

L'INDISSOLUBILITÉ DU MARIAGE

EN DROIT NATUREL

Lorsqu'on aborde la question qui a donné son titre à cet article, on se heurte d'abord à une anomalie : il s'agit d'un problème qui n'a guère été étudié que par les chrétiens et, principalement, par les théologiens.

Or les théologiens sont les spécialistes de la science religieuse, d'essence *surnaturelle*. Comment se fait-il que ce soient eux qui aient traité du mariage en droit *naturel* ?

Car la question de l'indissolubilité du mariage est liée à la question d'ensemble du mariage et aux conditions naturelles de celui-ci.

L'ÉVIDENCE PREMIÈRE

Aussitôt qu'on aborde la question du mariage, on voit que celui-ci constitue une union stable et que les enfants y tiennent une place essentielle. Chez tous les peuples la

1. Lorsqu'on parle de « droit naturel », il est peut-être utile de s'entendre sur le sens du terme, car il semble que tous les auteurs ne l'entendent pas de même et le terme « droit naturel » se rapproche d'autres comme « loi naturelle » figurant parfois dans un contexte assez différent.

Pour savoir ce qu'on désigne par « droit naturel », il faut préciser ce qu'on entend par « droit » et par « nature ».

On discute beaucoup la définition du droit et certains auteurs en donnent des définitions longues et touffues. Lorsqu'on se place au

stabilité du mariage est liée au souci de la descendance et, quand cette dernière préoccupation s'atténue, la stabilité du mariage diminue de pair.

Le mariage est une union stable. Chez tous les peuples le mariage diffère du concubinage ; il est association *de vie* et, à cause de cela, les époux sont d'habitude de même rang social. Le mariage est une union de caractère social qui ne se limite pas à la satisfaction passionnelle et, même, il arrive souvent que la satisfaction passionnelle soit séparée du mariage. Le mariage a pour but de continuer la famille, donc d'avoir des enfants ; on prend pour cela une épouse de sa condition ; tandis que pour satisfaire ses passions, le rang social est sans importance.

Dans la plupart des pays polygamiques, la polygamie n'est qu'une semi-polygamie, en ce sens que la première femme seule est vraiment l'épouse, mais qu'entre la femme que nous appelons légitime et celle que nous qualifions de maîtresse, on admet un stade intermédiaire reconnu par le droit, qui est celui de l'épouse secondaire. Celle-ci est ce que serait chez nous une maîtresse privilégiée, ayant une situation inférieure sans doute à l'épouse, mais juridiquement reconnue cependant.

En tout cas, le mariage, les « *justæ nuptiæ* », justes noces des Romains, est partout une institution stable et une union de vie. Les exceptions ne se trouvent que chez quelques peuples arriérés, peu nombreux et de peu d'import-

point de vue philosophique, qui est celui de l'idée générale, tirée autant que possible hors de tout contexte historique et géographique, le droit apparaît comme la « règle de vie sociale ». La société elle-même apparaît comme une communauté stable et jamais une communauté ne s'établit de façon stable sans certaines règles de vie commune. Dans son essence le droit est cela.

Les juristes actuels sont préoccupés de trouver une définition à ce qu'on appelle aujourd'hui le droit. Ils y font alors rentrer l'idée de l'intervention d'un législateur, généralement identifié au pouvoir suprême de la société politique, parfois une sanction émanant du même auteur et une promulgation venant encore de la même source. Mais tout cela est lié à certaines contingences historiques. Dans les

tance du point de vue de l'évolution générale de l'humanité. On a cru longtemps que la civilisation islamique faisait exception, la religion y permettant plusieurs femmes, mais on se rend compte aujourd'hui que les auteurs anciens ont fort exagéré la réalité et qu'on a dépeint la société islamique d'après la polygamie de harem qui était en réalité débauche de grand seigneur.

Le mariage est union de l'homme et de la femme, et l'un et l'autre ont besoin de s'unir pour la vie. C'est là une évidence instinctivement perçue par les simples. L'homme « se met » avec une femme ; la femme a besoin d'un homme qui soit « son homme ». Ils ne « couchent » pas seulement ensemble ; ils « vivent » ensemble. Des primitifs aux civilisés, l'homme s'en va au dehors chercher la pâture, venaison ou salaire, la femme prépare le dîner et raccommode les vêtements.

Cette union est stable ; elle est d'ailleurs généralement peu romantique. Dans le roman comme dans la poésie, l'amour n'a pas grand'chose à voir avec le mariage. Il y a même des sociétés où il est de mauvais ton que les époux paraissent amoureux. Ailleurs ils peuvent l'être, mais on traite, assez souvent de l'amour comme d'une question différente.

