

mariage, couple libre et droit canonique

La doctrine du mariage formulée par le code de droit canonique de 1983, tout comme la notion de concubinage intrinsèquement « dépravé » qui en découle, est une lente acquisition dont on donne ici quelques points de repère historiques. La réduction des relations entre hommes et femmes à un seul modèle juridique rend l'action pastorale très difficile auprès de couples qui se trouvent dans des situations concrètes diverses et évolutives. Ainsi, depuis que le concile de Trente a lié la validité de l'union à sa publicité légale, les couples de catholiques qui refusent de se marier sont pratiquement éloignés des activités ecclésiales officielles dont ils pourraient être les bénéficiaires et les collaborateurs, dans le cadre de la paroisse et de l'enseignement religieux, par exemple. Par ailleurs, du fait que le mariage relève du droit naturel et conjointement d'un droit divin positif, la doctrine catholique se voit dans l'obligation d'avoir recours à un artifice légal, « la faveur du droit », pour que le contrôle institutionnel puisse fonctionner : tout mariage célébré à l'église est donc de soi sacramentel, sauf si la preuve de son inexistence même a été établie par un tribunal ecclésiastique. Face à ces liens étroits entre le sacrement, la théologie et les déterminations juridiques et face au souci répété de sauvegarder le bien de la société civile, on se demande si l'Eglise se donne tous les moyens d'annoncer Jésus-Christ à ceux et à celles qui le cherchent à partir de situations conjugales souvent fort peu canoniques.

Dans nos sociétés occidentales, nous sommes habitués à concevoir le mariage comme une institution gérée par un droit : droit civil et droit canonique. D'où l'immense surprise, voire le désarroi, lorsque le couple contemporain déclare froidement refuser de passer devant Monsieur le Maire ou Monsieur le Curé. Pourtant le couple uni par des liens d'ordre juridique, édictés par l'Etat ou par l'Eglise, n'est pas aussi ancien que le couple libre, en ce sens que ce dernier ne dépend pas d'une organisation de type juridique. C'est ce que nous voulons illustrer par un rapide parcours historique pour aborder ensuite la situation actuelle du couple dans le droit canonique ou droit propre à l'Eglise catholique romaine.

des "justes noces" romaines au mariage chrétien

Dans la Rome antique jusqu'à Constantin, l'empereur converti, les chrétiens suivaient les usages du temps. C'est progressivement que se sont développés les éléments constitutifs du mariage chrétien et simultanément la notion de « concubinage », mode de vie qui devint alors intrinsèquement vicié.

Justes noces et concubinat

La société romaine jusqu'au II^e siècle de notre ère connaissait des rites familiaux de célébration des « justes noces ». Issus des traditions patriarcales, ces rites se réfèrent soit à la *religion*, soit au concept de *propriété*. Dans le contexte religieux, le couple sacerdotal est le couple idéal, dans lequel la mort de la femme entraîne la perte des fonctions du mari. Dans le contexte de la propriété, la femme était objet de commerce : on l'achetait ou on en prenait possession. Mais comme le rite d'achat de la femme et de l'esclave est le même, il convenait de les distinguer ; les Romains placèrent cette distinction dans l'intention. L'objet acquis, la femme en l'occurrence, l'était intentionnellement en vue des « justes noces » et non de l'esclavage. Dans ces deux rites, la femme passait de l'autorité paternelle (*patria potestas*) à l'autorité du mari.

Pour une certaine émancipation, cette éternelle mineure disposait cependant d'un moyen qui, selon R. Tannahil, fut à ses débuts, au V^e siècle avant notre ère, moins honorable (ne le sera-t-il pas toujours ?) : ce fut le concubinage. Une cohabitation ininterrompue pendant un an fut considérée comme établissant une union, sans que pour autant la femme passât sous l'autorité du mari. S'agit-il alors des « justes noces » romaines ? Nous y reviendrons.

des dames romaines « bravant l'opinion générale »

Dans une lettre datant du II^e siècle, il est déclaré à Diognète : « *Les chrétiens se marient comme les autres* ». R. Béraudy précise : « *Les rites liturgiques du mariage sont nés relativement tard, de sorte que pendant près de quatre siècles, le mariage des chrétiens ne se distingue en rien de celui des païens, sinon qu'il excluait toute pratique idolâtrique* »¹.

