NOUVELLE REVUE THÉOLOGIQUE

120 N° 4 Octobre-Décembre 1998

Les nouvelles tensions du concept de mariage. Enjeux du pluralisme pour une théologie des droits civil et canonique

L.-L. CHRISTIANS

p. 564 - 589

https://www.nrt.be/fr/articles/les-nouvelles-tensions-du-concept-de-mariage-enjeux-du-pluralisme-pour-une-theologie-des-droits-civil-et-canonique-82

Tous droits réservés. © Nouvelle revue théologique 2026

Les nouvelles tensions du concept de mariage

ENJEUX DU PLURALISME POUR UNE THÉOLOGIE DES DROITS CIVIL ET CANONIQUE

Les discussions actuelles concernant les «unions civile ou sociale», les «pactes d'intérêt commun», la «cohabitation légale», questionnent forcément l'Église et la théologie. Assistons-nous à une déconstruction de la notion de mariage? «Il n'y a de mariage qu'entre un homme et une femme»: cette évidence elle-même semble remise en question par la prétention des unions homosexuelles à une reconnaissance publique, assimilée *au mariage.*

L'auteur de l'article qu'on va lire fait voir d'une manière très concrète et très précise le travail actuel de déconstruction du concept classique de mariage, mais il en montre aussi les limites. Non seulement du côté de l'Église, mais aussi du côté du droit civil, se font jour des résistances à cette déconstruction. «Pour l'heure, l'hétérosexualité et la monogamie du mariage demeurent encore affirmées.»

L'institution matrimoniale elle-même n'en reste pas moins traversée par le courant puissant d'individualisme de notre époque, et partant par un dynamisme de «contractualisation et de privatisation». Du même coup, le mariage civil, comme institution, se trouve comme vidé de tout contenu réel.

L'évolution juridique conduit-elle à une «pluralisation instituée des formes de vie» (mariage religieux, — catholique ou non, — monogame ou polygame, — unions et cohabitations homosexuelles ou communautaires mixtes, etc.)?

L'intérêt de cet article est qu'il tente de dénouer la complexité des tensions qui traversent aujourd'hui le concept de mariage — dans la société et dans l'Église elle-même, dans le droit civil et dans la jurisprudence canonique —, et qu'il en imagine les diverses issues possibles.

L'Église ne considère pas le mariage comme une réalité privée. Elle ne peut se résoudre à n'en parler que pour les catholiques. Son devoir missionnaire l'oblige à s'adresser, au sujet du mariage, à la société civile elle-même et à porter par conséquent un jugement sur ce qui se met en place dans l'État. Sa parole ne sera juste et efficace que si elle s'appuie sur une analyse de ce qui se passe au niveau du droit.

Les pages qui suivent aideront, croyons-nous, les pasteurs et les théologiens à trouver cette parole adéquate. L'importance du sujet nous a semblé justifier une dérogation aux normes habituelles de publication dans notre revue, en ce qui concerne la longueur de l'article et la technicité de son langage.

La rédaction

*
* *

L'Église catholique rappelle dans la formule à la fois simple et forte du premier paragraphe du canon 1055 du Code de droit canonique que l'alliance matrimoniale est celle par «laquelle un homme et une femme constituent entre eux une communauté de toute la vie ordonnée par son caractère naturel au bien des conjoints ainsi qu'à la génération et à l'éducation des enfants». Cette alliance, poursuit le canon, «a été élevée entre baptisés par le Christ Seigneur à la dignité de sacrement»[1].

Le mariage est ainsi un signe et une réalité uniques, lieu d'engagement et de création, lien de grâce et de sainteté au regard de l'Église. Mais l'on ne peut oublier qu'il a aussi été, dans l'histoire occidentale, le lieu d'imbrication complexe de deux systèmes normatifs concurrents. Le second paragraphe du même canon 1055 en maintient la trace sans plus attendre: la thèse qu'il rappelle de l'inséparabilité du mariage-contrat et du mariage-sacrement, avant de recouvrir d'autres polémiques, est le signe du conflit qui a longtemps opposé l'Église catholique à l'État et qui constitue l'un des fils conducteurs les plus apparents de l'histoire de bien des droits de l'Europe moderne[2]. Pour sa part, l'Église condamna toute emprise de l'État sur l'institution du mariage et confirma, par l'imposition d'une forme canonique, le rejet du mariage civil des catholiques. Pour affirmer son existence, l'État entendit quant à lui supplanter l'Église dans les domaines où elle avait longtemps régné. Le mariage en fut un champ privilégié. Par la théorie de la

1. Cf. p. ex. C.J. SCICLUNA, *The Essential Definition of Marriage According to 1917 and 1983 Codes of Canon Law. An Exegetical and Comparative Study*, Washington, University Press of America, 1995, 380 p.

2. Cf. p. ex. J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit*, **Paris, Cerf, 1987, 520 p.**

séparabilité du sacrement et du contrat, le projet de la modernité fut de décoloniser la sphère publique de ses empreintes religieuses et de séparer radicalement le «religieux» du «profane» pour faire de ce dernier le champ de la seule souveraineté de l'État. C'est ainsi que, à la suite du droit français, le droit belge allait imposer une cérémonie purement civile du mariage, affirmer la dissolubilité de ce dernier et adopter comme principe d'ignorer l'union religieuse.

Que ces deux mondes normatifs aient pu donner à croire ainsi à leur clôture radicale n'étonne pas. Ce dogme d'une étanchéité sans faille fut toutefois bien moins assuré dans la réalité qu'il ne l'a été dans son énoncé abstrait[3]. Il en va de deux raisons essentielles. La première tient à l'élaboration et à la légitimité même des normes de l'État, enracinées dans une histoire et un contexte social qui entremêlaient de façon inextricable traditions européenne et chrétienne. La justification des normes d'État, fût-ce par contraste, traduisit leur parenté et leur commensurabilité avec celles de l'Église. Ainsi, la dissolubilité du mariage n'en supprima-t-elle pas la permanence de principe. De lourdes procédures vinrent entraver de trop faciles ruptures. Toute séparation des conjoints fut encadrée et, d'une certaine façon, limitée. Des conséquences financières furent fréquemment adjointes qui pérennisèrent à leur façon l'union conjugale même rompue.

Une relative identité de contextes pourrait en partie expliquer la similitude de certaines évolutions des droits matrimoniaux civil et canonique. Ainsi pourrait-il en aller de la définition du mariage comme «communauté de vie» introduite dans le Code de droit canonique en 1983 mais aussi dans le Code civil français dès 1975. Les mêmes textes reconnurent également comme cause de nullité de mariage l'erreur sur les qualités essentielles du conjoint, cause ignorée jusque là tant par le droit civil que par le droit canonique. Ces rapprochements ne sont pas purement fortuits et montrent en tout cas qu'il serait hâtif de réduire le Code civil français de 1975 au seul rétablissement du divorce par consentement mutuel et, en cela, à une rupture totale entre les modèles civil et canonique.

Pour le surplus, ces modèles ont continué à tout le moins à coexister. On touche ici à la seconde raison qui explique le main-

3. Cf. p. ex. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, ***Marriage and Religion in Europe***, **Milano, Giuffré, 1993; F. TERRE e.a., *Mariage civil et mariage canonique*, Paris, Téqui, 1986.**

tien d'une osmose certaine, quoique d'une autre nature, entre les droits civil et canonique du mariage. Elle relève de l'application des normes et non plus, à proprement parler, de leur élaboration. C'est que la mise en œuvre de toute règle suppose en réalité non une transposition mécanique de la règle au fait mais sa confrontation dynamique aux contextes concrets de chaque histoire de vie. Or chacun de ces contextes peut articuler plusieurs référents normatifs, notamment religieux et civil. Dissocier ceux-ci sera d'autant plus malaisé que l'unité psychologique de tout projet matrimonial les conjoindra de façon étroite. Ainsi, est classique la jurisprudence civile qui retient comme cause de divorce pour injure le refus de la célébration religieuse que s'étaient promise les conjoints[4]. De même, la jurisprudence française a-t-elle pu retenir comme qualité essentielle du conjoint, la conformité de l'état matrimonial de celui-ci aux exigences de la foi catholique.