Les enfants augmentent la stabilité ; ils l'augmentent en fait et ils en accentuent l'exigence. Le mariage continue

sociétés primitives où l'écriture n'existe pas, où les pouvoirs publics existent à peine, le droit est coutumier et s'impose sans intervention explicite du pouvoir souverain et sans promulgation selon des formes déterminées.

D'autre part on entend par « nature » les conditions requises à ce qu'un être soit lui-même. La nature de l'homme est l'ensemble des caractères propres à l'homme.

Parmi ces caractères il en est dont on ne peut être privé sans cesser d'être homme. Un homme est inconcevable sans tête, sans poumon ou sans cœur. D'autres sont propres à l'homme, mais on peut en être privé sans cesser d'être homme : un manchot, un cul-de-jatte, un aveugle restent hommes. Enfin d'autres caractères se réalisent de façons diverses qui s'excluent les unes les autres. Tout homme doit être d'une couleur, mais il peut être blanc, noir ou jaune et ne peut

la famille et assure la permanence de cette continuité par les enfants.

Tout cela est *obvie*, ne paraît pas nécessiter de démonstration compliquée et se retrouve partout.

LES IMPRÉCISIONS

Cependant, s'il existe partout une institution qu'on appelle mariage, cette institution est loin d'avoir la précision à laquelle nous sommes habitués. De ce point de vue le christianisme a profondément transformé, non seulement la situation de fait, mais les esprits.

Selon la doctrine chrétienne qui est arrivée à sa pleine maturité dans l'Eglise catholique, le mariage est un sacrement et c'est dans l'Eglise catholique que la doctrine des sacrements a reçu son ultime précision. Or ce caractère sacramentel du mariage en change profondément la nature, parce que le sacrement est un instrument d'action divine qui transforme l'âme. Transformation spirituelle, mais réelle. L'être humain n'est plus le même après avoir reçu le sacrement. Par conséquent, pour le chrétien, il est extrêmement important de savoir quand il est marié, et, s'il contracte une union, il est extrêmement important de distinguer l'union qui constitue un mariage de celle qui n'en constitue pas.

Pour le non-chrétien, le mariage n'opère pas de transformation dans la réalité de son être. Il existe des unions

être de plusieurs couleurs à la fois. De plus certaines couleurs sont incompatibles avec la nature humaine : aucun homme n'est bleu de ciel ou vert pomme.

La notion de nature n'est donc pas simple. Il y a des caractères exigés par la nature, d'autres tolérés ou permis par la nature, d'autres exigés, mais selon une gamme de modalités entre lesquelles il y a choix.

On se rend compte alors de ce qu'il faut comprendre par « droit naturel ». Il s'agit des règles d'organisation sociale correspondant à la nature, celles, par conséquent qui ont la même constance que la nature de l'homme. Comme tout ce qui est naturel, le droit naturel comporte

qu'on appelle mariage et d'autres qu'on appelle autrement. Dans une certaine mesure, c'est une question de mots. Le mariage est l'union qu'on appelle d'habitude légitime, et encore est-ce une question d'usage, car, chez beaucoup de peuples, on trouve des formes d'union qui sont regardées comme légitimes sans correspondre à notre notion du mariage.

Il y a là une question de mots, mais elle est importante : on rencontre chez certains peuples, une institution que les auteurs de nos pays qualifient de « mariage temporaire ». C'est le cas, par exemple, de l'usage musulman selon lequel l'autorité religieuse reconnaît les mariages contractés par les pèlerins de La Mecque pour le temps de leur séjour dans la ville sainte. Cet usage existe aussi chez d'autres peuples et il est révélateur d'un état d'esprit dont l'Eglise catholique s'est départi, mais qui revit de nos jours sous l'influence de la laïcisation du mariage.

Dans cette atmosphère de pensée, on appelle mariage toute union légitime et on estime légitime toute union honnête. A première vue, les catholiques souscriront à cette formule. Cependant, dans la vie chrétienne, le mariage est une institution religieuse, un sacrement, et il est donc régi par la loi divine. Qu'une union soit un mariage ne dépend pas seulement de la volonté des conjoints, ni de leur honnêteté, ni de leur sincérité ; la volonté des conjoints est

des exigences qui correspondent à celles de la nature communautaire de l'homme. Ensuite ces exigences du droit naturel recouvrent un domaine de règles conformes au droit naturel, mais non exigées, et de règles qui peuvent être réalisées de plusieurs façons dont il faut choisir l'une. Par exemple, si l'étude de la nature sociale de l'homme amène à conclure qu'il faut un pouvoir dirigeant dans toute société, peut-être constatera-t-on aussi que ce pouvoir peut être réalisé selon diverses modalités, qu'aucune de ces modalités n'est donc nécessaire, mais qu'il est nécessaire qu'on en choisisse une.