1. R. BERAUDY, « Le mariage des chrétiens », *Nouvelle Revue Théologique* 104, 1982.

Certains historiens romanistes et canonistes, comme C. Munier et J. Gaudemet, affirment que lorsque le pape Callixte (217-222) autorisa l'union des dames romaines de grande famille avec des hommes de basse condition, voire avec des esclaves, il s'agissait là d'un véritable mariage qui n'a rien à faire avec un concubinage. En somme, ils parlent d'un « *concubinatus*, union reconnue et honorable », mariage inférieur certes, mais mariage tout de même. L'examen attentif de quelques textes de l'époque laisse pourtant subsister un doute sur cette union de fait, largement pratiquée dans la société romaine, lorsqu'on compare ses effets juridiques, voire son honorabilité, à ceux des « justes noces ». Tertullien, qui publia un ouvrage à l'adresse de sa femme entre 193 et 206, y loue le courage des jeunes Romaines qui bravent l'opinion générale pour se mettre en ménage avec leurs propres esclaves. Qui plus est, les enfants nés de ces unions, s'ils sont de condition libre depuis les décisions de l'empereur Hadrien (117-138), ne tombent pas sous l'autorité paternelle et ils n'héritent pas du rang de leur mère, même s'ils suivent sa lignée. Autrement dit, la situation matrimoniale et familiale du « concubinatus » est loin de se calquer sur le modèle des « justes noces ». Il n'est donc pas possible de ranger simplement le concubinatus dans la catégorie du mariage.

Au début du christianisme, l'Eglise semble donc manifester peu d'intérêt pour une forme d'union entre l'homme et la femme qui soit légalement réglée. D'ailleurs jusqu'à l'empereur Constantin (IV^e siècle), elle n'a guère la possibilité d'intervenir au plan institutionnel. Cependant, devant des situations concrètes, elle rappelle ses propres exigences, en l'occurrence la monogamie et la permanence du lien dans le cadre de préoccupations morales et religieuses. Plus tard, les conciles successifs, tout comme les catalogues de pénitences, les *pénitentiels*, reprendront tous cette position du canon 17 du concile de Tolède de l'an 400 : « *Que celui qui n'a pas d'épouse, mais vit avec une concubine, ne soit pas exclu de la communion, à condition qu'il se contente d'une seule femme, qu'elle soit épouse ou concubine* »².

publicité du mariage et concubinage en soi dépravé

Le fait que le mariage ne jouissait pas d'une visibilité certaine dans la société romaine et médiévale posa de multiples questions d'ordre pratique.

2. Cf. M. ZIMMERMANN, *Couple libre*, Strasbourg, Cerdic Publications, 1983, pp. 29-63.

marie zimmermann

En cas de rupture du couple, il fallut trouver des critères efficaces pour départager les situations. Or, c'est précisément cet effort pour visibiliser au maximum la relation d'un couple qui permit conjointement de nommer ce qui sera connu jusqu'au XX^e siècle sous le mot de concubinage. Cette évolution se fit en deux temps pour aboutir à une conception proprement catholique du mariage lui-même.

Un vrai mariage sous les dehors d'un concubinage

Le moine italien Gratien assimila concubinat et mariage. Dans son *Décret* (1140), compilation méthodique des textes juridiques chrétiens, ce canoniste donna à la concubine quelque chose comme un statut de femme-épouse, contrairement à la législation de l'empereur Justinien qui avait abaissé la situation de la concubine, six siècles plus tôt. Désormais est définitivement acquise l'idée de deux genres d'un unique mariage, sur la base d'une preuve certes difficile à manier, mais déjà ancienne, celle de l'affection conjugale (*affectus maritalis*). On se souvient du rite d'acquisition de la femme pour le mariage. Ce critère de l'affection conjugale qui ne semble pas devoir mourir est une sorte de formule à contenus variables. En tous cas, au moment où il allait entrer dans le musée de l'histoire, au XII^e siècle, il comprenait une coloration émotionnelle, quelque chose qui n'était pas loin de l'amour, mais excluait le désir. Il faut cependant rappeler qu'il désignait avant tout la volonté de prendre une femme pour épouse et pour aucun autre motif, par exemple comme esclave.