Il en va de même au sein de l'Église. Le mariage civil, même entre catholiques, n'est pas ignoré de façon aussi absolue qu'on pourrait le croire. Distingué d'un simple concubinage, il est reconnu dans la volonté de permanence et de stabilité qu'il traduit[5]. Il est aussi considéré dans les obligations propres qu'il entraîne[6]. L'application de la norme aux cas d'espèce ne fait ainsi que rarement l'économie de toute prise en compte des diverses prescriptions qui s'y cristallisent. Le trait essentiel de cette forme d'internormativité, outre la nature diffuse de son efficacité, réside

4. En revanche, semble plus incertaine la jurisprudence française relative à la «clause de dureté», disposition légale sur base de laquelle il a pu être admis qu'un conjoint s'oppose au prononcé d'un divorce pour séparation de fait en invoquant la souffrance que lui causerait cette atteinte au principe religieux de l'indissolubilité de son mariage. Un certain nombre de décisions dénient cependant à la partie catholique cette souffrance psychologique en se fondant sur ce que le prononcé du divorce civil n'altèrera pas le mariage religieux. Cf. P. BARBIER, *Le divorce, la religion et l'exceptionnelle dureté au sens de l'article 240 du Code civil*, dans *Gazette du Palais*, 1987, I, Doctrine, p. 273.

5. Cf. JEAN-PAUL II, Exhortation Apostolique «Familiaris Consortio», 1981, n° 82, dans *Doc. Cath.* 79 (1982) 32; cf. déjà la jurisprudence rotale antérieure, p. ex. la sentence «Coram Canals» du 21 avril 1970, dans *Il Diritto Ecclesiastico* 81 (1970) 7-8.

6. Cf. aussi le canon 1071 du Code latin de 1983, qui interdit l'assistance à un mariage canonique qui ne pourrait être célébré selon la loi civile. Par contraste, on rappellera que le mariage civil est reconnu directement et dans ses pleins effets à l'égard des unions entre non-baptisés et aussi, selon le droit des Églises catholiques orientales, à l'égard des unions entre baptisés non catholiques appartenant à des communautés ecclésiales dépourvues de disciplines propres. Par contre, la dissolubilité des unions demeure soumise pour l'Église au seul droit canonique

dans son caractère de mosaïque: c'est en effet au gré de la jurisprudence et des seules circonstances d'espèce que s'effectue l'adaptation décrite.

Au-delà des dissemblances des modèles matrimoniaux civil et canonique, le double mouvement que l'on a retracé, d'enracinement historique et d'adaptation jurisprudentielle, a maintenu ces modèles dans un paradigme commun qui pourrait toutefois être bien plus compromis dans le futur qu'il ne l'a été jusqu'à présent.

Il en va d'un premier mouvement qui a consisté à donner des effets juridiques croissants aux relations de concubinage. Certes ces effets furent d'abord[7] tournés contre les concubins, «sanction» par le droit de leur illégitimité plutôt que «consécration» de leur statut. Lorsque, ensuite, ils furent plus favorables, et notamment par l'égalisation des filiations légitime et naturelle qui est venue soustraire les droits de l'enfant à la distinction des modes de vie, ils n'en maintinrent pas moins le concubinage dans son rang de fait juridique sans lui assurer aucune institutionnalisation — c'est bien de concubinage qu'il a continué à être question, non de concubinat. En ce sens, c'est toujours au passé que la jurisprudence a rencontré la question du concubinage, «l'organisant moins que le liquidant». Une différence capitale a toujours subsisté comme l'observait le Doyen Carbonnier: «c'est que l'institution du mariage est tournée vers l'avenir, que, dès le début, les époux sont liés dans une situation organisée pour durer, tandis que le concubinage, lui, n'apparaît en général, qu'à l'instant où il disparaît.» Ce sont précisément ces traits du concubinage qui sont aujourd'hui en question.

La question homosexuelle venue récemment complexifier à son tour la réflexion juridique n'y est pas étrangère. À l'intervention de groupes de pression tout autant minoritaires qu'actifs, bénéficiant notamment des acquis anti-discriminatoires liés aux dérives qu'avait suscitées à l'origine l'endémie du sida, diverses proposi-

---

7. Les expressions utilisées dans ce paragraphe entre guillemets sont de J. CARBONNIER, «Terre et ciel dans le droit français du mariage», dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*. Études offertes à G. Ripert, t. I, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 326, spécialement p. 340-341.

8. Cf. *Homosexualités et droit*, édit. D. BORILLO, coll. Les voies du droit, Paris, P.U.F., 1998, 328 p.; F. LEROY-FORGEOT, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris, P.U.F., 1997, spécialement p. 101 s.

9. Cf. p. ex. A.H. FRIEDMAN, *Same-Sex Marriage and the Right to Privacy: Abandoning Scriptural, Canonical, and Natural Law Based Definitions of Marriage*, dans *Howard Law Journal* 35 (1992) 173.

tions ont été faites en Europe[8] ou aux États-Unis[9] de rendre accessible aux «couples homosexuels» l'institution de mariage[10] ou, tout au moins, les droits et garanties nouvelles du concubinage. Ce dernier présentait cependant deux caractéristiques estimées insuffisantes: l'absence de reconnaissance institutionnelle qui y est associée et, plus encore la relégation à un régime «déprécié» qu'elle assurerait aux couples homosexuels.

Les réponses du Magistère catholique à cette évolution sont connues. Elles sont hostiles à la déconstruction des concepts de mariage et de famille qui y sont à l'œuvre. On rappellera ainsi les termes de la déclaration du Pape Jean-Paul II à la suite d'une résolution du Parlement européen du 8 février 1994 en faveur de la reconnaissance légale des unions homosexuelles: cette résolution «n'a pas simplement pris la défense des personnes à tendances homosexuelles, refusant d'injustes discriminations à leur égard. Sur ce point l'Église elle aussi est d'accord, et même elle l'approuve, elle le fait sien, car toute personne est digne de respect. Ce qui n'est pas admissible moralement, c'est l'approbation juridique de la pratique homosexuelle[11].»

---

10. Depuis que la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 25 mars 1992 (*Recueil*, n° 232-C; *La semaine juridique*, 1992, II, n° 21955, note Garé) a reconnu le transsexualisme, se pose en des termes différents l'accès au mariage de ceux dont le changement de sexe a été acté civilement. La littérature juridique demeure partagée sur cet effet que l'on n'examinera pas plus avant dans ces pages: cf. les observations et les références faites par S. GRATALOUP, sous l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 22 avril 1997, *Recueil Dalloz*, 1997, II, p. 583.

11. JEAN-PAUL II, Allocution lors de l'Angélus du 20 février 1994, *Homosexualité: une résolution «moralement inadmissible» du Parlement européen*, dans *Doc. Cath.* 91 (1994) 307-308. On renverra également à la déclaration faite par la Commission épiscopale française de la famille, le 6 juin 1996, *À propos de «certificats de cohabitation» délivrés à des personnes homosexuelles*, dans *Doc Cath.* 93 (1996) 648: «La compréhension des situations des personnes homosexuelles ne justifie pas pour autant de satisfaire à des revendications qui fissurent la cohésion sociale et la cellule familiale.» Cf. les observations de la Congrégation pour la doctrine de la foi, du 23 juillet 1992, au sujet des propositions de loi sur la non-discrimination des personnes homosexuelles, dans *Doc. Cath.* 89 (1992) 783-785 et l'ouvrage collectif *Christian Anthropology and Homosexuality* (Reprint de *L'Osservatore Romano*), Città del Vaticano, 1997; G.D. COLEMAN, *Homosexuality: Catholic Teaching and Pastoral Practice*, Mahwah, NJ, Paulist Press, 1995. Pour une approche canonique, G. CANDELIER, *Homosexualité et incapacité de donner un consentement matrimonial valide*, dans *Monitor Ecclesiasticus* 111 (1985-1986) 305-317.

À bien y observer, les propositions de loi discutées en France[12] ou partiellement adoptées en Belgique sur la cohabitation légale[13] ont été plus attentives qu'il n'y paraît à cette tension entre l'égale dignité des personnes et leur protection d'une part, et les limites de la «reconnaissance» publique que le droit pourrait apporter aux modes de vie que ces personnes mènent. La nature de ces limites est toutefois devenue ambigüe. On sait en effet à quel point est aujourd'hui débattue l'imputation de toute portée morale à un système de droit positif qui prétend demeurer «neutre» face aux conceptions controversées du bien. L'opportunité d'une reconnaissance civile ne se donnerait dès lors plus pour axiologique[14]. Le débat en serait toutefois peut-être moins modifié que déplacé. À supposer même, en effet, que les valeurs du «bien» soient appelées à relever de l'autonomie «privée» et les conceptions du «juste» à concerner seules la sphère publique, c'est précisément à la façon dont seront circonscrits les champs du «bien» et du «juste», et donc du privé et du public, qu'il conviendrait alors de porter son attention et son jugement.

