réclament pas de la même autorité, en précisant qu'elle ne soulève pas de difficultés insolubles). Mais immédiatement une précision s'impose, qui est de nature à rassurer au moins partiellement ceux que mon assertion effraierait. Si, après dissolution du mariage, l'un des anciens époux veut contracter une nouvelle union, cette fois avec un catholique, l'Eglise a le droit et le devoir de s'assurer que cette dissolution a été prononcée conformément à son propre droit, c'est-à-dire de se réserver de donner l'« exsequatur » à cette décision de dissolution, voire (ce qui revient pratiquement au même) d'instruire à nouveau la cause et de prononcer elle-même, pour son propre compte, la dissolution.

Cette manière de voir est conforme aux principes admis par les juristes de droit étatique en matière de « conflits de lois » (ou de juridictions). On cherche quelle est la loi normalement compétente pour régir une situation juridique donnée ; ce peut être une loi « étrangère ». Mais il arrive que l'« ordre public » soit en jeu dans le litige envisagé ; en un tel cas, à la loi étrangère normalement compétente, on substitue la loi « nationale », au nom des exigences de l'ordre public. Très certainement la matière du mariage en général et plus précisément ici des causes et des modalités de dissolution du **mariage, font partie de l'ordre public. Il est sans grand intérêt de**

se demander si tel divorce est ou non juridiquement valide « en soi », il faut rechercher s'il l'est au regard de telle ou telle législation ; mais il n'y a intérêt à le faire que si ce divorce est invoqué en vue d'un statut juridique (état libre) au regard d'une législation autre que celle sous l'empire de laquelle il a été prononcé [20]. Le jugement moral que l'on peut porter sur les divers systèmes est tout autre chose.

b) Les conditions de la dispense.

Il s'agit ici de rechercher quelle causes de dissolution du mariage sont à accepter, dans les cas où cette dissolution est admise. L'Ecriture ni la Tradition ne sont d'un grand secours ; je l'ai déjà dit, l'adultère ne devrait, à mon sens, être ni une cause nécessaire, ni une cause suffisante. On trouve dans les législations contemporaines une assez grande diversité. Le divorce par consentement mutuel est parfois admis, mais avec un contrôle plus ou moins étroit de l'autorité publique, et il est avéré que si la réglementation est stricte, cette cause de divorce n'entraîne pas nécessairement un foisonnement alarmant (l'essentiel est que le contrôle soit suffisant pour prévenir les décisions hâtives et ne pas empêcher les réconciliations qui sont encore possibles). Le point le plus important à souligner ici est celui-ci. La législation française en la matière est sans doute une des plus sévères, dans sa lettre et dans son esprit (ce n'est malheureusement pas ainsi qu'elle est d'ordinaire appliquée) ; le divorce n'est en effet possible (en dehors de l'adultère et de la condamnation de l'un des conjoints à une peine afflictive et infamante, cas assez rarement invoqués) qu'à des conditions rigoureuses : il faut une « injure grave » de l'un des époux envers l'autre, et il faut en outre que celle-ci rende intolérable le maintien du lien conjugal. Le législateur a admis ensemble deux conceptions du divorce, le « divorce-sanction » et le « divorce-constat de faillite », en exigeant que la faillite du ménage résulte d'une faute de l'un des époux envers l'autre. On peut trouver ce système trop sévère, en ce que des faillites irréversibles peuvent ne pas provenir d'une « injure grave ». Le système pratiqué par l'Eglise (dans les cas où elle accepte la dissolution du mariage) est plus libéral, il correspond à la conception du divorce-faillite sans l'adjonction du divorce-sanction. Il faut en effet avant tout que la réconciliation des époux soit impossible (c'est le constat de faillite), et que la faculté de remariage soit souhaitable pour les conjoints (ou l'un d'eux) (mais il doit être bien rare, la demande de dispense ayant été présentée, qu'un remariage ne puisse

20. J'ai développé un peu cette argumentation dans un article *Le champ d'application du droit canonique*, à paraître prochainement dans *Revue de droit canonique*.

pas être jugé souhaitable sans nuire par ailleurs au bien commun)[21]. La recherche des causes de la mésentente semble bien être prise en considération avant tout pour éclairer ces points. Cette manière de voir très réaliste me paraît à approuver sans réserve.

*
* *

Ma conclusion ne peut être que brève : il faut « prendre le taureau par les cornes », aborder de front le problème de l'indissolubilité du mariage et non l'escamoter comme, me semble-t-il, on a parfois, dans un sens ou dans l'autre, tendance à le faire; *est, est, non, non.* Mon propos n'était pas autre que de souligner ces dérobades ici ou là. J'ai pleinement conscience d'avoir soulevé beaucoup plus de problèmes que je n'en ai résolu, mais je ne pense pas avoir à m'en excuser, dans la perspective où je m'étais placé. Ce qui me frappe, dans ma position de juriste, profane en la plupart des domaines en cause ici, c'est l'ampleur des difficultés à résoudre. L'Eglise d'aujourd'hui ne peut pas faire fi de l'Ecriture ni de la Tradition, ni des décisions du Magistère. Mais le contexte actuel est très différent des contextes de chacune des époques où ces documents ont vu le jour. Notre conception du mariage, nos « catégories juridiques », notre civilisation, nos aspirations d'aujourd'hui ne sont pas celles d'il y a cinq, dix, vingt siècles. Que d'interprétations conjecturales ! Que de transpositions à faire, et quelle difficulté à les faire sans déformer, majorer ou minimiser ! Comment échapper à la fois au fixisme et au « juridisme » stériles d'une part, au relativisme d'autre part ?

31 - Toulouse
Institut Catholique
31, rue de la Fonderie

Louis DE NAUROIS
Professeur à la Faculté
de droit canonique

21. De fait, la dissolution n'est prononcée qu'à la demande de l'un des époux ; de droit, le canon 1119 prévoit pour le cas de non-consommation (en dehors de la dissolution de plein droit, si l'un des époux fait profession solennelle) que la dispense est accordée par le Saint-Siège à la demande des deux parties ou à la demande de l'une d'entre elles, l'autre s'y opposât-elle. Cependant, dit-on (NAZ, *Traité de droit canonique*, t. II, *Des sacrements*, par C. DE CLERCQ, 1re éd., s.d. (1948), p. 396), « Pour le bien supérieur des âmes, le Pape pourrait prononcer la dissolution même contre le gré des deux parties ». Cette opinion me semble, non seulement parfaitement irréaliste, mais inacceptable. Sans doute n'existe-t-il pas d'autorité à qui l'on puisse en appeler d'une décision du Pape ; il n'en est pas moins tenu au respect du droit naturel et de la finalité en vue de laquelle il détient ses pouvoirs. Prononcer la dissolution du mariage contre le gré des deux conjoints serait, me semble-t-il, aller à l'encontre de ces deux règles.