Un moyen plus efficace : la publicité du mariage

Le critère de l'affection conjugale, outre sa difficulté de repérage, ne jouissait même pas d'une définition précise ; il n'est pas certain qu'il incluait la procréation comme telle. Aussi l'homme politique, et donc pratique, que fut le pape Innocent III rompit avec tout cet univers au IV^e concile du Latran (1215) : on rendit obligatoire la publication des bans. C'est là aussi une étape importante dans la constitution du concubinage moderne.

Une étape finale : la nullité du mariage secret

Avec l'intégration du concubinat dans le mariage lui-même (Gratien) et avec la publication des bans acquise au XIII^e siècle, l'Eglise peut lutter contre toute forme de vie commune entre l'homme et la femme qui ne serait pas institutionnellement contrôlable. Il suffit alors de convaincre

et donc d'intérioriser la nouvelle situation pour rejeter dans l'ordre du mal, du « dépravé », tout concubinage, quel que soit son contenu vécu. Alors que l'Eglise, du temps de Rome, luttait surtout contre le concubinage « dépravé » de par son contenu, elle combat à présent et d'une manière de plus en plus radicale tout ce qui s'écarterait d'une voie unique : celle d'un mariage public et bientôt, au concile de Trente (1563), accompagné d'un rite religieux obligatoire, *sous peine de nullité de l'union*. Rappelons au passage que cette exigence ultime est aussi celle de la société de ce temps : en France, un édit royal supprima le mariage clandestin dès 1556. L'Eglise n'accuse ici qu'un léger retard sur les avancées de la société civile en ce domaine.

Vers une société « bourgeoise », royaume des enfants abandonnés

Dans le contexte d'un mariage repérable par acte officialisé, il devint possible pour l'Eglise d'excommunier, c'est-à-dire d'exclure de la communauté croyante, en fait de la vie sociale à l'époque, non pas les concubinaires « dépravés », mais toute forme de vie concubinaire. Avec la famille bourgeoise des XVIII^e et XIX^e siècles, ce mouvement atteignit son apogée, et le premier code de l'Eglise catholique romaine (1917) en porta encore les marques, lequel n'hésite pas à exclure les enfants illégitimes de maints offices. Il fut en effet quasiment impossible de vivre une relation durable hors d'un mariage officialisé. Femmes et enfants en firent les frais, comme le démontrent faits et statistiques : c'est l'époque des filles-mères et des enfants abandonnés³. Faits qu'oublie trop facilement les partisans d'une législation qui privilégierait la famille légale.

II

le mariage catholique romain aujourd'hui

Au XX^e siècle, l'Eglise catholique romaine, à l'instar des Etats modernes, élaborera un code de législation qui gère aussi le mariage. Le code de 1917 fut révisé après le concile Vatican II et un nouveau texte fut promulgué en 1983. On y trouve une vision plus théologisante du mariage, mais qui n'abandonne en rien les vieux héritages.

3. J.-L. FLANDRIN, *Familles : parenté, maison, sexualité de l'ancienne société*, Paris, Ed. Hachette, 1976.

le mariage, un double héritage

Le mariage catholique est *consensuel* ; il repose sur l'échange d'un consentement matrimonial qui, selon le canon 1057, « est l'acte de volonté par lequel un homme et une femme se donnent et se reçoivent mutuellement par une alliance irrévocable pour constituer le mariage ». Nous retrouvons ici quelque chose de l'*affection conjugale* romaine et médiévale. Mais cette fois-ci, ce n'est pas simplement la prise de possession de la femme, en vue du mariage, qui est en cause, il s'agit d'un consentement réciproque (appelé aussi alliance) en vue du mariage⁴. Cependant nous ne trouvons pas dans cette formulation du code de 1983 la coloration émotionnelle justinienne de l'*affection conjugale*⁵. De plus, la volonté de constituer le mariage inclut aussi celle de procréer, comme le précise le canon 1055 où le mariage est défini selon le droit naturel : « *L'alliance matrimoniale... (est) ordonnée par son caractère naturel... à la génération et à l'éducation des enfants* ».