Or, précisément, l'évolution actuelle du droit semble conduire l'État moins à un travestissement du concept-même de mariage (première partie), qu'à une révision des modalités de traitement des frontières du privé et du public. La quête de «reconnaissance» qui se déploie dans une société au multiculturalisme croissant confronte en effet sans cesse la «neutralité axiologique» du mariage civil à ses propres limites internes. Mais lorsque c'est le partage entre nature et culture qui semble lui-même contré, l'étape décisive qu'est l'octroi d'un statut public à des formes de vie privées prétend trouver sa réalisation — sa reconnaissance — dans un mouvement d'assimilation plutôt que de différenciation de son statut.

Le modèle libéral de la modernité avait déjà placé à l'avant-plan le premier de ces pôles. L'abstraction du mariage civil assurait une intégration sociale forte. Elle était compensée par une contractua-

---

12. Cf. pour un examen de droit européen comparé, M. SCHULZ, *Éléments pour un dossier*, dans *Esprit*, octobre 1997, p. 188-211. Sur les textes français, I. THÉRY, *Le contrat d'union civile en question*, dans *Esprit*, octobre 1997, p. 159-187; G. RAYMOND, *Un contrat d'union sociale*, dans *Études*, avril 1998, p. 457 ss.

13. Projet de loi belge instaurant la cohabitation légale n° 170/12, adopté par la Chambre des Représentants le 19 mars 1998 (en débat au Sénat sous le n° 1-916).

14. Telle est précisément la prétention que s'est donnée l'institution du mariage civil.

lisation progressive du contenu concret de celui-ci: un mariage civil uniforme ne faisait ainsi que renforcer indirectement des formes privées d'engagements (deuxième partie). Or l'unification qu'un mariage civil abstrait avait jusqu'à présent réalisé de modes de vie toujours plus autonomes semble trouver une borne lorsque c'est la définition même du mariage qui est en cause. En effet, si l'accès au mariage est considéré comme un droit de l'homme et si son essence de droit naturel[15] lui est classiquement reconnue tant par la théologie que par la jurisprudence civile, les réformes civiles en cours n'ont précisément pas étendu la liberté matrimoniale à la définition même de l'union.

À défaut de franchir le cap d'un travestissement du concept-même de mariage et avec lui de tomber dans un pur nominalisme, un nouveau dilemme se présente alors entre contractualisme et pluralisme (troisième partie).

Si l'égale dignité des individus ne va pas jusqu'à l'assimilation publique de leurs pratiques au mariage, une nouvelle forme d'égalité, inverse, a pu sembler recherchée par certains dans une identique contractualisation des différents modes de vie. Celle-ci leur assurerait seule cette convergence réclamée par un principe d'égalité de plus en plus subjectiviste. À la contractualisation de nouvelles formes de vie s'associerait alors à terme la privatisation accrue du mariage civil. Ne pouvant faire que toutes les formes de vie soient reconnues publiquement, il serait suggéré de n'en reconnaître aucune comme institution.

L'intensité de cette contractualisation demeure toutefois incertaine, notamment quant à la mise en question de l'institution naturelle du mariage qui avait classiquement constitué un des socles communs les plus solides des modèles canonique et civil. Aussi bien le glissement de la question homosexuelle vers un débat sur un «contrat d'union civile ou sociale» ou un «pacte d'intérêt commun» pourrait-il laisser entendre que la contractualisation des rapports personnels ne remettra pas en cause le concept propre de mariage. Diverses propositions n'affirment-elles pas protéger les droits de tout cohabitant quelconque, comme le seraient par exemple également des frères et sœurs? Elles ne se voudraient

15. Cf. J.P. SCHOUPPE, *Lo «ius connubii», diritto della persona e del fedele*, dans *Fidelium Iura* 3 (1993) 195-231 et, plus largement, X. DIJON, *Droit naturel*, coll. Thémis, t. 1, Paris, P.U.F., 1998, spécialement p. 178-180 et 187-197.

porteuses d'aucune symbolique matrimoniale[16], quoiqu'elles visent pourtant à une certaine institutionnalisation des couples homosexuels.

L'accent change toutefois avec la proposition faite par certains[17] de limiter explicitement ces «contrats d'union» aux relations homosexuelles. La symbolique matrimoniale pourrait en apparaître renforcée. Ne serait-ce pas alors adhérer à une pluralisation de modèles matrimoniaux préconstitués, dont l'institution naturelle ne serait plus qu'une figure parmi d'autres et dont la logique pourrait par ailleurs tout autant conduire l'État à la reconnaissance civile des mariages purement canoniques pour les catholiques?

À l'inverse, cependant, ne pourrait-on soutenir qu'une figure nouvelle limitée spécifiquement à l'idée de contrat assurerait la sauvegarde en creux d'une certaine intégrité de l'institution naturelle du mariage et le maintien de celle-ci comme modèle unique de l'union d'un homme et d'une femme?

Ce double mouvement de contractualisation et de pluralisation qui semble progressivement s'articuler en droit civil mérite une attention d'autant plus prudente qu'on sait que la littérature canonique, quoique dans d'autres directions, rencontre elle aussi de telles propositions. Ce n'est plus la seule dimension naturelle du mariage qui y est alors en jeu mais son articulation à la dignité sacramentelle du mariage entre baptisés. Que les trois axes mis à jour — de déconstruction (I), de contractualisation (II) et de pluralisation (III) — transparaissent chacun à leur façon et avec des intensités propres en droit civil et en droit canonique témoigne ultimement de la traversée par ceux-ci d'un même contexte. C'est dès lors tout autant au projet démocratique qu'à la réflexion théologique que les débats matrimoniaux contemporains adressent leurs questions, au-delà de leurs modes apparemment de plus en plus distants d'expression.

---

16. Plus encore, elles pourraient être précisément considérées comme un travail de désymbolisation. des formes de vie (I. THÉRY, *Le contrat...* [cité *supra*, n. 12], *passim*).

17. On comparera notamment les positions de deux universitaires réputées en droit de la famille: I. THÉRY, *Le contrat...* (cité *supra*, n. 12), qui soutient un contrat limité aux relations homosexuelles, et J. RUBELLIN-DEVICHI, dans *La Vie*, n° 2744, 2 avril 1998, p. 26, qui soutient de n'exclure des nouvelles formules envisagées que les couples hétérosexuels, qui «s'ils veulent établir un contrat entre eux devant un officier d'état civil, peuvent... se marier»: «Je souhaiterais personnellement qu'on sorte de l'équivoque du pseudo-mariage en réservant expressément [les propositions nouvelles] à ceux qui ne peuvent pas se marier: des homosexuels, un grand-père et son petit fils, deux sœurs, etc.»

Avant de développer les trois tensions ainsi annoncées, on voudrait formuler la perspective dans laquelle elles seront examinées. Il s'agit notamment de prendre acte de ce que ce débat sur les frontières du public et du privé englobe tout autant la question de l'accès des religions au débat «public» que celle de la régulation juridique des modes de vie[18]. À cet égard, à défaut d'une réflexion sur l'insertion civile de la prise de parole théologique, l'évaluation que celle-ci proposerait de la reconnaissance publique des modes de vie pourrait tout aussi bien être renvoyée elle-même à son propre champ, et limitée de la sorte à une appréciation purement canonique de ces modes de vie, dont elle partagerait alors la demande de reconnaissance civile. La conscience de cette nouvelle tension, quoiqu'elle ne soit pas l'objet de ces pages, ne peut leur rester étrangère. Elle contraint à percevoir les enjeux qu'il y a de distinguer d'une théologie du pluralisme de droit une interrogation théologique consacrée à une version faible du pluralisme, entendu dans sa dimension factuelle et non plus normative. C'est dans cette perspective que l'on a voulu placer nos développements sous le regard des expériences, précisément d'un pluralisme de fait, suscitées par la mise «en concurrence» classique des mariages religieux et civil. Enfin, cette version faible du pluralisme montre aussi la nécessité décisive de distinguer une théologie du pluralisme social d'une théologie du pluralisme ecclésial. Quoique des tensions identiques puissent s'y présenter, la différence radicale de leurs réponses s'impose précisément parce que seul l'État prétend ne plus être porteur d'une conviction du bien.

I. - Des traces civiles de déconstruction du concept classique de mariage?

L'opération de qualification, qui consiste en droit à subsumer une réalité concrète sous un concept légal, précède et conditionne l'application d'un régime normatif donné. Elle constitue à cet égard non seulement une œuvre de définition mais aussi de décision: elle récapitule l'adéquation d'une norme à une réalité donnée. Ce faisant, elle réduit la complexité sociale en en préconsti-

18. Pour un exemple d'imbrication des deux problématiques en philosophie politique, cf. M.J. PERRY, *Religion in Politics: Constitutional and Moral* ***Perspectives*****, New York, Oxford University Press, 1997 (qui traite de l'incidence civile des positions religieuses relatives aux unions homosexuelles).**

tuant une certaine structuration. On distinguera notamment la qualification et l'appréciation de la conformité à l'ordre public. La seconde n'implique pas la première ni inversément. Ces deux mouvements s'articulent[19], mais seul le second suppose de reconstruire tout le raisonnement normatif sans se fonder sur la présomption régulatrice qui était à l'œuvre dans l'opération de qualification.