Le droit naturel se rattache à Dieu en tant que Dieu est l'auteur de la nature. Cependant, comme la nature est contingente, Dieu n'est pas obligé de la créer comme il le fait et, en dehors de ce qu'il nous révèle, le seul moyen de savoir comment il a créé la nature, c'est de l'observer.

requis, mais elle ne suffit pas ; il faut aussi que cette union réalise des conditions objectives et ces conditions objectives sont fixées par la volonté divine. Dans l'optique chrétienne, il est donc vrai de dire qu'on appelle mariage toute union légitime, mais l'expression : « on estime légitime toute union honnête » est équivoque. Elle est vraie, si on estime par là que la seule union honnête est le mariage, que toute union ne réunissant pas les conditions exigées par le mariage est illégitime et, par le fait même, déshonnête ; mais non, si on estime que l'union est honnête du moment que les conjoints ont l'intention de s'unir d'une manière qu'ils estiment honnête...

Et ceci est d'application très pratique. Il n'y a pas longtemps, j'assistais à une conversation sur le divorce dans un milieu catholique, et comme un des interlocuteurs exposait le système du code civil qui prétendait limiter le divorce à un petit nombre de cas graves et disait que, dans les conditions actuelles, les catholiques devraient agir en vue de revenir à cette conception et combattre l'usage du divorce à volonté qui s'est introduit en fait, un des interlocuteurs lui rétorqua d'un air inquiet : « Mais si vous mettez des obstacles au divorce, vous n'arriverez qu'à augmenter le nombre des unions irrégulières ! »

La plupart des catholiques admettent actuellement, sans y avoir réfléchi, mais sous l'influence du milieu général de notre société, qu'il y a deux mariages, l'un indissoluble, le mariage religieux, l'autre sujet à divorce, le mariage civil, et que les divorcés remariés manquent sans doute de quelque chose en n'étant mariés que civilement, d'un certain achèvement, à coup sûr désirable, — mais qu'ils sont cependant mariés et que leur situation est très différente de l'union extraconjugale qu'on appelle irrégulière. Quand on creuse cette notion, on s'aperçoit que, dans leur esprit, le caractère régulier ou irrégulier de l'union, ou son caractère légitime, dépend d'une simple étiquette qu'il appartient à l'Etat de mettre. Si l'Etat décrète : « J'appelle telle

union mariage », elle devient légitime ; s'il lui refuse le titre de mariage, elle devient illégitime.

Lorsqu'on dit à des chrétiens imprégnés de cet esprit : « L'union ne change pas de caractère selon que le droit positif lui attache telle ou telle étiquette. Qualifier de mariage la seconde union d'un divorcé, ne change pas le caractère de cette union et la situation serait peut-être meilleure, parce que plus nette, s'il y avait plus d'unions officiellement irrégulières, car appeler mariage la seconde union du divorcé recouvre simplement d'une apparence de légitimité, une union illégitime dont le caractère réel n'a pas changé », lorsqu'on leur dit cela, ils ne comprennent pas, parce que, pour eux, est mariage ce que la loi appelle mariage et à quoi la loi accorde le statut du mariage, et il est désirable qu'on reconnaisse cette situation juridique à toute union honnête. Mais, par ailleurs, la confusion des esprits, fait qu'une union est réputée déshonnête ou irrégulière, du moment qu'elle n'est pas légalement reconnue... Un certain mouvement des esprits dont nous parlerons plus loin, tend d'ailleurs à reconnaître les unions qu'on estime honnêtes en dehors des conditions légales du mariage...

ETAT-CIVIL ET PRÉCISION DU MARIAGE

La notion du mariage s'est durcie dans la civilisation occidentale sous l'influence de l'état-civil.

On sait que celui-ci est d'origine ecclésiastique. L'Eglise s'est préoccupée de tenir des registres paroissiaux, à cause du rôle des sacrements dans la vie chrétienne. Le chrétien n'accède à la vie religieuse que par le baptême ; on doit donc savoir de façon certaine qui est baptisé. Ensuite les autres sacrements sont à leur tour liés à l'exercice de la vie chrétienne et, en particulier, le mariage. Les couples qui vivent ensemble sans avoir reçu le sacrement de mariage sont exclus des autres sacrements. C'est le fait du mariage, c'est-à-dire du sacrement, qui est l'élément essentiel de l'union conjugale. Si deux unions se présentent extérieurement

ment de la même manière, mais que l'une est un mariage et l'autre non, il n'y a entre elles aucune similitude.

Ce désir d'authentifier le mariage et l'importance qu'on y attache vient donc du caractère sacramentel. Or, quand la société occidentale s'est laïcisée, on a transféré à l'Etat la pratique de l'Eglise, sans remarquer qu'en laïcisant le mariage et l'état-civil, on en transformait profondément le caractère.