Ce mariage « conclu », qui repose sur le consentement seul, bien qu'il soit un vrai mariage, peut néanmoins être *dissous*, même contre le gré de l'un des contractants (canon 1142)⁶. En effet, pour l'Eglise, est inclus un autre élément qui fut constitutif des mariages célébrés hors des « justes noces » romaines : la copulation. Toutefois, dans le cadre du mariage chrétien magnifié à travers une symbolique théologique et une conception personaliste des relations, la consommation du mariage par copulation est soumise à une exigence particulière. Ainsi, le canon 1061 § 1 parle d'un mariage consommé « *si les conjoints ont posé entre eux, de manière humaine, l'acte conjugal apte de soi à la génération auquel le mariage est ordonné par sa nature et par lequel les époux deviennent une seule chair* ». En cas de litige sur la consommation du mariage, s'il y eut effectivement cohabitation, il revient au tribunal ecclésiastique (officialité) de recueillir les preuves du « caractère humain » de la relation des conjoints.

4. L'Eglise lutta pour garantir la liberté du consentement de la femme. Un vestige de cette action est l'actuel canon 1089 qui n'a plus de signification dans nos sociétés occidentales, du moins si on le limite à la femme.

5. Une coloration émotionnelle renforcée et très moderne s'exprime dans l'évocation « *de la communion de toute la vie* » par le concile Vatican II : elle a servi abondamment dans la jurisprudence post-conciliaire. Le canon 1055 § 1 introduit une autre variante : « *communauté de toute la vie* ». Il appartiendra à la jurisprudence d'en clarifier les nuances.

6. Privilège pétrinien et privilège paulin. Il est une exception à cette règle pour le privilège paulin (en faveur de la foi) au canon 1146 § 2, du moins hors d'une interprétation subtile.

Un mariage conclu officiellement selon l'acquis du concile de Trente (canon 1108) et consommé (acte conjugal posé de manière humaine) rend l'union indissoluble (canon 1141). C'est ici qu'apparaissent les conséquences du mariage sacramentel, car c'est le mariage de droit naturel en tant que tel qui est « *élevé à la dignité de sacrement* » (canon 1055).

le mariage, un droit naturel

En plus de la conception personnaliste du mariage qui s'exprime dans des exigences particulières concernant non seulement la copulation (mariage consommé), mais aussi le consentement lui-même (mariage conclu), le caractère sacramentel du mariage catholique le fait encore entrer dans l'ordre du religieux où fonctionne une représentation théologique. Ainsi le canon 1063 parle « *d'un acheminement vers la perfection* » : celle-ci, est-il précisé dans le même canon au numéro 3, est de l'ordre du signe : « *Les conjoints signifient le mystère d'unité et d'amour fécond entre le Christ et l'Eglise et... y participent* ».