Ainsi, la jurisprudence anglaise a-t-elle appliqué successivement ces deux techniques aux mariages polygamiques étrangers auxquels elle était confrontée en raison des règles anglaises de droit international privé[20]. Dans un premier temps, elle a nié qu'un mariage polygamique constituât un mariage. Il n'était qu'une union contraire au droit naturel et dès lors radicalement insaisissable par le droit matrimonial anglais. Revenant par la suite sur ce refus de qualification, la jurisprudence britannique admit le mariage polygamique comme mariage, mais le considéra comme contraire à son ordre public. Ce glissement eut pour effet d'admettre la soumission de principe du mariage polygamique au régime du droit matrimonial, pour en exclure ensuite les effets indésirés. Entre un mariage polygamique non reconnu comme mariage et un mariage polygamique radicalement contraire à l'ordre public, la différence en terme régulatoire peut dès lors être extrêmement faible. Le débat qui a opposé les partisans d'une réglementation propre des sectes à ceux qui estimaient ne devoir se référer qu'au critère de l'ordre public pour frapper indistinctement toute réalité sociale dangereuse participait de la même démarche. Il ne visait pas à faire œuvre de science des religions

19. On observera notamment qu'ils se réfèrent tous les deux au pouvoir du juge et par lui à l'articulation entre normes juridiques et normes sociales majoritaires: cf. O. DE SCHUTTER, «Fonction de juger et nouveaux aspects de la vie privée: la notion de pleine reconnaissance», dans *Homosexualités et droit* (cité *supra*, n. 8), p. 64-93; J. DEPREZ, *Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique*, dans *Revue de Recherche Juridique - Droit Prospectif*, 1997, p. 799-835.

20. Notons dès à présent qu'une difficulté de même nature se présentera inéluctablement en Belgique dès lors que certaines législations dans le monde (comme l'État d'Hawaï p. ex.) étendent dès à présent aux relations homosexuelles la qualification même de mariage. Cf. sur ce problème, p. ex. B.J. COX, *Same-Sex Marriage And Choice-Of-Law: If We Marry In Hawaii, Are We Still Married When We Return Home?*, dans *Wisconsin Law Review* (1994) 1033; pour une comparaison avec le traitement de la polygamie, cf. J. MARTIN, *English Polygamy Law and the Danish Registered Partnership Act: A Case for the Consistent Treatment of Foreign Polygamous Marriages and Danish Same-Sex Marriages in England*, dans *Cornell International Law Journal* 27 (1994) 419.

mais seulement à découvrir s'il existait des moyens rationnels de simplifier l'appareil normatif en substituant un dispositif de qualification à l'appréciation sans cesse renouvelée et incertaine de l'ordre public[21].

Cette plasticité des techniques de régulation propre aux droits étatiques doit mettre en garde contre tout réinvestissement sémantique ou théologique trop marqué des concepts juridiques[22]. Sans doute, cet avertissement n'épuise-t-il pas tout regard critique sur le discours du droit civil. On en fera notamment l'expérience lorsque, à des qualifications distinctes, seront attachés des régimes juridiques voisins. Ne pourrait-on estimer que la proximité des règles applicables traduit dans le discours juridique un rapprochement sémantique implicite au-delà même d'une variété formelle de qualifications? En revanche, tout à l'inverse, comment expliquer, alors, que les qualifications n'aient pas été unifiées, si ce n'est précisément parce qu'un concept juridique n'épuise peut-être pas toute sa portée civile dans le régime normatif qu'il s'attache, mais dispose d'une force symbolique propre? C'est dans la mesure où le langage juridique prétend s'enraciner dans le sens courant plutôt qu'ériger ces vocables en fiction que les concepts du droit peuvent prétendre participer à une relecture du monde et acquérir une force en fait symbolique.

Seule la prise de conscience de cette ambiguïté du système juridique, qui propose à la fois des régimes normatifs et des lieux de reconnaissance symbolique, ouvre un champ de pertinence à une théologie du pluralisme juridique. On s'attachera ici à en suggérer quelques questions au départ de la récente proposition belge relative à la cohabitation.

L'évolution des concepts utilisés au cours des travaux parlementaires et leur variété en droit comparé appellent une première

21. Cf. p. ex. J.-P. DURAND, *Recherches à propos des sectes en droit francais: de la pertinence de l'usage de la catégorie de la secte pour désigner certains groupements religieux*, dans *Année Canonique* 35 (1992) 329-350; L. HOURMANT, *Entre la secte et le culte: à la recherche d'un paradigme pour analyser le débat social autour des sectes*. Colloque de l'Association française de sociologie religieuse, 1996.

22. Cf. nos développements sur ce thème mais dans d'autres champs: L.-L. CHRISTIANS, «L'incidence civile d'une question ecclésiologique: le cas des assistants paroissiaux en Belgique», dans *Des laïcs en responsabilité pastorale?*, édit. A. BORRAS, Paris, Cerf, 1998, p. 181-206; L.-L. CHRISTIANS, *Diversité de dogmes et de structures religieuses dans la législation belge relative au temporel du culte*, dans *Revue Régionale de Droit* 73 (1995) 114-126.

réflexion. En préférant aux notions d'«union civile ou sociale» l'expression de «cohabitation légale», le projet belge a délaissé une part essentielle de la surcharge symbolique dont était investi le projet initial. L'idée de «cohabitation» se cantonne en effet à la simple déclaration de la «situation de vie commune» de deux personnes sans leur imputer la qualification d'une «union» dont la connotation matrimoniale était quant à elle manifestement plus forte. La proposition n'en adjoint pas moins au vocable utilisé de «cohabitation» le qualificatif de «légale». Elle souligne de la sorte la distinction qu'elle instaure entre plusieurs catégories de cohabitations, certaines seulement accédant au régime juridique spécifique mis en place[23]. Si concubinage et cohabitation se sont vus progressivement attacher certains effets de droit par des législations particulières[24], notamment sociales, ils n'étaient toutefois pas pour autant l'objet d'une reconnaissance institutionnelle spécifique. Ils se voyaient pris en compte dans leur réalité purement factuelle, sans que la volonté individuelle puisse accéder à un «état civil». Aussi bien, au-delà d'un régime nouveau, la proposition récente innove-t-elle par une reconnaissance «publique» particulière dont elle est inéluctablement porteuse. L'inscription communale[25] de la cohabitation légale sur le registre de la population vient

23. Le choix de l'appellation «cohabitation légale» montre ainsi, à rebours, qu'une certaine portée symbolique est reconnue au concept de «concubinage». Si le concubinage a été plus aisément étendu aux relations homosexuelles par certains tribunaux inférieurs, cette extension est loin d'être assurée en son principe. Ainsi, la Cour de cassation de France, dans un arrêt du 17 décembre 1997 (*Recueil Dalloz*, 1998, II, p. 88, note J.-L. AUBERT), a-t-elle rappelé que le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, et donc, entre un homme et une femme. De son côté, la Cour de justice des Communautés européennes, dans un arrêt du 17 février 1998 (*Journal des tribunaux de droit européen*, 1998, p. 113) a estimé qu'une telle limitation du concept de concubinage ne constituait pas une discrimination prohibée par le droit européen. Plutôt que d'abandonner le concubinage à l'indéfinition propre au non-droit, les exigences de cette jurisprudence n'érige-t-elle cependant pas celui-ci en un concubinat précisément concurrent du mariage (cf. B. BEIGNIER, «À propos du concubinage homosexuel», dans *Recueil Dalloz*, 1998, chronique, p. 215)?

24. La littérature juridique est abondante. On renverra notamment en droit belge à N. VERHEYDEN-JEANMART, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Bruxelles, Larcier, 1986², et, en droit comparé, M.-T. MEULDERS-KLEIN, «Mariage et concubinages, ou les sens et contresens de l'histoire», dans *Des concubinages dans le monde*, édit. J. RUBELLIN-DEVICHI, Paris, CNRS, 1990, p. 263-284.

25. On notera qu'il ne s'agit que d'une inscription administrative sans aucune comparution commune ni cérémonie civile.

confirmer de façon concrète la nature officielle d'une nouvelle forme de vie. Que les concepts retenus écartent toute connotation matrimoniale ne permet dès lors nullement de conclure à l'abandon de tout arrière-plan symbolique.