Il a semblé dès lors aller de soi que le mariage était lié à l'état-civil et que le caractère légitime ou non légitime de l'union dépendait de ce qu'on passe ou non à l'état-civil. A vrai dire, un mouvement d'opposition se dessine aussitôt chez des esprits logiques qui ne voient pas ce que l'état-civil peut faire à la moralité d'une union. Mais les esprits logiques sont toujours l'exception ; la plupart sont esclaves des habitudes sociales et la notion chrétienne du mariage passe au mariage civil sans qu'on s'aperçoive qu'elle a perdu tout sens en se laïcisant.

Tâchons donc de nous rendre compte de la différence que l'état-civil entraîne, de ce point de vue. Dans les pays où l'état-civil n'existe pas, et ce sont tous les pays du monde en dehors de la civilisation occidentale contemporaine, le mariage est régi par des rites familiaux, plus ou moins solennels ; mais ces rites ne sont pas authentiqués par des archives garanties par les pouvoirs publics. L'état de mariage est donc garanti par la renommée, le témoignage de la famille, des amis, des voisins ; mais, si un émigrant arrive avec une femme dans un pays où il n'est pas connu, c'est d'après ses dires et d'après leur mode de vie qu'on les jugera mariés ou non.

Il ne semble pas que l'Etat soit intervenu dans aucune société avant la nôtre pour déterminer les rites de célébration du mariage, ni même le droit des gens mariés. Tout cela était régi par des coutumes dont on ne recherchait pas l'origine.

D'ailleurs un peu de réflexion historique permet aisément de le comprendre. Prenons un cas que nous connais-

sons bien, celui des Juifs de l'Ancien Testament. Remontons à Abraham ou à Noé : ils se marient et ils ont bien conscience de la différence entre le mariage et le concubinage ; on le voit par exemple dans les rapports d'Abraham avec Sara et Agar ; mais il n'y avait pas de gouvernement au-dessus d'eux pour déterminer un droit matrimonial. Au surplus le droit est nécessairement coutumier chez les peuples qui ne connaissent pas l'écriture...

Chez la plupart existe une célébration du mariage ou un mariage solennel, mais aussi un mariage non solennel. Le mariage solennel est souvent réservé à l'aristocratie ; le peuple se marie sans solennité. Nous connaissons bien le mariage en droit romain, mariage solennel *cum manu* et mariage sans formalité *sine manu*.

Le mariage *sine manu* consistait simplement en ce qu'un homme et une femme commençaient à vivre ensemble. On les considérait comme mari et femme et, tant qu'aucune contestation ne se produisait, il était inutile de se demander s'ils étaient légalement mariés. Or, dans la plupart des cas, le couple n'entraît pas en litige devant les tribunaux, d'autant plus que, s'il y avait mariage du moment qu'il y avait *affectio maritalis*, le mariage tombait du moment que l'*affectio maritalis* disparaissait. Il n'y avait pas plus de législation sur les conditions du divorce que sur les conditions du mariage.

Dès lors, il devait y avoir un grand nombre de couples dont personne n'eût pu dire s'ils étaient mariés. La question n'avait d'importance qu'en cas de procès ; tant que l'entente subsistait, on considérait sans doute comme mariés, tous ceux qui vivaient ensemble de façon stable et régulière, *maritalement*. Et sans doute aussi n'attachait-on pas grande importance à la question.

Cet état d'esprit revit actuellement à mesure que notre société s'écarte de la tradition chrétienne. Je me trouvais, il y a quelques temps dans un groupe d'intellectuels non chrétiens ; ils parlaient d'un de leurs amis qui venait de

mourir. L'un racontait qu'il était allé saluer sa veuve et l'avait trouvée fort affligée, car « vous savez qu'ils formaient un ménage très uni. Et la pauvre femme, ajoutait-il, a de grandes difficultés avec le fisc, car vous savez aussi qu'ils n'étaient pas mariés. » Voilà bien la réapparition du mariage *sine manu* des Romains.

MOTIF DE LA PRÉCISION CHRÉTIENNE
DU MARIAGE EN DROIT NATUREL

En somme, en dehors du monde chrétien, on trouve partout à la fois, la conception nette d'un état de mariage distinct du concubinage et en même temps une négligence à en préciser les conditions. Entre le mariage et le concubinage s'étend une zone intermédiaire de relations plus ou moins juridiques et le lien du mariage et de la morale n'est pas fixe non plus. On pouvait concevoir des unions moralement légitimes sans être sanctionnées par le droit. Ainsi à Rome, un homme libre ne pouvait contracter mariage avec une esclave ; d'ailleurs les esclaves étaient inaptes à se marier ; ils pouvaient cependant nouer des unions moralement estimables. L'homme libre qui s'unissait à une esclave se voyait reconnaître un *concubinatus* qui était à peu près ce que notre droit contemporain tend à reconnaître à la concubine, lorsqu'elle fournit la preuve d'une cohabitation durable et honnête. La femme libre ne pouvait en aucune manière contracter un lien juridiquement reconnu avec un esclave. Pourtant un certain nombre de femmes libres vivaient conjugalement avec des esclaves et il ne semble pas qu'elles fussent déconsidérées devant l'opinion. L'Eglise a reconnu leur lien et l'a béni comme mariage. On ne voit pas qu'elle ait fait scandale.