La situation éminente du mariage religieux — et tout mariage valide pour des baptisés catholiques est sacramentel, c'est-à-dire religieux (canon 1055 § 2) — rencontre une autre réalité, celle du droit naturel au mariage, droit qui appartient à tout être humain. D'où la nécessité de fixer des conditions minimales, si l'on peut hasarder cette expression, pour qu'un homme et une femme puissent demander et célébrer ce consentement/contrat et le réaliser dans l'acte conjugal. Point n'est besoin, pour des catholiques, de connaître le contenu de la législation ecclésiale sur le mariage, il leur suffit de ne pas être « *empêchés par le droit* » (canon 1058) et de ne pas ignorer « *pour le moins que le mariage est une communauté permanente entre l'homme et la femme, ordonnée à la procréation des enfants par une certaine coopération sexuelle* » (canon 1096 § 1). Certes, dans une société divorciste avec des colorations hédonistes comme la nôtre, on pourrait penser qu'une telle connaissance n'est pas évidente. C'est ici que le code supplée à notre hésitation, car « *une telle ignorance n'est pas présumée après la puberté* » (canon 1096 § 2). Bref, tout mariage conclu devant Monsieur le Curé est un mariage catholique pour l'Eglise, car il « *jouit de la faveur du droit* » (canon 1060) ; en d'autres termes, après cette cérémonie, il faut prouver que ce consentement/contrat échangé publiquement ne fut pas un mariage (voir canon 1101 § 1).

La nécessité de concilier le droit naturel avec les hautes perspectives théologiques et leurs conséquences pratiques (exclusion de toute relation

marie zimmermann

hors mariage, exclusion de la possibilité du divorce...), a amené l'Eglise à échafauder tout un système judiciaire dit de *déclaration en nullité du mariage*. Point de divorce donc, mais la possibilité, même après une très longue vie commune et la génération d'enfants, de prouver que tout ce qui avait pourtant toutes les apparences d'un mariage n'en avait nullement la réalité; ce mariage n'existait pas. Le code fournit toute une série de « causes », c'est-à-dire de raisons qui permettent de déclarer que ce mariage ne fut qu'apparence. En Europe, on passa de 2.090 déclarations de nullité en 1971, à 6.259 en 1980; tandis qu'aux U.S.A., ce nombre s'accrut de 5.901 à 55.646 dans le même temps⁷.

III

le couple libre

Plus que la cohabitation juvénile, certes condamnée par la morale catholique, mais tolérée d'une certaine manière par indulgence surtout envers des jeunes élevés dans un monde « qui n'est plus chrétien », le couple libre se présente comme une écharde dans ce système doctrinal qui est basé sur le consentement échangé dans une cérémonie publique selon les exigences qui remontent au concile de Trente⁸.

le couple libre comme rejet du mariage catholique

Le couple libre, c'est-à-dire le couple d'adultes qui prétend pouvoir réaliser sa propre existence sans les cérémonies religieuses qui rendent son existence « publique », combat quelquefois le discours théologique qui accompagne le mariage catholique, en particulier sa qualité de signe de l'union du Christ et de l'Eglise. En effet, cette image a tendance à se réaliser concrètement en répétant une répartition stéréotypée des rôles sexués : le mari-chef et la femme-soumise, selon la compréhension habituelle du schéma paulinien (Ep 5, 21-33). Certes, on peut objecter que l'image de l'époux et de l'épouse, tirée d'Osée et présente aussi chez saint Paul, est avant tout une image ecclésiale où le peuple, juif puis chrétien, est figuré par l'épouse et que ce thème ecclésiologique est loin d'enfermer le

7. A. et A. STAUDT, « Le mariage civil et religieux au diocèse de Metz », *PJR-Praxis juridique et religion* 1, 1984, pp. 274-287, note 21.

8. Les canons 1130 à 1133 admettent bien un mariage célébré en secret, mais il n'est pas secret pour l'institution (registres spéciaux).

chrétien dans la répétition de rôles fixés pour toujours, comme s'ils avaient le caractère immuable du divin⁹. Mais l'interprétation courante de Paul est tenace dans les faits et lourde à porter lorsque les mentalités l'incarnent sans avoir besoin de s'y référer explicitement.