Il convient cependant de ne pas limiter l'examen du projet belge à son intitulé ou à ses concepts. Il convient également de faire porter l'attention sur ses conditions d'application et le régime mis en place.

À ce point de vue, un premier trait est le caractère très limité du régime légal instauré: il vise essentiellement la protection de la résidence commune, la contribution aux charges de la vie commune, et la compétence du juge de paix pour traiter des litiges patrimoniaux, mais aussi de la protection des personnes et des enfants qu'elles éduquent. Il se limite à une «union de biens»: il ne porte aucune obligation personnelle, notamment de fidélité, et demeure étranger à toute question liée à la procréation ou à l'adoption. Un second trait, majeur, tient à ce que le régime de «cohabitation légale» est ouvert à toutes personnes sans égard ni à leur sexe ni à la nature de leur lien, mais il est en revanche limité aux seules cohabitations à deux. Si l'accès à ce nouveau régime légal de deux religieuses aussi bien que d'une veuve et sa fille, vient ainsi estomper toute référence sexuelle et de la sorte atténuer encore la connotation matrimoniale du nouveau régime, comment comprendre que celui-ci ne soit pas accessible à des cohabitants qui vivent à plusieurs, comme par exemple trois religieuses ou une veuve et ses deux filles?

Le modèle s'arrête en fait à mi-chemin et révèle l'incertitude dont il est porteur. Ayant fait ce constat, comment croire encore qu'il soit réellement étranger à toute perspective sexuelle? Sans doute pourra-t-on hasarder que le régime légal ne se veut pas détaché de toute connotation sexuelle mais précisément neutre à leur égard. Que les cohabitants aient ou non des relations sexuelles n'importerait pas, et pas non plus, dès lors, le type de relations sexuelles effectives. Il faudrait alors se rendre à l'évidence: la cohabitation légale couvrirait tout autant des relations chastes, hétérosexuelles, homosexuelles qu'incestueuses[26], pour n'exclure que des relations «polygames». La symbolique de la loi nouvelle serait alors moins de donner un statut aux relations homosexuelles

26. Cette observation a été faite en particulier par la Commission épiscopale française de la famille dans sa déclaration du 6 juin 1996, parue dans *Doc. Cath.* 93 (1996) 648.

que de redire sa volonté de valoriser les formes monogames de relation.

Une telle crainte de la polygamie pourrait toutefois surprendre dans un panorama aussi ouvert[27]. Peut-être conviendrait-il d'ajouter dans le chef du législateur l'absence de volonté de donner une protection juridique aux formes *collectives* de vie présentes ici et là dans notre société — dont les congrégations religieuses. Si la polygamie demeure de la sorte condamnée, il en va de même d'une nouvelle forme de bigamie: en effet, la loi restreint son régime aux seules parties qui ne sont liées par ailleurs ni par un mariage ni par une autre déclaration de cohabitation[28]. Au-delà de la nécessité d'éviter des conflits de régimes juridiques, cette formule rapproche cependant les concepts utilisés et, en les rendant antagonistes, en confirme l'appartenance à un même genre[29].

Le projet de législation rend extrêmement confuse toute symbolique tant elle paraît brouiller les frontières usuelles des relations de vie[30]. Les ruptures conceptuelles qu'elle propose pourraient en définitive être soumises à la critique théologique en raison des incertitudes qu'elles suscitent bien davantage qu'en raison de l'extension hypothétique qu'elle conférerait à la notion de mariage.

On tentera d'abord de relire ces incertitudes dans le chef même de l'institution matrimoniale au regard des analyses classiques de la privatisation croissante des formes de vie.

---

27. On comparera avec les analyses américaines de M.I. STRASSBERG, *Distinctions of Form or Substance: Monogamy, Polygamy And Same-Sex Marriage*, dans *North Carolina Law Review* 75 (1997) 1501.

28. La littérature juridique était déjà attentive depuis longtemps à l'extension de nouvelles formes de bigamie de fait. Cf. p. ex. G. ENDREO, *Bigamie et double ménage*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, p. 263-282.

29. Le projet en fournit d'autres exemples lorsqu'il entend énoncer diverses règles de protection de l'habitation commune, dont on sait que c'était là son principal objectif: il n'en formule nullement les termes concrets, mais au contraire rend applicable «par analogie» l'article 215 du Code civil, qui assure quant à lui cette protection dans le cadre du mariage.

30. Dans le tableau ci-dessous, la zone encadrée correspond au champ de la «cohabitation légale»:

Obligations	Mariage canon.	Mariage civil	Concubinage	Relation homos.	«Couple spirituel»	Groupe de vie
Indissolubilité	**oui**	non	non	non	non	—
Hétérosexualité	**oui**	**oui**	**oui**	non	non	—
Intention sexuelle	**oui**	**oui**	**oui**	**oui**	(non)	—
Monogamie	**oui**	**oui**	**oui**	**oui**	**(oui)**	—

II. - Le mariage entre contractualisation et privatisation?

Les données de la sociologie contemporaine ne doivent pas être rappelées, tant elles confirment avec netteté le déploiement dans nos sociétés d'un individualisme de plus en plus marqué, qui touche sans distinction l'évolution des pratiques morales, religieuses ou familiales[31].

L'institution matrimoniale y est confrontée à une déstabilisation progressive. L'autonomisation des volontés individuelles s'exprime en effet par une pression contractualiste croissante sur le droit du mariage. Cette influence s'exerce avec d'autant plus de force que l'interprétation extensive des principes de neutralité de l'État et de protection de la vie privée conduisent à vider progressivement de tout contenu l'institution civile.

La protection de la vie privée, garantie notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, est une des bases juridiques les plus actives à l'heure actuelle dans la transformation du droit des relations personnelles et familiales. C'est par application de ce texte que des lois pénales réprimant les relations homosexuelles ont pu être condamnées par la Cour des droits de l'homme de Strasbourg, de la même façon que l'avaient par ailleurs été les législations qui discriminaient les filiations légitime et naturelle. La dépénalisation de l'adultère et l'assouplissement constant des conditions et des procédures de divorce, notamment par consentement mutuel, sont, quant à elles, des traces patentes de l'extension de ce mouvement de privatisation au sein même de la relation matrimoniale[32].

La question homosexuelle a cependant fait apparaître tout le paradoxe de cette évolution. En effet, comme on le sait, ce n'est précisément pas à la seule protection de la vie privée (article 8 de

31. La proportion de mariages religieux par rapport aux mariages civils est passée en Belgique de 75 % en 1980 à 52 % en 1995, le nombre de mariages civils étant lui-même en baisse (passant de 65 000 par an en 1990 à 52 000 par an en 1994).

32. Seule la poursuite croissante des mariages simulés et la répression nouvelle des abus entre époux, notamment sexuels, pourraient sembler aller à l'encontre de cette privatisation des relations. Ce n'est cependant pas une réinstitutionnalisation de la relation matrimoniale qui y est à l'œuvre mais la protection tantôt des règles d'acquisition de la nationalité ou de séjour, tantôt de l'intégrité physique individuelle de personnes dont la forme matrimoniale de vie ne peut précisément plus constituer une exemption ou une justification.

la Convention européenne) que tendait une part au moins des revendications homosexuelles mais à l'accès à la forme institutionnelle du mariage (article 12 de la Convention). Or, au moment même où la jurisprudence européenne va écarter ce droit au mariage[33] et indiquer par là que la tolérance du système juridique ne va pas jusqu'à la mise en cause de la définition naturelle du mariage, elle va de la sorte radicalement rejeter la question homosexuelle dans la sphère purement privée[34]. Mais précisément ne peut-on observer que la relation matrimoniale elle-même semble à son tour atteinte par un mouvement de privatisation? C'est le modèle visé, celui du mariage, qui se déconstruirait au fur et à mesure de la quête qui en est faite. Une égale privatisation des formes de vie ouvrirait alors par défaut une voie dérobée à leur égalisation civile.

On observera cependant que l'accroissement du rôle de la volonté individuelle dans la relation matrimoniale ne s'oppose pas nécessairement à la nature institutionnelle et substantiellement forte du mariage. L'évolution actuelle de la jurisprudence canonique le montrerait assez aisément, notamment à propos de la nullité pour cause de simulation partielle. Cette simulation consiste à rejeter la sacramentalité, l'indissolubilité, l'ouverture aux enfants ou la fidélité tout en acceptant le principe du mariage. Elle suppose un acte positif et volontaire de refus. *A contrario*, fut présumée la volonté de faire un mariage qui réponde en tout aux exigences de l'institution chrétienne. L'évolution des mœurs a toutefois conduit la jurisprudence canonique à atténuer progressivement la force de cette présomption. L'acte positif de rejet trouvera une preuve d'autant plus aisée que sera grande l'influence reconnue à des contextes au sein desquels il y aurait lieu de présumer davan-

33. Cour européenne des droits de l'homme, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, série A, n° 106; 9 novembre 1989, *Eriksson-Goldschmidt c. Suède*, série A.