Le mariage apparaît donc comme une institution juridique assez imprécise et les rapports du mariage et de la morale sont assez imprécis aussi. C'est à cet état d'esprit que reviennent nos contemporains non chrétiens, lorsqu'ils tendent à reconnaître un concubinage honnête en dehors du mariage. Dans une des seules enquêtes sociologiques qui

aient été menées en ce domaine dans nos pays (Cl. Leplae, *Les Fiançailles*, Paris, 1947) plusieurs libres-penseurs répondent : Dès que nous aimons sincèrement, nous nous appartenons l'un à l'autre. D'ailleurs qu'est le mariage civil ? Une simple formalité : on acquiert un carnet de mariage de la même façon qu'une carte d'identité. » (p. 272).

Tout ceci permet de comprendre que le christianisme a introduit une véritable révolution dans la notion du mariage. Sans doute ne l'a-t-on pas suffisamment souligné jusqu'ici. Le mariage chrétien est profondément différent du mariage non chrétien ; mais, comme le mariage chrétien se borne à surnaturaliser un état de nature, le mariage existant avant le christianisme, l'importance même que les chrétiens attachent au mariage les amène à en scruter les conditions sur le plan naturel d'abord.

La question se pose avec acuité, lorsqu'un païen marié se convertit. S'il est vraiment marié, il est lié par son mariage antérieur ; s'il ne l'est pas, il reste libre de se marier. Il est donc absolument nécessaire de savoir quels sont les gens mariés parmi les non-chrétiens et, pour cela, de déterminer les conditions naturelles du mariage.

C'est ainsi que s'explique le fait assez paradoxal que la précision de la notion de mariage en droit *naturel* ait été l'œuvre de théologiens, c'est-à-dire de spécialistes de la doctrine *surnaturelle*.

L'ÉLABORATION THÉOLOGIQUE DE LA DOCTRINE

Etablie par les théologiens, la doctrine du mariage en droit naturel porte la marque de ses auteurs.

Le mariage chrétien est indissoluble : on a facilement admis qu'il l'était en droit naturel. Les arguments dans ce domaine paraissent moins péremptoirs que les affirmations ; mais l'accord est général.

Cependant on se heurte à une difficulté qui est le divorce dans la Loi juive. La question est parallèle à celle de la

polygamie et à quelques autres comme celle des massacres opérés par les Juifs au cours de leurs guerres et présentés dans les livres bibliques comme ordonnés par Dieu.

Les théologiens n'ont pas toujours été sensibles aux mentalités primitives qui s'expriment dans l'Ancien Testament. Quand la Bible disait : « Yahweh ordonne » la plupart des théologiens antérieurs à l'âge critique ne mettaient pas en doute qu'il fut question d'un ordre au sens strict. Il s'agissait donc d'expliquer comment Dieu pouvait donner des ordres contraires à ce qu'on estimait, par ailleurs, exigences du droit naturel.

On créa pour cela une distinction entre droit naturel primaire et secondaire. Le droit naturel primaire contient des préceptes découlant de la nature de façon si directe et impérative que Dieu même, auteur de la nature, ne pourrait en dispenser sans se contredire. Au contraire le droit naturel secondaire formule des préceptes découlant de la nature de façon moins immédiate. De ceux-là on peut admettre que Dieu dispense. On rangeait alors dans le droit naturel secondaire, tous les préceptes dont on pensait que Dieu avait dispensé les Juifs, et la difficulté était résolue.

Mais si ces préceptes n'étaient pas absolus pouvait-on les imposer à des non-chrétiens ? Ici se posait un autre problème, inspiré non plus du souci scripturaire, mais du souci pastoral. Si un païen polygame ou remarié après divorce se convertissait, lequel de ses mariages fallait-il reconnaître et pouvait-on l'autoriser à choisir parmi ses femmes ? Les théologiens reviennent ici au principe du mariage indissoluble. Dieu seul, disent-ils, peut exempter du droit naturel secondaire ; en dehors de la dispense divine, celui-ci lie donc les hommes au même titre que le droit naturel primaire. Or par la révélation du Nouveau Testament, Dieu a retiré la dispense accordée dans l'Ancien. Le divorce cesse donc d'être légitime et le païen remarié après divorce est encore marié à sa première femme. Il en est de même du polygame qui est marié à la première de ses épouses.