Tout le développement historique du mariage, qui se cristallise dans une célébration officielle et qui écarte, de ce fait, tout critère visible d'existence autre qu'un jugement judiciaire, peut expliquer la pauvreté de signification qu'a cet acte lui-même pour nos contemporains. Et lorsque d'autres formes sont devenues possibles par suite d'une économie qui échappe de plus en plus à l'unité familiale juridique, on peut comprendre, sinon justifier, la distance que prennent des chrétiens non pas face à la réalité du mariage, mais par rapport à sa forme canonique. Une récente enquête auprès de jeunes Allemands révèle qu'il n'y a pas désaffection pour l'idéal du mariage¹⁰. Mais il est certain que nos contemporains s'attachent davantage aux réalités vécues ; une cérémonie, fût-elle religieuse, ne les dispense pas d'un jugement personnel.

le couple libre et le droit canonique

Quant au code de 1983, s'il ignore apparemment tout ce qui est hors mariage, il ne manque pourtant pas de se révéler, dans cet apparent désintérêt lui-même, radicalement réprobateur¹¹. Certes, on ne trouve plus d'excommunication, ni de privation de sépulture, ni de peines particulières, ni d'exclusion nominative des sacrements. Mais les couples libres peuvent-ils recevoir la communion, participer à quelque activité paroissiale institutionnelle, ou encore entrer dans l'enseignement religieux à tous les niveaux ? La décision dépend d'éléments d'appréciation assez subtils, et pas seulement du magistère ordinaire en matière de morale sexuelle, l'obligation d'en suivre les directives étant explicitement imposée en maints canons du code de 1983, surtout dans le canon 768 § 2 où il est fait mention de « l'unité et de la stabilité de la famille ». Si on n'y précise pas le type de famille souhaité, l'ensemble de la doctrine catho-

9. P. REMY, « Le mariage, signe de l'union du Christ et de l'Eglise », *Revue de philosophie et de théologie* 66, 1982, pp. 397-415.

10. Cf. M. ZIMMERMANN, *Couple libre ou la rencontre homme/femme à l'âge technologique*, Strasbourg, ADIEVA (18, rue de la Kurvau), 1984, 45 mn (face A).

11. Une mention expresse est faite du clerc concubin au canon 1395 § 1 ; du concubinage notoire et public dans le cadre de l'empêchement d'honnêteté publique au canon 1093. Pour la situation antérieure au code de 1983, voir M. ZIMMERMANN, *Couple libre*, op. cit., p. 63.

marie zimmermann

lique sur la question ne laisse pas d'hésitation. C'est dans ce contexte de l'enseignement ordinaire du magistère qu'il convient aussi de lire les canons 912, 915 et 916 qui concernent la réception de la communion.

Toutefois là ne s'arrête pas la possibilité de limiter les activités religieuses institutionnelles du couple libre. Elle dépend aussi de l'interprétation qui sera faite de termes jamais définis dans le code et pourtant remarquablement efficaces en tant qu'ils sont des pivots d'appréciation des situations concrètes : tel le terme *communio* (canons 96, 149 § 1, 209 § 1). On voit qu'un recours serait difficile dans ce contexte, le magistère étant à la fois interprète et juge. De plus, certaines charges, en particulier celles qui concernent l'enseignement religieux ou les institutions ecclésiales, sont soumises à une vie chrétienne exemplaire (canons 803-805, 810, 874) : ce qui fait à nouveau appel au magistère ecclésial ordinaire, ici à ses positions sur la morale et la famille. En somme, le droit canonique renvoie au moraliste à travers l'enseignement ecclésial.

oOo

En conclusion, lorsqu'il s'agit de la relation homme/femme, Dieu, l'Eglise et l'Etat (canon 1059) se répartissent sa gestion. Il est significatif que maints endroits des 110 canons gérant le mariage font allusion au bien de la société. Mais ce rôle social que s'attribue l'Eglise à propos des rapports entre l'homme et la femme n'obscurcit-il pas de fait sa mission essentielle, celle d'annoncer le Royaume qui est avant tout l'œuvre de Dieu venant sauver les hommes ?

marie zimmermann

Sur le thème de ce cahier, on trouve d'autres approches dans des numéros de **Lumière et Vie** encore disponibles :

60 : L'amour et le temps

82 : Le mariage

97 : La sexualité en procès

110 : La fidélité

126 : Familles. Feu la « sainte famille »

(Prix réduits à partir de deux numéros)