34. Sur le paradoxe de cette qualification juridique qui en offrant une protection juridique à l'homosexualité la cantonne à un champ qui recouvre aussi «toutes ces pratiques immorales et honteuses qui ne sont tolérées que parce qu'elles restent confinées dans la sphère privée», cf. O. DE SCHUTTER, *Homosexualité, discours, droit*, dans *Revue interdisciplinaire d'étude juridique* 30 (1993) 83-142, spécialement 127-129. Le Magistère de l'Église catholique, s'il s'oppose à toute reconnaissance des relations homosexuelles, le fait lui aussi en assurant une compréhension croissante des personnes homosexuelles. Les «tendances» homosexuelles sont déclarées moralement désordonnées, mais il est reconnu qu'elles ne sont pas toujours imputables. Cf. p. ex. Conseil pontifical pour la famille, *Vérité et signification de la sexualité humaine*, 8 décembre 1995, dans *Doc. Cath.* 93 (1996) 207-235, n° 104.

tage l'absence de volonté conforme aux exigences canoniques[35]. Poussé à son terme, ce glissement jurisprudentiel conduirait à ne reconnaître comme mariages que ceux dont chacune des caractéristiques chrétiennes a été spécifiquement voulue. Ce risque de contractualisation de l'institution matrimoniale a été bien perçu par le Magistère pontifical, qui a condamné les excès de cette tendance jurisprudentielle. Ce renforcement du rôle des volontés individuelles ne conduirait pas à créer de nouvelles formes matrimoniales ou à altérer la définition objective de l'institution, mais seulement à réassumer celle-ci contractuellement dans l'ensemble de ses traits propres.

C'est une tout autre contractualisation qui semble classiquement à l'œuvre en droit civil. Le rôle croissant conféré à la volonté des époux ne vise pas à «doubler» contractuellement des traits institutionnels forts, mais au contraire à se substituer à un contenu civil de plus en plus déliquescent. Le mariage civil deviendrait de la sorte un concept de plus en plus abstrait, pure forme juridique fécondée par la convention concrète qui unit les époux[36]. C'est en ce sens que l'on a pu conjoindre l'idée d'une contractualisation du mariage à celle d'un mariage civil aux effets limités[37].

L'opposition traditionnelle entre le mariage religieux et le mariage civil s'éteindrait ainsi progressivement faute pour le concept civil de conserver un quelconque contenu[38]. Seule l'union religieuse, comme projet de vie concret, continuerait à pouvoir, avec

35. Cf. G. PIOMELLI, *Errore e simulazione circa la sacramentalità del matrimonio nella realtà dell'odierna società postcristiana*, dans *Il Diritto Ecclesiastico* 108 (1997) I 737-748.

36. Le développement de formes nouvelles et assouplies de divorce par consentement mutuel vient confirmer et affiner ce constat. C'est un consentement continu qui est progressivement exigé des conjoints, davantage qu'un engagement fixé dans le temps. La contractualisation du mariage civil aboutit ainsi à ce que la forme abstraite du mariage civil ne soit maintenue qu'aussi longtemps que subsiste l'accord concret des époux.

37. On renverra p. ex. aux propositions faites en droit français par M.-Th. CALAIS-AULOY, *Pour un mariage aux effets limités*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1988, p. 255-266.

38. Cf. l'analyse pénétrante de ce phénomène déjà réalisée en 1950 par le Prof. J. CARBONNIER, «Terre et ciel dans le droit français du mariage», dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*. Études offertes à G. Ripert, Paris, t. I, 1950, p. 326.

d'autres, emplir la «coquille» abstraite du mariage civil[39], au gré de la volonté des parties[40].

Ce retrait progressif de la substance du mariage civil, lié à la privatisation croissante de l'institution civile, pourrait toutefois ne pas épuiser la description de l'évolution en cours du droit étatique de la famille. D'une part, le mouvement de contractualisation n'a pas altéré dans nos sociétés tous les traits du concept même de mariage — son hétérosexualité et sa monogamie demeurent pour l'heure encore affirmées —, ni toute la spécificité de son régime normatif propre. Le maintien de ces traits minimaux continue dès lors à donner au mariage cette capacité, fût-elle formelle, de reconnaissance sociale que le mouvement classique de privatisation manque précisément de réaliser. D'autre part, l'emprise croissante de la loi sur toute forme de cohabitation, et notamment sur le concubinage de ceux qui avaient précisément fait le projet de se soustraire au droit, montre que le courant de privatisation ne traduit nullement l'abandon d'une prétention normative dont le pivot avait jusque là été le monopole du droit du mariage. Plutôt que l'effacement progressif des frontières entre mariage et non-mariage, c'est peut-être vers un modèle de concurrence que le droit civil pourrait se diriger. La «privatisation» des formes de vie pourrait ici prendre une signification nouvelle et réassumer une certaine forme d'institutionnalisation, plurielle cette fois. Mais précisément, la pluralisation des statuts normatifs des formes de vie n'implique-t-elle pas l'abandon du caractère abstrait de la

39. On voit ici l'ambiguïté des propositions de loi déposées régulièrement en Europe quant à la suppression de l'antériorité de la cérémonie civile de mariage: classiquement analysées dans la perspective d'une privatisation du mariage religieux, ces propositions pourraient tout autant l'être en termes d'affadissement du concept civil de mariage lui-même. Cf. F.W. BOSCH, C. HEGNAUER, H. HOYER, *Ziviltrauung vor religiöser Trauung — sinvoll oder Überholt? Zum Verhältnis Staat-Kirche im Bereich der Eheschliessung: Die Rechtschlage in Deutschland, der Schweiz, Osterreich und Liechstenstein «de lege lata» und «de lege ferenda»*, dans *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1997, p. 1313-1322; N. MASSAGER, *Le charme discret du mariage civil. Faut-il abroger l'article 267 du Code pénal?*, dans *Journal des Procès*, 1988, n° 135; T. REVET, *De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage (art. 199 et 200 CP)*, dans *La semaine juridique*, 1987, Chronique, 3309.

40. Une nouvelle interrogation théologique en découlerait d'ailleurs sur le sens d'un mariage chrétien que l'on n'officialiserait plus dans la communauté civile. La portée de cette question ne se modifie-t-elle cependant pas lorsque, précisément, l'engagement devant l'État se vide progressivement de tout contenu?

régulation étatique au profit d'une inévitable matérialisation juridique des modes de vie retenus par l'État? À organiser un statut normatif des formes de vie, plutôt qu'à en assurer simplement la protection socio-économique, un pluralisme institutionnel soulèvera nécessairement la question du caractère raisonnable des limites placées à son extension.

III. - Vers une pluralisation instituée des formes de vie?

Le *statu quo* de la définition naturelle du mariage dans les droits belge ou français ne se réaliserait qu'au prix de la reconnaissance légale d'autres formes de vie affective[41]. Ces formes reconnues seraient soigneusement énumérées et régulées. Les innovations législatives en cours maintiendraient de la sorte une conception instituée des formes de vie mais en proposeraient plusieurs modèles[42]. Les interrogations déjà formulées à propos du brouillage des frontières entre formes de vie pourraient à cet égard ne pas épuiser une critique théologique plus prospective. En effet, c'est la question bien plus vaste du pluralisme de droit qui est ici posée[43], au-delà même de la question homosexuelle. À reconnaître un statut légal particulier à un type de relation personnelle, comment justifier que d'autres statuts spécifiques ne soient pas reconnus?

On voudrait en particulier souligner l'importance de cette question pour les relations classiques entre les modèles civil et canonique du mariage. Face à la divergence progressive que l'on constate de ces modèles, un dilemme pourrait se poser à l'Église dans le monde de ce temps: que penser de la possibilité nouvellement ouverte de voir reconnu légalement, mais pour les seuls catholiques, le mariage dans sa définition proprement canonique?

---

41. Cf. p. ex. J.-J. LEMOULAND, «Le pluralisme et le droit de la famille, postmodernité ou pré-déclin?», dans *Recueil Dalloz*, 1997, chron., p. 133-137.

42. Aussi bien, Mgr Billé, en clôture de l'Assemblée plénière des évêques de France, a-t-il déclaré, le 10 novembre 1997, que ce qui est en cause dans les nouvelles propositions de loi «c'est le risque de présenter des associations et des contrats comme ayant égale valeur, le mariage devenant simplement l'objet d'un choix possible, parmi d'autres choix qui le vaudraient» (cité dans *La Vie*, n° 2744, 2 avril 1988, p. 26).