Du point de vue pastoral qui est un point de vue pratique la question est ainsi tranchée. Le clergé a une ligne de conduite. Mais la question doctrinale se présente autrement. La théorie du droit naturel primaire et secondaire est une question philosophico-théologique, c'est-à-dire une question philosophique tranchée par les théologiens à la suite de préoccupations théologiques. On s'en est contenté pendant longtemps ; mais depuis la renaissance de la pensée philosophique chrétienne, on est plus préoccupé de fonder les thèses philosophiques sur des données proprement philosophiques ou rationnelles et plusieurs penseurs sont ainsi amenés à chercher un fondement naturel plus strict à la thèse de l'indissolubilité.

La doctrine du droit naturel primaire et secondaire ne se trouve nulle part en dehors de la théologie catholique. En se mettant sur un plan rationnel et sans se préoccuper de l'Écriture, on admettrait facilement une division qui y ressemble, en distinguant dans le droit naturel des exigences et des vœux. Les exigences entraîneraient des règles dont on ne pourrait jamais se départir ; les vœux des règles à établir selon la loi de la prudence « *ut in pluribus* ». Mais ceci entraînerait une différence fondamentale, car les vœux du droit naturel n'impliqueraient qu'une orientation, et on pourrait y déroger pour des motifs proportionnés.

Dans la théorie du droit naturel primaire et secondaire, les théologiens estiment que Dieu seul peut dispenser du droit naturel secondaire. Cette règle leur paraît évidente et ils ne la justifient guère. Mais, si on se place au point de vue strict du droit naturel, sans référence à la théologie, il semble difficile de démontrer *a priori* qu'il ne puisse pas y avoir d'exception d'origine humaine aux règles qu'on qualifie de droit naturel secondaire.

LA RÉALITÉ ET LES CONDITIONS DU MARIAGE EN DROIT NATUREL

Quand on se met au point de vue strict du droit naturel, la première question est de savoir si le mariage a une réalité

dehors du consentement des époux. Il semble que les chrétiens ont eu constamment le mariage chrétien à l'esprit,

La question est d'abord morale. Il s'agit de savoir si l'homme et la femme ont le droit de contracter l'union de mariage dans un autre but que l'union de vie. On arrive facilement, nous l'avons vu, à la solution négative. Mais alors se pose la question plus difficile de savoir si on n'a droit qu'à une tentative et si, par conséquent, en cas d'échec, il faut imposer le renoncement au bonheur familial.

Quand on se place au point de vue naturel, il y a incontestablement des cas où on trouve le bonheur dans une seconde union, après l'avoir manqué dans la première. Ici apparaît le caractère social du mariage. Celui-ci inspire l'argument souvent avancé dans les controverses du XIX^e siècle, et non par des catholiques seulement, que « le divorce appelle le divorce » ou que « la seule idée du changement y provoque » (Auguste Comte, *Politique positive*, t. I, *Disc. prélim.*) Si, du point de vue individuel, certains peuvent refaire leur vie par un nouveau foyer après divorce, la question est donc de savoir s'ils doivent sacrifier leur épanouissement personnel à l'exigence du bien commun sur un point d'une importance aussi capitale ?

J'ai étudié la question ailleurs (*Leçons de droit naturel*, III, *La Famille*, 3^{me} éd. n° 18) et, après examen des faits dans la mesure où nous les connaissons, j'en arrive à la conclusion qu'en effet le divorce ébranle la famille.

Non qu'il suffise à la détruire ; la stabilité familiale tient à beaucoup d'autres éléments et, dans les sociétés où le divorce existe, la pratique en est variable d'après les mœurs et non d'après les lois. Dans la Rome primitive, le divorce n'existait pas en fait, bien que le droit ne le limitât en aucune manière et, lorsqu'il s'est introduit par la suite, ce fut uniquement par un changement dans les mœurs. Le divorce existe dans toutes les sociétés en dehors du monde catholique et on trouve des sociétés où la famille est fort

stable et respectée. On cite souvent la Chine comme le pays de la famille stable par excellence ; or la Chine connaissait et le divorce et la polygamie.

Il est donc excessif de dire que le divorce détruit la famille. Mais il est exact de dire que le divorce est une institution malsaine.

Alors se posent deux questions, l'une morale, l'autre sociale.

La question morale est de savoir si un époux qui a été malheureux dans une première union et qui y a mis fin, a le droit de contracter une nouvelle union. Pour juger cette question morale, il faut se mettre en dehors de toute conception juridique, dans un cas comme celui d'Abraham qui ne se trouve pas dans un Etat et auquel ne se pose aucun problème de droit positif.

Après avoir étudié le problème de façon aussi concrète que possible, mon avis est qu'il faut répondre non. L'homme n'a droit qu'à une expérience. A lui à prendre toute précaution pour qu'elle réussisse. En d'autres termes, la différence des sexes est orientée vers l'union de vie et celle-ci est définitive. Une seconde union contractée du vivant du premier conjoint n'est plus une union de vie. La vie est un tout et donner sa vie est se donner pour toute la vie. Se donner avec la liberté de se reprendre et de se donner à nouveau n'est plus se donner.

Cette union de vie est donc ce qui s'appelle traditionnellement mariage. Après cela vient la question juridique qui ne se pose que dans un Etat suffisamment structuré pour légiférer en ces matières. L'Etat contemporain a ce caractère, mais le mariage existe chez tous les peuples et j'ai déjà observé que, dans la plupart des civilisations, l'Etat n'établit et ne modifie pas les conditions du mariage.

En se mettant au point de vue moral, la seule union qui soit mariage est donc l'union de vie. L'Etat peut-il ou doit-il donner un statut juridique à d'autres unions ?

Cette question pose celle des rapports du droit positif et

de la morale : l'Etat peut-il imposer une morale et peut-il donner un statut juridique à un acte immoral ?

A propos de droit, je parle immédiatement d'Etat, car, ou bien le droit est coutumier comme dans la plupart des peuples ; en ce cas, l'Etat ne fait pas le droit, il se borne à en contrôler l'application par la voie judiciaire ; mais la règle de droit sort spontanément de la coutume, c'est-à-dire des usages de vie collectifs. Ou bien le droit est écrit et, alors seulement apparaît l'intervention de l'Etat pour établir des règles juridiques.

Si nous voulons nous mettre sur le plan du droit naturel, nous devons réagir contre des usages de pensée théologico-politiques qui viennent d'un autre âge.

Là où on ne parle pas d'Etat, mais de prince, là où le prince se présente comme détenteur du pouvoir, celui-ci est considéré comme un droit à diriger la société, indépendant de la volonté du peuple. Mais là où, par suite du développement démocratique, l'Etat est simplement le mandataire de la communauté, il n'a pas de pouvoirs autres que ceux dont la communauté elle-même l'investit. Cette conception est la seule qui s'accorde avec la notion fondamentale d'égalité qui voit dans la société une communauté d'égaux.

Mais l'égalité entre les hommes interdit que certains imposent leurs conceptions morales aux autres. Les gouvernants n'ont pas plus ce droit que les autres. Un tel Etat n'a donc, en fait, aucun pouvoir de décréter : telle union est moralement bonne ou mauvaise. Mandataire de la communauté, il doit organiser la société selon les conceptions généralement admises.

Lorsque, dans notre société, par exemple, on reconnaît à l'Etat le droit d'établir le divorce et qu'on croit que le divorce devient par là *légitime*, on attribue à l'Etat un pouvoir moral qui appartient à l'Eglise dans le monde chrétien, mais qu'on a indûment transféré à l'Etat.

Par contre, l'Etat doit prendre les mesures qu'impose le

respect de la morale telle qu'elle est généralement admise et il doit parfois aussi tenir compte de l'immoralité régnante en vue d'en limiter les conséquences et de protéger les victimes. Dans ce but, il se peut qu'il soit préférable d'accorder un statut juridique à une seconde union du vivant du premier époux et qu'il soit préférable d'enregistrer les divorces à l'état-civil et d'établir une réglementation.

Les catholiques devraient-ils, dans notre société, modifier la tactique qu'ils ont pratiquée jusqu'ici. Cette tactique reposait sur l'idée que notre société était chrétienne et qu'il fallait maintenir une législation inspirée du droit ecclésiastique. Tenant compte de ce que notre société n'est plus purement et simplement chrétienne et que l'État doit régler les unions en fonction de toute la communauté, ne serait-il pas préférable d'accepter qu'on donne un statut juridique à des unions, régulières par leur durée et leur style de vie, et de porter son effort sur une différenciation à opérer les autres formes d'union ?

Ceci me rappelle un mot d'un curé de grande ville. La plupart des couples qui se présentaient chez lui pour le mariage étaient non pratiquants ; et il leur demandait pourquoi ils tenaient à se marier à l'église. La réponse qu'il recevait le plus souvent était : « Parce qu'à l'église, c'est sérieux. » Ce qu'il interprétait : « parce qu'à l'église, le mariage est indissoluble. » Et il ajoutait : « Cela veut dire qu'au moment où ils se marient, ils n'ont pas l'intention de divorcer et désirent un mariage qui exclue le divorce... quitte à changer d'avis par la suite. »

On pourrait concevoir que l'État reconnaisse à ce premier mariage un statut qui lui assure une dignité supérieure à celui des autres formes d'union, tout en reconnaissant à d'autres un statut destiné à protéger ceux qui risquent d'être victimes d'une situation dont ils ne sont pas seuls responsables.