43. Et notamment de la reconnaissance par l'État d'un pluralisme religieux; cf. p. ex. J.-P. WILLAIME, «État, pluralisme et religion en France. Du monopole à la gestion des différences», dans *Pluralisme et minorités religieuses*, édit. J. BAUBÉROT, Louvain-Paris, Peeters, 1991, p. 33-42.

Le mariage «religieux» cesserait dès lors d'être ignoré du droit de l'État pour y être précisément intégré avec ses spécificités, que seraient par exemple les causes particulières de nullité et l'indissolubilité. Que la question homosexuelle puisse ainsi raviver un modèle proche — au moins dans ses résultats — des structures concordataires classiques[44] ne peut étonner de la part d'un projet légal qui ferait le pari d'un pluralisme institutionnel des modes de vie.

Ce pluralisme rencontrerait cependant une question fondamentale: celle de sa structuration obligatoire ou facultative. La pluralité instituée serait-elle liée à des catégories «objectives» ou abandonnées à des choix purement subjectifs? Les régimes reconnus seront-ils en conséquence des lieux d'«enfermement» ou les termes d'une liberté individuelle accrue?

Tantôt, c'est le caractère subjectif du pluralisme mis en place qui a pu être attaqué par certains. Ainsi, a-t-on fait observer que ce qui était le plus contestable dans les dispositions relatives à l'union civile (ou à la «cohabitation légale» selon le vocabulaire retenu par le projet belge) résidait dans ce que le fait de noyer dans une même reconnaissance légale tant les cohabitations homosexuelles qu'hétérosexuelles revenait à offrir (à tout le moins aux couples hétérosexuels) un véritable droit d'option parmi différents régimes légaux. À la différence des relations homosexuelles, cantonnées dans le régime de la cohabitation légale, les unions hétérosexuelles pourraient en effet choisir tantôt cette dernière formule, tantôt le mariage civil.

---

44. La réalité des constructions historiques est évidemment plus complexe que la formule ne le laisse entendre. On rappellera ainsi que l'évolution de la jurisprudence puis de la législation italienne a singulièrement atténué l'autonomie étatique du modèle matrimonial catholique: tout d'abord en étendant la législation du divorce aux mariages concordataires, puis en soumettant les sentences ecclésiastiques de déclaration de nullité à des contrôles étatiques de plus en plus poussés, enfin en soulevant la question de la non-exclusivité de la compétence canonique sur l'appréciation de la validité des unions concordataires. En sens inverse, le pluralisme civil des institutions matrimoniales n'est pas une idée propre aux modèles concordataires. On rappellera en ce sens la proposition de M. H. Mazeaud déposée en France en 1947 durant la réforme du droit de la famille qui allait aboutir bien plus tard aux nouvelles législations de 1975, proposition qui aurait conduit à créer deux modèles de mariages civils, l'un dissoluble, l'autre indissoluble, de telle façon que les différentes convictions françaises puissent trouver modèle à leur mesure. Sur cette proposition, cf. J. CARBONNIER, «Terre et ciel...» (cité *supra*, n. 38), spécialement p. 338-340. Ce modèle semble avoir été repris par une loi de la Louisiane du 15 août 1997, citée par I. THÉRY, *Le contrat...* (cité *supra*, n. 12), p. 171.

Tantôt, à un autre point de vue, c'est un pluralisme de catégories qui a pu être contesté. Il conduit à un régime de «castes» incompatible avec le projet de l'État moderne. Il conviendrait à tout le moins que les régimes mis en place demeurent ouverts[45]. De cette façon seulement, l'État pluraliste n'enfermerait pas ses citoyens dans des régimes légaux liés à des conceptions particulières de vie que ceux-ci viendraient à ne plus partager. C'est en ce sens, par exemple, que l'Italie concordataire exige aujourd'hui le consentement des deux époux à l'efficacité civile des sentences ecclésiastiques de nullité de mariage, afin que ces dernières n'en viennent plus à s'imposer à un conjoint qui, à l'origine catholique, se serait écarté de sa foi depuis[46]. C'est en ce même sens que l'on pourra lire le projet belge sur la cohabitation légale qui lie le régime nouveau à une déclaration des cohabitants et non au fait même de la cohabitation.

À cette tension entre un pluralisme de catégorie et un pluralisme de choix s'ajoute enfin une remise en question plus générale de tout pluralisme institué[47]. Cette question majeure est notamment posée à l'État dans les débats contemporains de la philosophie politique: elle est celle de l'extension de la diversité des régimes instaurés par l'État. La critique porterait sur le caractère inéluctablement limité du pluralisme institutionnel des formes de vie[48]. Seul un nombre fini de régimes pourrait être mis en place, de telle sorte que même à supposer leur caractère ouvert, ces régimes n'offriraient pas à chacun la garantie de voir reconnue la forme de vie à laquelle il adhère. Au-delà de l'impossibilité d'une extension illimitée des institutions reconnues, c'est enfin une critique plus radicale encore qui est opposée au pluralisme des formes de vie: celle de son incompatibilité avec une certaine conception de la neutra-

---

45. Sans doute conviendrait-il également de distinguer ici les systèmes étatiques qui construisent pour leur compte des régimes civils diversifiés dont ils conservent la pleine maîtrise de ceux qui abandonnent leur conception du mariage à d'autres systèmes normatifs, religieux par exemple: cf. P. GANNAGÉ, *L'État face au pluralisme des statuts familiaux*, dans *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1967, t. XXI, p. 157.

46. Cf. p. ex. R. BOTTA, «Il matrimonio tra pluralismo confessionale e ordine pubblico», dans *Giuridizione canonica e giuridizione civile*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 273-292; R. MAZZOLA, *Ordine pubblico procedurale e libertà religiosa*, dans *Il Diritto Ecclesiastico* 97 (1992) I 305-350.

47. Cf. J. LECA, *La démocratie à l'épreuve des pluralismes*, dans *Revue française de science politique*, 1996, p. 252 ss.

48. Comp. J. AFFICHARD, «Du débat sur les inégalités au pluralisme contrôlé», dans *Pluralisme et équité. La justice sociale dans les démocraties*, édit. L. AFFICHARD & J.-B. DE FOUCAULD, Paris, Éd. Esprit, 1995, p. 7-28.

lité de l'État[49]. C'est l'anticipation même d'un modèle pluraliste qui a ainsi valu ses critiques les plus vives à tout octroi d'un régime légal spécifique aux relations homosexuelles au nom même d'un modèle républicain attaché à la capacité d'intégration civique d'un statut matrimonial unique.

L'appréciation théologique de ces choix s'imposera de son côté d'autant plus qu'ils rejailliront plus généralement sur la place du religieux et de l'identité chrétienne dans la société civile. Ces questions, suscitées par le parallèle, inimaginable il y a peu, des questions homosexuelle et religieuse[50], pourraient être l'occasion de conjoindre une théologie du pluralisme religieux à celle des formes de vie[51].

C'est avec ce double regard qu'il conviendrait peut-être de relire non seulement la Constitution *Gaudium et spes* mais surtout la Déclaration *Dignitatis humanae*: ne pourrait-on redécouvrir une portée et une pertinence communes à la bipartition de la Déclaration, conduisant à une double réflexion, à la fois générale et menée à la lumière de la Révélation, sur la pluralité des formes de vie[52].

Cette pluralité devrait dès lors précisément être réfléchie différemment selon qu'elle relèverait de la vie civile ou qu'elle ferait

---

49. On sait que cette notion n'est pas univoque et qu'elle croise précisément la question du choix entre une égalité par l'uniformité et une égalité par la diversité. On renverra notamment aux tentatives d'intégration de ces conceptions par P. DA SILVEIRA, *Deux conceptions de la neutralité de l'État*, dans *Philosophiques* [Montréal] 23 (1996) 227-251. La littérature est abondante, notamment dans le débat qui oppose aux États-Unis les «libéraux» et les communautariens. Cf. *Libéraux et communautariens*, édit. A. BERTEN, P. DA SILVEIRA & H. POURTOIS, coll. Philosophie morale, Paris, P.U.F., 1997. Plus spécialement, C.A. BALL, *Moral Foundations for a Discourse on Same-Sex Marriage: Looking Beyond Political Liberalism*, dans *Georgetown Law Journal* 85 (1997) 1871.

50. Cf. les termes du colloque tenu à la Yale Law School, *Race, sexuality and religion. Group conflict and the Constitution*, dans *Yale Law Journal* 106 (1997) 2313-2562.