L'INTENTION MATRIMONIALE DES NON-CATHOLIQUES

Nous avons vu que le mariage du droit naturel ou le mariage dans l'ordre naturel est union morale plutôt que juridique, la notion de droit étant liée à celle d'une société où l'État est assez développé. Le statut familial est généralement régi par la coutume et la notion du mariage est précise dans sa teneur générale d'union de vie, mais sans que les détails d'application le soient autant, par exemple sur les points de la monogamie et de l'indissolubilité.

La tradition qui s'est établie parmi les théologiens catholiques et sur laquelle nous vivons encore est basée sur une conception plus objective que subjective, tenant moins compte de l'état d'esprit des conjoints que de l'institution objective et, sous l'empire de cette attitude d'esprit, on était fort porté à croire que, du moment qu'on employait le même mot, on avait en tête la même chose. Cette attitude était assez générale autrefois, nombre d'auteurs ne concevaient guère qu'un même mot puisse avoir chez un penseur de l'Antiquité ou dans l'Ancien Testament un sens différent de celui qu'ils lui donnaient.

En conséquence, on est facilement porté à croire que du moment qu'on parle de mariage chez un peuple quelconque ou chez des non-chrétiens de nos pays, il s'agit de la même réalité que les catholiques désignent sous ce nom. Et c'est pourquoi, lorsqu'on se trouve en présence d'un converti qui a plusieurs femmes, soit simultanées par la polygamie, soit successives par le divorce, on juge que son premier mariage était le mariage indissoluble qu'il eût dû être, et on l'estime encore lié et uniquement lié à cette première femme.

Aujourd'hui que se développe, avec le sens de l'histoire, le sens des différences entre les conceptions des hommes, et que la psychologie nous habitue à scruter davantage les intentions et à nous fier moins aux mots, on peut se demander si cette attitude n'arrivera pas à être révisée.

Celui qui se marie n'adhère pas à une institution

abstraite ni à un mariage de droit naturel dont il ignore l'existence, mais à une institution usuelle dans son pays et, dans un grand nombre de cas, cette institution s'éloigne plus ou moins du mariage en droit naturel tel que nous arrivons à le dégager par une réflexion où nous sommes d'ailleurs aidés par les lumières de la Révélation. Le cas du curé que je cite plus haut paraît assez révélateur : si les fiancés se marient à l'église, non pas parce qu'ils ont la foi, mais parce qu'à l'église le mariage est indissoluble, on peut se demander si ceux qui ne se marient pas à l'église ont l'intention de contracter le mariage que nous appelons tel, ou si leur union n'est pas simplement l'enregistrement d'une union libre à laquelle cet enregistrement apporte des avantages juridiques.

On peut se le demander... La question est neuve et ne peut être tranchée sommairement. Des enquêtes psychologico-sociologiques comme on les fait aujourd'hui pourraient apporter des lumières. Mais il serait souhaitable que les catholiques s'y mettent, car ils sont seuls à s'intéresser à ces aspects moraux des problèmes.

CONCLUSION

Cette étude montre que la question de l'indissolubilité du mariage en droit naturel est plus complexe qu'on ne le croit d'habitude et qu'elle ne peut être étudiée sans référence aux autres aspects du mariage.

D'autre part, nous nous rendons compte aujourd'hui que, si on veut préciser le droit naturel, il faut l'isoler de la théologie et que les problèmes de droit naturel supposent qu'on se place délibérément en face d'une situation étrangère au christianisme. Dans la chrétienté qui a pris naissance au moyen-âge, on a été trop porté à faire du droit naturel un simple droit chrétien laïcisé, et lorsqu'on a commencé à laïciser la société avec des intentions déchristianisantes, les anticléricaux ont cru eux-mêmes que la

laïcisation consistait simplement à expurger les valeurs chrétiennes de leur fondement doctrinal.

Nous nous rendons compte aujourd'hui que le droit naturel est tout autre chose et qu'un travail considérable s'impose à qui veut le dégager. Les chrétiens n'ont pas à craindre ce travail ; ils y sont plus intéressés que quiconque et ils savent d'avance qu'en mettant en relief les valeurs issues de la Révélation, ils donneront à celle-ci son plein relief. D'ailleurs les quelques sondages qu'on a déjà opérés, — car on est seulement au début du travail —, montrent avec un éclat qui surprend les artisans eux-mêmes à quel point le christianisme transforme tout ; ainsi, de ces chercheurs qui entreprennent des fouilles plus ou moins au hasard sur l'emplacement d'une ville antique et qui voient d'un œil ébloui sortir de terre des merveilles insoupçonnées...

C'est ce qui arrive pour le mariage lorsqu'on cherche à préciser ses conditions naturelles et qu'on le compare au mariage chrétien. C'est ce qui arrive pour l'indissolubilité lorsqu'on en scrute les exigences, lorsqu'on en recherche les applications et lorsqu'on arrive à se rendre compte de ce qu'a été l'apport chrétien.

Chanoine Jacques LECLERCQ,
Professeur à l'Université de Louvain.