51. Cf. Conseil des Conférences épiscopales d'Europe, *La religion, fait privé et réalité publique: la place de l'Église dans les sociétés pluralistes*, Paris, Cerf, 1997; R. COSTE, *L'Église et les chrétiens dans la société pluraliste*, dans *NRT* 98 (1976) 385-415; W. KASPER, *L'Église et les processus modernes de la liberté*, dans *Doc. Cath.* 92 (1995) 241; K. LEHMANN, *L'Église dans la société pluraliste*, dans *Doc. Cath.* 93 (1996) 121-128; G. THILS, *La «religion» dans un État démocratique pluraliste*, dans *NRT* 113 (1991) 728-743.

52. Cf. not. et comp. R.T. KENNEDY, *The Declaration on religious liberty: thirty years later: challenges to the Church-State relationships in the United States*, dans *The Jurist* 56 (1996) 479-504; et déjà H. MADELIN, *La liberté religieuse et la sphère du politique, pour l'intelligence de la déclaration «Dignitatis humanae»*, dans *NRT* 97 (1975) 110-126 et 915-939.

question à l'intérieur même de la communauté ecclésiale. Ainsi, appelleraient des analyses théologiques radicalement distinctes le dépassement des traits naturels du mariage civil par certains États d'une part, et d'autre part, les débats récents qui ont, par exemple, agité la littérature canonique quant à la reconnaissance d'une forme non sacramentelle de mariage des baptisés[53], qu'il s'agisse des réflexions suscitées par des «mariages progressifs», par le mariage des baptisés ayant perdu la foi[54] ou encore le remariage des divorcés dont l'union précédente n'aurait pas fait l'objet d'une déclaration canonique de nullité. Si, dans chacun des champs civil et canonique, c'est bien à la mise en cause d'une dimension essentielle et ontologique du mariage que la réflexion sur la pluralisation des formes de vie entend répondre, la théologie n'aura pas à penser ces pluralismes pour eux-mêmes mais précisément de les réfléchir, c'est-à-dire de les croiser pour les penser chacun au regard de leur contexte.

Sans doute n'est-ce pas avec la même vigueur qu'à l'heure actuelle sont rejetées ces formes de pluralisation tant au sein de l'État qu'au sein de l'Église. C'est toutefois une commune réticence qui en demeure la tendance lourde. La réflexion nouvelle relative à la cohabitation légale en est un indice particulièrement significatif. Le brouillage qu'on dénonçait entre les formes de vie couvertes par cette loi en constitue en fait la pièce maîtresse. Seul cet effacement des frontières, cet anonymat de la cohabitation a permis d'accorder certains droits matériels à ceux qui déclarent «vivre en commun», sans que les personnes à tendance homosexuelle n'en soient exclues, ni spécialement visées. Ce faisant, le droit se limite à une officialisation larvée de nouveaux états de vie, sans pour autant ni ruiner le concept de mariage, ni créer un régime légal qui eût stigmatisé l'homosexualité dans son anormalité.

---

53. On renverra aux deux thèses canoniques différentes, devenues classiques, défendues par D. BAUDOT, *L'inséparabilité entre le contrat et le sacrement de mariage*, Roma, P.U.G., 1987 et J.B. SEQUEIRA, *Tout mariage entre baptisé est-il nécessairement sacramentel?*, Paris, Cerf, 1985, ainsi qu'au document de la Commission Théologique Internationale, *Problèmes doctrinaux du mariage chrétien*, Louvain-la-Neuve, diff. Centre Cerfaux-Lefort, 1979.

54. Le droit canonique matrimonial distinguant d'ailleurs une pluralité de mode de déficiences religieuses allant du simple doute quant à la sacramentalité de l'union jusqu'à l'acte formel d'abandon de l'Église, en passant par diverses formes intermédiaires, toutes sujettes à des régimes canoniques distincts. Cf. G. CANDELIER, *Incroyance et validité du mariage sacramentel*, dans *Revue de Droit Canonique* 41 (1991) 81-145.

Si ces contorsions législatives montrent que l'extension d'un pluralisme institué des formes de vie est improbable pour l'heure dans nos sociétés belge ou française, faut-il y voir le signe d'une influence indélébile des conceptions théologiques sur les structures civiles? Ne pourrait-on aussi y lire une résistance similaire à toute nouvelle médiation de l'égalité et de la dignité à reconnaître, aussi bien au sein de l'Église qu'au sein de l'État, à chaque être humain comme à chaque baptisé? Certains pourraient croire alors que la prudence de l'État envers le multiculturalisme ne serait, *mutatis mutandis,* que l'analogue de la réticence de l'Église au relativisme religieux.

Sans doute, une observation fine de l'évolution actuelle du droit de la famille traduit-elle effectivement un certain point de rencontre des débats religieux et civils. On aurait cependant tort d'y déceler trop rapidement une convergence substantielle plutôt qu'un croisement ponctuel. Si en effet une théologie interne du pluralisme religieux se voit controversée dans son excès de subjectivisme, c'est, tout à l'inverse, d'un déficit d'autonomie individuelle que se voient accusés le communautarisme ou le multiculturalisme. Au-delà d'une pluralisation instituée ou d'une contractualisation des formes de vie, c'est l'individualisation de ces formes qui redeviendrait alors la perspective dominante et dont le régime de cohabitation légale ne serait qu'un détour provisoire[55]. L'ambiguïté du débat ne serait venue en définitive que d'un balancement entre l'octroi de certains droits concrets et la charge identitaire qu'on a prétendu y surimposer. Comme l'arbre qui cache la forêt, ce débat malvenu semble alors empêcher de penser ce qu'il y a de commun aux positions civiles en tension: la mise en cause de l'idée même d'engagement[56] qui reste au contraire le cœur même de la réflexion canonique.

Ce croisement de l'évolution des droits canonique et civil du mariage apparaît décidément comme l'ultime occasion pour eux

---

55. M. WALZER, *Individus et communautés: les deux pluralismes*, dans *Esprit*, juin 1995, p. 103-113.

56. Cf. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, «Propos sur le mariage», dans *Liber Amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story Scientia, 1990, p. 247. Le retour en droit civil de dissolutions par répudiation unilatérale n'en serait alors que l'aboutissement inéluctable. Cf. le régime nouveau de la cohabitation légale (cf. sur ce point en France, L. LEVENEUR, *Les dangers du contrat d'union civile ou sociale*, dans *La semaine juridique*, 1997, doctrine, n° 4069) et différentes propositions de divorce administratif (p. ex. J. THIERRY, «Le maire, juge du divorce: c'est Montesquieu qu'on assassine», dans *Recueil Dalloz*, 1998, chronique, 15e cahier).

de réinterroger leurs relations. L'histoire en avait fait des frères ennemis. Les défis sont aujourd'hui ailleurs. L'heure est à un nouveau dialogue[57], la parole à une nécessaire théologie des droits civil et canonique qui distingue la pluralité des formes que peut prendre le pluralisme.

B - 1348 Louvain-la-Neuve
Place Montesquieu, 2

Louis-Léon CHRISTIANS
Centre de philosophie du droit
Université Catholique de Louvain

Sommaire. — L'égale dignité des personnes est aujourd'hui invoquée pour fonder la reconnaissance publique de modes de vie jusque là abandonnés à la sphère privée. Ce mouvement, qui, pour l'heure, n'a pas travesti le concept de mariage par un pur nominalisme, semble hésiter entre la neutralité civile d'une contractualisation progressive de toutes les formes de vie et le développement d'un pluralisme institutionnel. Si, *mutatis mutandis*, le droit canonique semble à sa manière traversé par des tensions analogues, il convient toutefois de distinguer les controverses propres à une théologie du pluralisme ecclésial de la nécessité d'une théologie du pluralisme social. Au départ de la coexistence classique des mariages civil et canonique, l'article entend montrer que l'enjeu des évolutions en cours entre unité et diversité concerne aussi la place même de la parole théologique au sein de la société civile.

Summary. — The equal dignity of persons is today put forward with a view of founding the public recognition of modes of life up to now kept in the private sphere. This endeavour which at present does not distort the concept of marriage into pure nominalism, seems to waver between the civil neutrality of a progressive contractualisation of all modes of life and the development of an institutional pluralism. If, *mutatis mutandis*, canon law seems to be subjected to similar tensions, we ought to distinguish the controversies peculiar to a theology of ecclesial pluralism from a necessary theology of social pluralism. Reflecting on the classical coexistence of civil and canonical marriages, the A. shows that what is at stake in the current evolution between unity and diversity concerns also the place of the theological word in civil society.

57. Cf. p. ex. B.M. DUFFÉ, ***De la séparation à la convocation. Eléments pour une lecture théologique***, dans ***Lumière et Vie*** 190 (1988) 89-95.